

# CONSULTA ONLINE

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO



2023

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



**Testata registrata presso il Tribunale di Genova**  
**Direzione e redazione: Via Balbi, 22 16126 Genova**  
**Info e contatti: [info@giurcost.org](mailto:info@giurcost.org)**



# Consulta OnLine (periodico online) ISSN 1971-9892

## DIREZIONE

Pasquale Costanzo – Lara Trucco (vicedirettrice)

## COMITATO EDITORIALE

Guido Alpa; Paolo Caretti; Pasquale Costanzo; Luis Aguiar De Luque;  
Thierry di Manno; Adriano Giovannelli; Riccardo Guastini; Peter Leyland;  
Roberto Mastroianni; Luca Mezzetti; Otto Pfersmann; Roberto Romboli;  
Antonio Ruggeri; Lara Trucco; Jacques Ziller

Referenti: Patrizia Magarò; Vincenzo Sciarabba

## COMITATO SCIENTIFICO

Luiz Alberto David Araujo (Univ.  
Pontificia di San Paolo)

Antonio D'Atena (Univ. di Roma  
Tor Vergata)

Cesare Pinelli (Univ. di Roma La  
Sapienza)

Luis Aguiar de Luque (Univ.  
Carlos III, Madrid)

Giuseppe De Vergottini (Univ. di  
Bologna)

Giovanni Pitruzzella (Univ. di  
Palermo)

Guido Alpa (Univ. di Roma La  
Sapienza)

Thierry Di Manno (Univ. di  
Tolone)

† Alessandro Pizzorusso (Univ. di  
Pisa)

Gaetano Azzariti (Univ. di Roma  
La Sapienza)

Mario Dogliani (Univ. di Torino)

Annamaria Poggi (Università di  
Torino)

Sergio Bartole (Univ. di Trieste)

Adriano Giovannelli (Univ. di  
Genova)

Giuseppe Ugo Rescigno (Univ. di  
Roma La Sapienza)

Roberto Bin (Univ. di Ferrara)

Riccardo Guastini (Univ. di  
Genova)

Roberto Romboli (Univ. di Pisa)

Laurence Burgorgue-Larsen  
(Univ. La Sorbona, Parigi)

Peter Leyland (Univ. Soas,  
Londra)

Antonio Ruggeri (Univ. di  
Messina)

† Beniamino Caravita di Toritto  
(Univ. di Roma La Sapienza)

Roberto Mastroianni (Univ. di  
Napoli Federico II)

Carmela Salazar (Univ. di Reggio  
Calabria Mediterranea)

Paolo Caretti (Univ. di Firenze)

Luca Mezzetti (Univ. di Bologna)  
Franco Modugno (Univ. di Roma  
La Sapienza)

Fernando Facury Scaff (Univ. di  
San Paolo)

† Lorenza Carlassare (Univ. di  
Padova)

† Valerio Onida (Univ. di Milano  
statale)

Federico Sorrentino (Univ. di  
Roma La Sapienza)

Josep Maria Castella Andreu  
(Univ. di Firenze)

Lara Trucco (Univ. di Genova)

Augusto Cerri  
(Univ. di Roma La Sapienza)

Alessandro Pace (Univ. di Roma  
La Sapienza)

Gina Vidal Marcilio Pompeu  
(Univ. di Fortaleza)

Pasquale Costanzo (Univ. di  
Genova)

Otto Pfersmann (Ehess, Parigi)

Jacques Ziller (Univ. di Pavia)



INDICE  
2023

*Nota di presentazione*

IX

*PARTE PRIMA*  
STUDI

**QUIRINO CAMERLENGO**

*La sostenibilità costituzionale: profili teorici e scenari applicativi*

1

**MARIANGELA ATRIPALDI**

*La lotta per l'uguaglianza: l'itinerario percorso da Lodovico Mortara nella "prolusione pisana" del 1889*

43

**CELESTE CHIARIELLO**

*Voto elettronico e principio di segretezza tra regola ed eccezioni*

59

**GIORGIO CATALDO**

*Sulla temporaneità nell'emergenza costituzionale. Primi rilievi*

78

**ANTONIO RUGGERI**

*Fine-vita (problemi e prospettive)*

114

**FRANCESCO GIULIO CUTTAIA**

*Chiariti ulteriormente gli ambiti dell'autodichia parlamentare (osservazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 237 del 2022)*

137

**ALFONSO CELOTTO**

*Si può rinviare alle Camere ex art. 74 Cost. una legge di conversione di un decreto-legge? (note minime sulla lettera del pres. Mattarella rispetto alla legge di conversione del decreto-legge del 29 dicembre 2022 n. 198)*

149

**DOMIZIANO PIERANTONI**

*Rielezione del Presidente della Repubblica: qualche riflessione (ad un anno dalla rielezione del Presidente Mattarella)*

151

**MARCO MARAZZINI**

*I poteri normativi del Governo nell'emergenza bellica in Ucraina. Alcuni spunti critici a partire dall'invio di aiuti militari e sulla loro secretazione*

157

**MARIO BERTOLISSI**

*Di bessòì. La Piccola Patria del Friuli in soccorso di una Repubblica spaesata*

176

**ANTONIO RUGGERI**

*Chi è il garante dei nuovi diritti fondamentali?*

204

**CATERINA DI COSTANZO**

**L'impiego delle nuove tecnologie nel settore della salute: problematiche e prospettive di diritto costituzionale**

**214**

**ANTONELLO LO CALZO**

**L'attualità del fenomeno bellico tra principi supremi e assetto delle fonti. L'ordinamento italiano di fronte alla guerra in Ucraina**

**230**

**BRUNO BRANCATI**

**La selezione dei pazienti per l'ammissione alle terapie intensive. Una scelta tragica durante la pandemia di Covid-19**

**250**

**MARIO PANEBIANCO**

**Considerazioni minime sulla lettera del Presidente della Repubblica ai Presidenti delle Camere e del Consiglio in occasione della promulgazione della legge di conversione del decreto-legge del 29 dicembre 2022, n. 198**

**279**

**ANTONIO RUGGERI**

**La forma di Stato a-democratica (cause, effetti, rimedi)**

**285**

**JACOPO FERRACUTI**

**Gli istituti di democrazia diretta a 75 anni dall'entrata in vigore della Costituzione. Bilancio provvisorio e prospettive di riforma**

**296**

**LOREDANA MURA**

**Il modus operandi nella sent. n. 131 del 2022 della Corte costituzionale sul cognome dei figli a confronto con i sistemi della UE e della CEDU**

**332**

**MARCO PODETTA**

**Il tentativo di attuazione dell'autonomia differenziata: dal disegno di legge Calderoli alla legge di bilancio per il 2023**

**353**

**ANGELO LICASTRO**

**La salvaguardia dello «status» nazionale delle confessioni religiose alla prova del principio eurounitario della libertà di stabilimento**

**367**

**SILVIA FILIPPI**

**Gli ancora incerti contorni dell'omogeneità nella giurisprudenza costituzionale recente sul decreto-legge**

**380**

**ANTONIO RUGGERI**

**Costituzione e verità (prime notazioni)**

**397**

**MARCO LADU - NADIA MACCABIANI**

**L'autodeterminazione popolare nell'era digitale: tra opportunità normative e tecnologiche**

**415**



<b>UGO ADAMO</b> <b>La legge dimenticata. Le DAT a cinque anni dalla loro introduzione</b>	<b>439</b>
<b>P.C.</b> <b>Ancora un (notevole) avanzamento nella giustiziabilità del drafting legislativo (osservazioni minime a prima lettura di Corte cost. n. 110/2023)</b>	<b>461</b>
<b>CLAUDIO PANZERA</b> <b>Titolarità dei diritti fondamentali e società democratica</b>	<b>463</b>
<b>ROBERTO DI MARIA</b> <b>L'applicazione dell'art. 68, comma 1, Cost., quale "specchio" in cui si riflette il (complicato e conflittuale) rapporto fra politica e magistratura: è tempo di cambiare?</b>	<b>472</b>
<b>MASSIMILIANO MEZZANOTTE</b> <b>Brevi note in tema di diritto ad essere "medicalmente" dimenticato: il caso del diritto all'oblio oncologico</b>	<b>486</b>
<b>MARIO BERTOLISSI</b> <b>Testi normativi e contesti istituzionali. Cose vere e meno vere a proposito dell'autonomia differenziata</b>	<b>465</b>
<b>ANTONIO RUGGERI</b> <b>Verità religiose e verità costituzionali a confronto: il profondo significato per la teoria giuridica di talune sostanziali convergenze</b>	<b>504</b>
<b>ALESSIA CONTI</b> <b>L'ergastolo ostativo che move la Corte costituzionale e l'altre stelle</b>	<b>517</b>
<b>FRANCESCO SEVERA</b> <b>La proporzionalità delle sanzioni amministrative nella giurisprudenza costituzionale: questioni di sostanza e questioni di processo (una riflessione a partire da Corte costituzionale, sentenza n. 40 del 2023)</b>	<b>541</b>
<b>GIACOMO MENEGATTO</b> <b>Qualche ulteriore riflessione in tema di promulgazione e rinvio parziali delle leggi di conversione dei decreti-legge: dall'altruismo istituzionale ad un'auspicabile riscoperta della leale cooperazione</b>	<b>561</b>
<b>ANTONIO MALASCHINI</b> <b>ChatGPT e simili: questioni giuridiche ed implicazioni sociali</b>	<b>583</b>
<b>ARMANDO GIUFFRIDA</b> <b>Il diniego e la revoca del permesso di soggiorno come misure afflittive per la mancata integrazione nella comunità accogliente dello straniero socialmente pericoloso: a margine di TAR Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 6.12.2022, n. 346</b>	<b>607</b>

<b>VALENTINA MILANESE</b> Lavoro pubblico “contrattualizzato”: responsabilità per ritardata assunzione	634
<b>DORINDA CACCIOPPO</b> Il tentativo fallito di equiparare agricoltura biologica e biodinamica: un caso per riflettere sull’opportunità d’introdurre la consulenza scientifica in Parlamento	652
<b>FRANCESCO CIRILLO</b> Neurodiritti: ambiguità della “libertà cognitiva” e prospettive di tutela	666
<b>SILVIO TROILO</b> L’obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 nel bilanciamento fra i diritti e i doveri costituzionali	705
<b>LUCA DI MAJO</b> Una legge «radicalmente oscura» è incompatibile con la Costituzione. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 110/2023	715
<b>MATTEO MILANESI</b> L’incostituzionalità delle «disposizioni irrimediabilmente oscure». Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 110/2023	726
<b>ALESSANDRO ROSARIO RIZZA</b> Il ricorso per conflitto tra poteri dello Stato e l’eccesso giurisdizionale. Limiti e presupposti	737
<b>LOREDANA MURA</b> Il riconoscimento di “forme e condizioni particolari di autonomia” in materia di commercio con l’estero secondo un’interpretazione costituzionalmente e internazionalmente orientata dell’art. 116 Cost.	749
<b>ANTONIO RUGGERI</b> Ha una forma la forma di governo?	771
<b>AGATINO CARIOLA</b> Fonti e “non fonti” parlamentari. Il difficile percorso della Corte costituzionale sulle competenze del Parlamento in materia di vitalizi	789
<b>ANGELICA GEROSA - ALICE STEVANATO</b> Nel tempo e nello spazio: l’eredità di Serio Galeotti sui nuovi doveri di solidarietà	797
<b>ROBERTO ROMBOLI</b> Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri	812
<b>SIMONE SCAGLIARINI</b> La Corte e la tecnica legislativa	832

**FRANCESCO TORRE**

La corsa al trilogio ovvero la “prima parola” è quella che conta (recenti tendenze a partire da Corte Cost. sentt. nn. 54 e 67 del 2022)

843

**ALESSANDRO CANDIDO**

Prospettive evolutive dell'insindacabilità delle «opinioni espresse»: una proposta di modifica dei regolamenti parlamentari

854

**GIUSEPPINA BARCELLONA**

Vaccini e riserva di legge (brevi riflessioni a margine di Corte cost. sent. n. 25 del 2023)

865

**ANTONIO RUGGERI**

La Costituzione sotto stress e la piramide rovesciata, ovvero sia le più vistose torsioni a carico della separazione dei poteri e del sistema degli atti espressivi di pubbliche funzioni (note minime su una spinosa questione)

871

**SILVIA TALINI**

Diritto all'impianto e revoca del consenso del padre. Nel “labirinto” della legge n. 40 del 2004

883

**GIOVANNI CAVAGGION**

Presidente del Consiglio, Ministri e doppia cittadinanza: tra “conflitti di fedeltà” e apertura internazionale

902

**MARINA PIETRANGELO**

Spazio digitale e modelli di regolazione

937

**ANTONIO RUGGERI**

Pace e dignità, nella *Pacem in terris* e secondo Costituzione

943

**PASQUALE COSTANZO**

L'Enciclica *Pacem in terris* come Carta dei diritti (spunti per una riflessione)

953

**CARLA DI MARTINO**

Il diritto costituzionale alla «non radicale inintelligibilità» delle disposizioni

960

**ALESSANDRA MAZZOLA**

L'effettività del suffragio tra astensionismo e nuove modalità di espressione alla luce dei principi costituzionali

991

**ANTONIO RUGGERI**

La riforma Meloni e le sue stranezze, al bivio tra evoluzione istituzionale ed involuzione autoritaria

1009

<b>FEDERICO FURLAN</b> Il premierato elettivo è la strada giusta? La lezione di vent'anni di elezione diretta dei Presidenti di regione	1020
<b>DANIELA TARANTINO</b> "Questo matrimonio non s'ha da fare". <i>The introduction of civil marriage in Italy, France and Spain between the Catholic Church's reactions and State legislation</i>	1040
<b>VALENTINA PAGNANELLI</b> Prospettive sulla valorizzazione dei dati personali in ambito pubblico	1055
<b>ANTONINO SPADARO</b> Riforma costituzionale (premierato elettivo) o riforma elettorale (maggioritario con designazione del premier)?	1063
<b>MARIO PANEBIANCO</b> Brevi considerazioni sul comunicato della Presidenza della Repubblica del 1° dicembre 2023	1072
<b>MARIO BERTOLISSI</b> Il tempo del dolore e le ragioni della giustizia. Alessandro Manzoni, il costituzionalismo, l'avvenire	1076
<b>GIAN PAOLO DOLSO</b> Attualità della riflessione kelseniana sulla giustizia costituzionale	1113
<b>ELEONORA SANTORO</b> Siamo alle porte della quarta "incostituzionalità" prospettata? Qualche osservazione in attesa della decisione sull'ordinanza di rimessione n. 5 del 2023	1125
<b>ABSTRACT</b>	1153
<b>I COLLABORATORI DI QUESTO VOLUME</b>	1173
<b><u>EDITORIALI</u></b>	
<b><u>CRONACHE DALLA CORTE COSTITUZIONALE</u></b>	
<b><u>CRONACHE DALLE ISTITUZIONI</u></b>	
<b><u>CRONACHE DALL'UNIONE EUROPEA</u></b>	

*Nota di presentazione*

*Nel presentare l'annata completa 2023 della Rivista, si esprime la consueta soddisfazione per un lavoro che ha richiesto non poca dedizione di tempo e di energie.*

*Circa il bilancio scientifico, non ne è, questa, la sede più appropriata, appartenendo, invece, alla comunità degli studiosi e dei cultori formulare un giudizio.*

*Limitandoci, pertanto, al piano quantitativo, la Rivista conferma il suo ruolo di nicchia, attestandosi più o meno sullo stesso numero di contributi (le annate, com'è noto, risentono particolarmente delle scadenze concorsuali).*

*Diritti, questioni istituzionali, giurisprudenza della Corte sono, come sempre, i temi più frequentati da autori/autrici di tutte le generazioni,*

*Anche col rafforzamento delle altre Rubriche, la Rivista conferma la sua identità, diffusamente apprezzata, come rilevabile dalle diverse fonti di accesso sul web che annoverano un'utenza vasta e variegata.*

*In particolare risalto va messo l'interesse, evidenziato dagli indicatori statistici, manifestato dall'Estero per sia per la Rivista, sia per la Collana.*

*Grazie, infine, a quanti, seguendoci, ci ripagano nel migliore dei modi del non poco impegno profuso e ci incoraggiano a proseguire nel lavoro.*



# **PARTE PRIMA**

## **STUDI**





**Quirino Camerlengo**  
**La sostenibilità costituzionale: profili teorici e scenari applicativi\***

**ABSTRACT:** *In this essay the author aims to explore a concept often evoked in legal papers, but not yet focused, namely “constitutional sustainability”. A theoretical reconstruction will be proposed starting from some concrete cases. The thesis is based on the idea of the Constitution as an act that supports a complex regulatory structure built to implement the fundamental principles. These fundamental principles nourish the “social vocation” of the Constitution, to be understood as the ability to contribute significantly to the transformations of society. The Constitution is not only a limit to power, but also an incentive and guide to power. So, we will try to demonstrate that an act or behaviour, even if it is legitimate, can prove to be constitutionally unsustainable.*

SOMMARIO: 1. Una ricognizione nella dottrina costituzionalistica. – 2. Un approccio empirico: alcuni casi dai quali partire. – 3. Sull’insufficienza del giudizio di legittimità in presenza di una Costituzione che oltre a limitare, orienta il potere. – 4. La Costituzione come *higher law*. La Costituzione come *fundamental law*. – 5. I principi fondamentali e il senso della “vocazione sociale” delle moderne Costituzioni. – 6. Caratteri della struttura eretta dalla legge fondamentale e deviazione dai principi come insostenibilità costituzionale. – 7. Sintesi e applicazione del modello teorico ai casi descritti in apertura. – 8. Chi è il “custode” della sostenibilità costituzionale? Una mano tesa al *popular constitutionalism* e al *political constitutionalism*.

### 1. Una ricognizione nella dottrina costituzionalistica

Nel ricostruire il quadro dei rapporti tra legge statale e legge regionale, Andrea Morrone rifugge dalla tentazione di collocarlo all’interno di una rigida cornice precostituita. Piuttosto, egli indugia sulla «necessaria “sostenibilità costituzionale” di un’organizzazione pluralistica complessa», anche alla luce della dimensione finanziaria e delle profonde differenze di sviluppo economico e di integrazione<sup>1</sup>. Anche Elena Vivaldi, a proposito della disciplina delle prestazioni associate ai diritti sociali, parla di diversità costituzionalmente sostenibili tra normative regionali<sup>2</sup>. E sempre in tema di decentramento politico la *devolution* scozzese è stata interpretata da Alessandro Torre come l’antitesi storica e costituzionale dell’Unione (o meglio si direbbe la sua antitesi costituzionalmente sostenibile, oltre la quale si trovano solamente le ipotesi federalistiche o perfino la totale separazione)<sup>3</sup>.

Sul versante dei diritti fondamentali, Simone Penasa, in tema di obblighi vaccinali, si è prefisso l’obiettivo di «individuare alcuni elementi di carattere teorico-generale utili a definire una “mappa” in grado di orientare il legislatore nella definizione di un quadro normativo “sostenibile” dal punto di vista costituzionale, nei limiti di un sistema fondato sulla assenza di gerarchie predeterminate tra diritti e principi costituzionali e sulla naturale dinamicità dei contesti sociali, culturali e scientifici nei quali i contenuti costituzionali trovano attuazione»<sup>4</sup>. Non dissimile il punto di vista prescelto da Lucia Busatta: «l’avvenuta sistematizzazione dei principi che permeano la relazione di cura nei suoi diversi scenari consente, così, di valutare, a circa un anno di distanza dall’entrata in vigore della legge, il grado di sostenibilità delle nuove norme, a livello giuridico e nella cornice organizzativa del Sistema sanitario, con particolare riguardo alla dimensione etico-assiologica, alla prospettiva allocativa e alla



<sup>1</sup> Così A. MORRONE, *Lo Stato regionale e l’attuazione dopo la riforma costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, f. 2, 9. Non dissimile Q. CAMERLENGO, *Unità e autonomia: una questione di indirizzo politico*, in *Le Regioni*, 2021, 63.

<sup>2</sup> Cfr. E. VIVALDI, *Garanzia dei diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni*, in E. Rossi (a cura di), *Problemi attuali delle libertà costituzionali*, Pisa, Pisa University Press, 2009, 281 ss.

<sup>3</sup> A. TORRE, *Scozia: devolution, quasi-federalismo, indipendenza?* in *Rivista AIC*, 2013, f. 2, 11.

<sup>4</sup> S. PENASA, *Obblighi vaccinali: un itinerario nella giurisprudenza costituzionale comparata*, in *Quad. cost.*, 2018, 49. In un altro scritto lo stesso A., *Alla ricerca di un lessico comune: inte(g)razioni tra diritto e scienze della vita in prospettiva comparata*, in *DPCEOnLine*, 2020, f. 3, 3309, enuncia «l’obiettivo di individuare un bilanciamento costituzionalmente sostenibile tra funzione parlamentare e funzione giurisdizionale attraverso una concezione integrata e “ibrida” delle forme di produzione normativa».

loro complessiva tenuta costituzionale»<sup>5</sup>. Dal canto suo, Francesco Rigano, nell'interrogarsi circa le implicazioni associate all'apertura del pluralismo, si domanda quanto possa essere «costituzionalmente sostenibile la legislazione che (...) prefiguri strumenti di sostegno all'agire collettivo»<sup>6</sup>. Le problematiche attuative dell'art. 11 Cost. hanno indotto Roberto Borrello a interrogarsi sul controverso rapporto tra il principio del “ripudio della guerra” e la lotta globale al terrorismo di matrice islamica in termini di guerra “costituzionalmente sostenibile”<sup>7</sup>.

Ancora, in tema di sistema delle fonti, Marina Calamo Specchia, Alberto Lucarelli e Fiammetta Salmoni hanno chiarito, sin dall'apertura del loro saggio, che «la bussola concettuale che guida il lavoro è l'obiettivo di verificare la sostenibilità costituzionale di un complesso di norme ed atti amministrativi che hanno innovato il nostro ordinamento giuridico a partire dalla prima dichiarazione dello stato d'emergenza in data 31 gennaio 2020»<sup>8</sup>.

Questa è solo una selezione, che non aspira certo a coprire l'intera produzione scientifica rilevante sul punto, ma che nondimeno dimostra quanto diffusa e crescente sia il richiamo alla *sostenibilità costituzionale*<sup>9</sup>. L'ascendente esercitato dal Rapporto Brundtland della Commissione Mondiale per l'Ambiente e lo Sviluppo (1987) è tangibile. Così come è palpabile l'impatto che nozioni moderne come “sviluppo sostenibile”, “sostenibilità ambientale”, e altre ancora, hanno prodotto in generale sul nostro modo di pensare e relazionarci a eventi e azioni che si proiettano nel futuro con uno straordinario carico di incertezza<sup>10</sup>.

Gli scritti dapprima richiamati, collocabili in un eterogeneo repertorio di letteratura giuridica, condividono questa empatia per una nozione apparentemente priva di una puntuale conformazione normativa. Essi, dunque, suscitano un interrogativo: cosa s'intende per “sostenibilità costituzionale”? Un tentativo di risposta lo ha dato, ad esempio, Agatino Lanzafame quando osservava, nello spazio di una nota, che «il concetto di sistema politico-istituzionale “costituzionalmente sostenibile”, allora, muove dal presupposto che le interazioni tra disposizioni costituzionali, legislazione elettorale, regole e regolarità del sistema partitico assicurino un giusto equilibrio tra i valori fondanti dello stato democratico-costituzionale, tale da garantire un livello di democrazia costante e preferibilmente crescente nel tempo. In quest'ottica, la sostenibilità costituzionale deve intendersi come una categoria che non si risolve in una verifica di compatibilità (nel tempo presente) delle singole disposizioni (ma anche di istituti e prassi) con il dettato costituzionale; al contrario tale concetto volge il proprio sguardo “naturalmente al futuro” e può essere utilizzato per valutare l'impatto che – in prospettiva – l'assetto politico-istituzionale di un ordinamento giuridico può avere in termini di erosione e/o di consolidamento dei principi costituzionali di riferimento»<sup>11</sup>.

---

<sup>5</sup> L. BUSATTA, *A un anno dalla legge 219 del 2017: la sostenibilità costituzionale della relazione di cura*, in [Rivista AIC](#), 2019, f. 2, 97.

<sup>6</sup> F. RIGANO, *Libertà individuale e rapporti sociali: lo statuto costituzionale del Terzo settore*, in *Dir. cost.*, 2021, f. 2, 146.

<sup>7</sup> V., infatti, R. BORRELLO, *La nozione di guerra costituzionalmente sostenibile e la vicenda dell'Isis*, in [Democrazia e sicurezza](#), 2 aprile 2015, f. 1, 3 ss.

<sup>8</sup> M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in [Rivista AIC](#), 2021, f. 1, 400.

<sup>9</sup> V., anche, G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 233; I. PELLIZZONE, *Aiuto al suicidio e sindacato di costituzionalità: pars destruens e pars construens delle pronunce della Corte Costituzionale come chiave di lettura della tecnica decisoria e della ratio decidendi del caso Cappato*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2020, f. 2, 482; M. GIRAUDO, *Riflessioni sul ripristino del dibattito pubblico. Fare i conti con le 'esternalità costituzionali'*, in [Media Laws](#), 2021, f. 3, 14.

<sup>10</sup> Si pensi all'Agenda 2030 dell'ONU recante per l'appunto i *Sustainable Development Goals*. Diversa è la questione relativa alla presenza in un testo costituzionale di clausole o norme o principi relativi appunto alla sostenibilità ambientale: v., ad esempio, L. KIRCHMAIR, *Enforcing Constitutional Sustainability Clauses in the Age of the Climate Crisis: Insights from Social Contract Theory on How to Take Account of Future Generations*, in *ICL Journal*, 2022, 1 ss. Si pensi, poi, al volume di W. KAHL, *Nachhaltigkeitsverfassung. Reformüberlegungen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, che, denunciando una carenza di sostenibilità nella Costituzione tedesca, auspica tra l'altro l'introduzione di previsioni relative a test di sostenibilità nelle valutazioni di impatto normativo.

<sup>11</sup> A. LANZAFAME, *Sui livelli essenziali di democrazia nei partiti*, in [Rivista AIC](#), 2017, f. 1, 15, n. 77.

Questo pregevole e suggestivo tentativo lascia impregiudicata la questione di fondo: come cultori del diritto costituzionale, noi siamo abituati a cimentarci con una categoria, quale quella della legittimità, che ci consente di valutare atti e comportamenti alla stregua di sicuri parametri normativi, quali quelli forniti dalla nostra Costituzione. Non compete a noi discutere di opportunità o convenienza o meritevolezza sul versante politico o culturale o sociale o persino economico. Per non tradire il nostro ruolo scientifico, abbiamo il dovere di circoscrivere il nostro campo d'azione allo spazio dominato dalle categorie giuridiche, lasciando semmai sullo sfondo riflessioni e considerazioni di altra natura. E, allora, cosa significa per noi ragionare di “sostenibilità costituzionale”? Che rapporto c'è con la “legittimità”? Siamo protagonisti e latori di un mero stratagemma retorico per ulteriormente corroborare le nostre tesi, rischiando però di indebolirle fatalmente aggrappandoci ad una categoria carente di una puntuale qualificazione teorica spendibile in ambito giuridico, o siamo al contrario mossi da una precisa volontà di attecchimento di un inedito concetto idoneo ad ampliare le nostre prospettive di studio?

Di primo acchito, la sostenibilità costituzionale sembra muoversi in una dimensione che separa lo spazio dominato dalle categorie giuridiche e il terreno in cui attecchisce e si sviluppa la dialettica politica. Quanto questa dimensione sia autonoma e distinta dalle altre due lo si cercherà di scoprire nelle prossime pagine. Questa ricognizione, però, dovrà sforzarsi di operare questo inquadramento all'interno della cornice tracciata dagli istituti giuridici per non determinare una indebita invasione di campo ad opera di chi tenterà questa analisi. Il rischio è che la sostenibilità costituzionale possa essere evocata per celare giudizi d'indole politica i quali esulano dai compiti scientifici assolti dagli studiosi del diritto costituzionale.

Ogni apprezzamento in termini di sostenibilità costituzionale non si risolve in una valutazione circa l'opportunità o la convenienza dell'oggetto di tale apprezzamento. Il concetto di sostenibilità costituzionale deve rimanere entro il perimetro tracciato dalle categorie giuridiche, sì da evitare che una valutazione della stessa trasmodi in un giudizio di carattere meramente politico. Pertanto, anche le conseguenze prodotte da un eventuale verdetto di insostenibilità costituzionale non possono che assumere rilevanza giuridica, sia pure in forme non necessariamente coincidenti con lo strumentario messo a disposizione del giudice delle leggi per sanzionare atti illegittimi.

Questo saggio, dunque, aspira a ricostruire una griglia teorica entro cui collocare il concetto di “sostenibilità costituzionale” affinché ogni sua evocazione sia sorretta da un attendibile fondamento di razionalità scientifica, così da renderlo praticabile in relazione a qualsiasi atto o comportamento rilevante per il diritto costituzionale.

Si cercherà di dimostrare che un atto o un comportamento (anche di natura omissiva), seppur ineccepibile dal punto di vista della legittimità, in quanto costituzionalmente insostenibile rischia di impedire alla Costituzione di svolgere compiutamente la propria funzione di *fondamento dinamico* di una struttura autenticamente preordinata all'inveramento dei suoi principi fondamentali.

## *2. Un approccio empirico: alcuni casi dai quali partire*

Per tentare di mettere a fuoco l'immagine, ancora sgranata, della ipotizzata e ancora misteriosa “sostenibilità costituzionale”, si può tentare un approccio empirico, immaginando casi nei quali questa categoria potrebbe assumere rilevanza.

I) Una ragazza di sedici anni, figlia di stranieri, nata in territorio italiano, dopo aver completato il ciclo della scuola dell'obbligo, chiede la cittadinanza italiana. La domanda viene rigettata ai sensi dell'art. 4, secondo comma, della legge n. 91 del 1992, non avendo la stessa raggiunto la maggiore età. Impugnato il provvedimento di rigetto dinanzi al giudice competente, questi solleva una questione di legittimità costituzionale nella parte in cui la predetta legge non riconosce la facoltà di chiedere la cittadinanza italiana una volta esaurito il percorso di studi finalizzato all'adempimento dell'obbligo scolastico. L'esito del giudizio dinanzi alla Corte costituzionale appare scontato. La pronuncia additiva richiesta dal remittente non sarebbe a rime obbligate, atteso il silenzio serbato dalla

Costituzione in materia: rientra, dunque, nella discrezionalità del legislatore ordinario decidere se e come introdurre nella vigente disciplina lo *ius scholae* o altre modalità innovative di acquisto della cittadinanza italiana come lo *ius culturae*<sup>12</sup>.

II) Il legislatore riduce il livello di tutela di un determinato diritto sociale, o riducendo le prestazioni ad esso associate o circoscrivendo la platea dei relativi beneficiari. Una volta instaurato un giudizio comune ad opera di una persona che si è vista negare un certo servizio in virtù di quella novella legislativa, la questione di incostituzionalità, sollevata in quel giudizio, verrebbe molto probabilmente rigettata in forza di un consolidato indirizzo giurisprudenziale che, facendo leva sulla qualificazione dei diritti sociali come diritti condizionati (principio di gradualità), potrebbe ritenere legittimo, *recte* non illegittimo un intervento, seppur peggiorativo, ma determinato da una grave situazione di dissesto finanziario nei conti pubblici.

III) Il Parlamento indugia nella elezione di uno o più nuovi giudici della Corte costituzionale<sup>13</sup>. Così facendo, il Parlamento impedisce all'organo di giustizia costituzionale di funzionare con la composizione al completo, approssimandosi peraltro al *quorum* minimo sancito dall'art. 16, secondo comma, della legge n. 87 del 1953<sup>14</sup>.

IV) Prima Giorgio Napolitano e, successivamente, Sergio Mattarella sono stati rieletti alla carica di Presidente della Repubblica. Il silenzio della Costituzione sul punto è stato interpretato nel senso di ammettere questa possibilità. L'unica differenza sostanziale sta nel fatto che il primo, a differenza del secondo, aveva dichiarato esplicitamente la propria volontà di accettare sotto condizione per così dire risolutiva, alla stregua di un mandato a termine<sup>15</sup>.

V) In tema di riforme costituzionali si ripresenta periodicamente la proposta di superamento dell'attuale regime parlamentare per accogliere un sistema presidenziale o semipresidenziale. La proposta di legge costituzionale, presentata alle Camere nel giugno del 2018 da "Fratelli d'Italia", poi respinta nel maggio del 2022<sup>16</sup>, è stata riesumata dallo stesso gruppo parlamentare quale passaggio fondamentale della legislatura appena inaugurata.

Il senso di questa selezione di casi (uno immaginato, un altro generalizzato, altri specifici) può essere colto cercando i tratti comuni, al fine di collocarli nel cuore della riflessione che si sta cercando di imbastire in queste pagine.

Innanzitutto, i casi qui considerati si muovono tutti entro i confini della legittimità. Più precisamente:

(I) come anticipato, in materia di acquisto della cittadinanza italiana, in difetto di esplicite previsioni costituzionali il legislatore ordinario gode di un'ampia discrezionalità<sup>17</sup>. Sicché, la mancata

---

<sup>12</sup> Cfr. la proposta di legge A.C. 105 e abb., recante modifiche alla legge in oggetto ([dossier del 29 giugno 2022](#)). Questa proposta prevede che acquista la cittadinanza italiana il minore straniero, che sia nato in Italia o vi abbia fatto ingresso entro il compimento del dodicesimo anno di età, che risieda legalmente in Italia, qualora abbia frequentato regolarmente, ai sensi della normativa vigente, per almeno cinque anni nel territorio nazionale uno o più cicli scolastici presso istituti appartenenti al sistema nazionale di istruzione o percorsi di istruzione e formazione professionale idonei al conseguimento di una qualifica professionale. Nel caso in cui la frequenza riguardi la scuola primaria, è necessario aver concluso positivamente il corso medesimo.

<sup>13</sup> È accaduto nella nota vicenda conclusasi con l'elezione dei Professori Ugo De Siervo e Romano Vaccarella dopo un'attesa lunga circa due anni, dal 21 novembre 2000 al 24 aprile 2002, dal termine del mandato del Presidente Cesare Mirabelli e del Vice-Presidente Francesco Guizzi. V. la ricostruzione di L. GIANNITI, *Cronache costituzionali italiane (febbraio- aprile 2002)*, in *Quad. cost.*, 2002, 640 s.

<sup>14</sup> Al riguardo E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2013<sup>4</sup>, 47, notano come nei primi mesi del 2002 per la prima volta sia stata rinviata la discussione di una delle cause in ruolo per il mancato raggiungimento di questo numero legale.

<sup>15</sup> V. la sintesi esposta in Q. Camerlengo, [Valori e identità: per un rinnovato umanesimo costituzionale](#), in questa *Rivista*, 2022/II, 41 s.

<sup>16</sup> Atto Camera n. 716; Atto Senato n. 1489.

<sup>17</sup> Tant'è vero che, come ha statuito la Corte costituzionale, il nostro ordinamento non contempla un diritto fondamentale all'acquisto della cittadinanza italiana: così [ord. n. 490 del 1988](#). V. G. Cordini, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, Padova, Cedam, 1998, 259 ss., nonché M. Cuniberti, *Commento all'art. 22*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, Utet, 2006, 478 ss. Un approccio

previsione dello *ius scholae* o dello *ius culturae* non trasmoda in incostituzionalità. La scelta operata dal legislatore del 1992, e confermata negli anni successivi, resta entro il perimetro tracciato dalla legittimità costituzionale. Nessuna rima obbligata in effetti, diversamente da quanto accertato in passato in altri giudizi<sup>18</sup>;

(II) una volta rese chiare le motivazioni oggettive che potrebbero determinare una riduzione del livello effettivo di tutela di un diritto sociale e a meno che non se ne intacchi il nucleo essenziale, il legislatore ordinario ben può avvalersi del principio di gradualità per intervenire in senso peggiorativo<sup>19</sup>. Anche in questo esempio, la legittimità della decisione legislativa appare fuori discussione;

(III) ad essere illegittimità sarebbe una elezione alla Corte costituzionale di persone prive dei requisiti fissati dall'art. 135, secondo comma, Cost., non invece una inerzia del Parlamento in seduta comune seppur protratta per molto tempo<sup>20</sup>. Di fronte ad una simile omissione, non sarebbe possibile esercitare alcun potere sostitutivo demandando ad altro collegio questa elezione, né si potrebbero adottare misure coercitive per obbligare i parlamentari ad esprimersi così da raggiungere le prescritte maggioranze;

(IV) una rielezione del Capo dello Stato si rivela legittima – e così è stato in assenza di reazioni di carattere giurisdizionale – al cospetto di un essenziale dettato costituzionale che lascia aperta questa eventualità<sup>21</sup>;

(V) una revisione costituzionale che introducesse una forma di governo diversa da quella attuale (in particolare, in senso presidenziale o semipresidenziale) potrebbe essere suscettibile di una declaratoria di illegittimità solo se in contrasto con i princìpi supremi che formano il nucleo forte (o

---

problematico a questo profilo è stato compiuto con efficacia da A. RAUTI, *La decisione sulla cittadinanza. Tra rappresentanza politica e fini costituzionali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, spec. 38 ss.

<sup>18</sup> Alludo alla [sent. n. 30 del 1983](#) con la quale la Corte dichiarò l'incostituzionalità della legge n. 555 del 1912 nella parte in cui non prevedeva che fosse cittadino italiano per nascita anche il figlio di madre cittadina. Nella stessa pronuncia si legge, altresì, che «la Corte è consapevole del travagliato iter che in sede parlamentare, nel corso di più legislature si è svolto e si svolge tuttora in tema di riforma delle leggi sulla cittadinanza e sul suo adeguamento alla Costituzione, agli accordi internazionali ed alle mutate condizioni di vita nella famiglia e fuori di essa. Pur tenuto conto della complessità della materia, essa ritiene tuttavia che sia quanto mai necessaria ed urgente una revisione organica dell'intera normativa sulla cittadinanza, revisione che tenga conto di tutti i collegamenti tra una nuova disciplina e le regole del diritto internazionale privato». V. anche la [sent. n. 258 del 2017](#): alla luce dei princìpi consacrati negli artt. 2, 3, secondo comma, e 38 Cost., l'art. 10 della legge n. 91 del 1992 è stato dichiarato incostituzionale nella parte in cui non prevede che sia esonerata dal giuramento la persona incapace di soddisfare tale adempimento in ragione di grave e accertata condizione di disabilità.

<sup>19</sup> Sul diritto sociale come diritto condizionato dalle dinamiche di bilancio v., comunque, la sentenza n. 275 del 2016, secondo cui – in materia di trasporto scolastico dei disabili, «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione». In dottrina v., tra i molti, C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1994, 548 ss.; M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1999, 39 s.; Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, Il Mulino, 2013, 141 ss.; G. RAZZANO, *Lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali*, in E. Cavasino, G. Scala, G. Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, 35 ss.; M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2016, f. 3, 9 ss.; M. MASSA, *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *i*, 2017, 73 ss.; M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, Torino, Utet, 2018, spec. 101 ss.

<sup>20</sup> Al riguardo viene fatto notare da E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *op. cit.*, 47, come sia «proprio al Parlamento in seduta comune che si debbono sia il maggior numero di giudici eletti con ritardo sia la maggior consistenza dei ritardi medesimi» e ciò a causa del superamento di vecchie regole convenzionali sostituite da ripartizioni tra forze politiche sorrette da convenzioni mero stabili.

<sup>21</sup> V. M. Volpi, *Considerazioni sulla rieleggibilità del Presidente della Repubblica*, in G. Silvestri (a cura di), *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1985, 502 ss., e L. Paladin, voce Presidente della Repubblica, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, 178 ss. Cfr., di recente e molto opportunamente, V. Teotonico, *Note (sul dibattito) intorno alla rielezione del Presidente della Repubblica*, in [Rivista AIC](#), 2022, f. 2, 60 ss.

nocciolo duro) del sistema costituzionale<sup>22</sup>. Non pare, tuttavia, che ad oggi siano state allegate argomentazioni convincenti al riguardo<sup>23</sup>, e il tempo per farlo c'è stato visto che una simile innovazione sembra accomunare gran parte dei progetti, poi naufragati, che si sono susseguiti negli anni<sup>24</sup>.

Un altro profilo trasversale è rappresentato dalla incontestabile rilevanza politica degli atti e comportamenti qui contemplati. Infatti:

(I) il dibattito sulla introduzione, nell'ordinamento italiano, di meccanismi diversi e più inclusivi di acquisto della cittadinanza ha impegnato le forze politiche in un braccio di ferro che, al momento, ha generato soltanto una situazione di stallo. Modelli innovativi come lo *ius scholae* e lo *ius culturae* hanno contribuito a dividere ulteriormente le forze politiche su tematiche più ampie come la gestione dei flussi migratori. L'adesione o meno ad un meccanismo più accogliente rispetto allo *ius sanguinis* riflette una diversa visione ideologica della società e del rapporto con lo straniero<sup>25</sup>;

(II) il colore politico della maggioranza di governo può essere decisivo nell'azione complessiva di erogazione delle prestazioni connesse ai diritti sociali. L'attenzione verso le ragioni dell'equilibrio di bilancio, oltre ad essere alimentata da previsioni costituzionali sufficientemente perentorie al riguardo (si allude all'art. 81, ovviamente), può essere condizionata dalla sensibilità politica verso il complicato rapporto tra l'obiettivo del contenimento della spesa pubblica e le finalità eminentemente sociali, di lotta e contrasto alla povertà, incarnate proprio nei diritti sociali e nelle conseguenti prestazioni. La decisione sui diritti sociali tende a divenire il più delle volte una decisione eminentemente politica<sup>26</sup>;

(III) un Parlamento che non riesce ad eleggere uno o più giudici costituzionali non è altro che un organo collegiale in cui le divisioni politiche si sono rilevate così profonde e laceranti da precludere il raggiungimento del richiesto *quorum* deliberativo. In effetti, la selezione dei giudici costituzionali di matrice parlamentare è fortemente intrisa di politicità, a dispetto della ricerca di una immagine "a-politica" dell'organo di giustizia costituzionale<sup>27</sup>. La problematica negoziazione tra i gruppi parlamentari, nonostante l'avvenuto consolidamento di regole convenzionali di allocazione di tali incarichi, risente parecchio del clima politico e la ricerca di una sintesi finisce coll'essere condizionata in maniera decisiva dai rapporti di forza tra i partiti e dall'idea che questi hanno del ruolo assegnato al giudice delle leggi;

IV) le rielezioni dapprima rievocate hanno trovato un terreno fecondo nell'arena politica che, nonostante l'importanza cruciale di questo frangente istituzionale, ha perpetuato le proprie dinamiche dialettiche e conflittuali. Dietro queste rielezioni c'è stata o una contingente, seppur intensa, criticità politica nel cercare un nuovo Capo dello Stato (Napolitano), oppure la volontà di mantenere una continuità altrettanto politica in un momento in cui altre decisioni (ad esempio, l'elezione al Quirinale dell'allora Presidente del Consiglio Mario Draghi) avrebbero dischiuso scenari non del tutto graditi,

---

<sup>22</sup> Quanto alla sottoponibilità a scrutinio di costituzionalità delle leggi adottate ai sensi dell'art. 138 Cost. v., per tutti, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, 119. Sul nucleo duro v. Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, Giuffrè, 2007, 68 ss., e, più diffusamente, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2015, spec. 63 ss.

<sup>23</sup> E, in effetti, A. SPADARO, *Dal "revisionismo" a buon mercato al "misoneismo" camuffato*, nel sito telematico dell'[AIC](#), nella sezione *La lettera* (12/2022), dissente «da una revisione della nostra "forma di governo" in senso presidenziale o semi-presidenziale, comunque in astratto legittima».

<sup>24</sup> Attuale è la riflessione di N. ZANON, *Premesse ad uno studio sui 'principi supremi' di organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 1891 ss.

<sup>25</sup> Si pensi all'intervista rilasciata dall'allora Ministro dell'Interno On. Minniti all'[Avvenire](#) (8 ottobre 2017): egli affermò che «una società che non aspetta il 18esimo anno d'età per riconoscere a un giovane nato in Italia e che si è formato qui la cittadinanza sia una società più solida e meno debole».

<sup>26</sup> V., soprattutto, B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 2001.

<sup>27</sup> V., rispettivamente, G. GRASSO, *Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politico*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2019, f. 2, 152 ss., e G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, in *Quad. cost.*, 2005, 273 ss.

se non persino avversati, quanto alla guida dell'esecutivo e alla persistenza stessa della già flebile maggioranza, così eterogenea e intrinsecamente incerta e precaria;

V) quasi sempre le riforme costituzionali messe in cantiere rispecchiano gli orientamenti politici dei rispettivi promotori. Benché vengano spesso accompagnate da dichiarazioni per così dire "neutre", circa la presunta improcrastinabilità di modifiche rese necessarie da una architettura istituzionale giudicate obsoleta e inefficiente, tali riforme sono parte integrante di un preciso programma politico, quale occasione per imporre una certa visione delle istituzioni e della stessa Costituzione. E, dunque, le riflessioni che germogliano intorno ad una data proposta di revisione sono il più delle volte pervase da elementi politici, più che valutate dal punto di vista del diritto, in questo caso coincidente con i già citati principi supremi.

Riassumendo. Gli atti e i comportamenti dapprima considerati si muovono entro la cornice di legittimità disegnata dalle norme costituzionali e, nel contempo, assumo rilievo sul versante del confronto politico. Stando così le cose, l'interesse del cultore del diritto costituzionale dovrebbe scemare sino a dissolversi, lasciando ogni indagine agli studiosi di altre discipline, a cominciare dalla scienza politica.

Senonché, la pur indefettibile soggezione al metodo del costituzionalista non impedisce di percepire una netta sensazione di disagio, di dubbio, di incompiutezza, come se la sola prospettiva di studio illuminata dal concetto di legittimità si rivelasse angusta e, come tale, non idonea a cogliere la complessità globale dei fenomeni presi in considerazione. La tentazione di lasciare la guida ai politologi o agli altri studiosi degli accadimenti istituzionali sembra così cedere timidamente il passo ad uno sguardo più ampio, in un certo senso più curioso, nella consapevolezza che quella sensazione di disorientamento meriti uno sforzo proteso a scavare in profondità, nella convinzione che proprio nelle fondamenta della struttura costituzionale si possano recuperare elementi congeniali ad una lettura per molti versi inedita, quale appunto quella della sostenibilità costituzionale.

Se un individuo entra in un appartamento contro la volontà degli occupanti, è indiscutibile che si tratti di un comportamento illegittimo (*recte*, illecito), in quanto chiaramente *contra ius*. Se in quello stesso appartamento, che ha le dimensioni di un monolocale, vivono stipate dieci persone, nessun dubbio sul piano della legittimità/liceità, ma si possono certamente avanzare delle riserve, non tanto sul piano della opportunità di una simile convivenza, quanto ancor prima sul versante della idoneità strutturale di quell'immobile a garantire una esistenza libera e dignitosa ad un numero così elevato di persone.

Tornando agli accadimenti istituzionali che ci sono serviti per collocare pragmaticamente la riflessione teorica qui proposta, e dunque per dimostrare che anche il costituzionalista, pur dominato dal criterio della legittimità (in quanto ontologicamente materiale giuridico), può spaziare oltre senza rinunciare alla propria missione scientifica, un ottimo esempio può essere tratto dalle recenti considerazioni svolte da Enzo Cheli sulla riforma costituzionale fortemente voluta dal centrodestra, e in particolare da "Fratelli d'Italia". L'indiscussa autorevolezza e la profondità della riflessione suggeriscono di riportare testualmente i passaggi che, a questo fine, appaiono più significativi. Nel valutare complessivamente questa proposta, Cheli precisa che il suo ragionamento critico «non conduce di necessità ad escludere che l'Italia, in condizioni diverse da quelle attuali, possa adottare in futuro una forma di governo ispirata ad un modello presidenziale o semipresidenziale. Conduce, invece, ad escludere con ragionevole certezza che sia questo il momento per operare un passaggio di questa portata attraverso un "salto di corsia" dal modello parlamentare che abbiamo sinora utilizzato ad un modello semipresidenziale»<sup>28</sup>. Cheli prosegue osservando che «oggi stiamo attraversando una fase istituzionale in cui il sistema politico, per il distacco che lo ha allontanato dal tessuto sociale, ha raggiunto un livello di fragilità e volatilità tale da rendere molto rischiosa l'eventualità di un suo passaggio dentro le forme di un modello di stampo presidenziale: modello che per sua natura risulta più divisivo e meno aperto alle intese del modello parlamentare. In fasi di questo tipo, per non trasformare la fragilità in rottura del tessuto istituzionale, le riforme, oltre che ben calibrate, devono

---

<sup>28</sup> E. CHELI, *Perché dico no al presidenzialismo*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2022, f. 3, 60.

evitare di indebolire il quadro delle garanzie, tanto più se le stesse si colleghino ad un sistema di *checks and balances* come il nostro, che nel complesso ha ben funzionato consentendo alla costituzione di esprimere sinora un livello molto elevato di resilienza»<sup>29</sup>. A questo punto, lo stesso Cheli offre al lettore un punto di vista particolare, ricco di implicazioni: «la conseguenza è che il problema maggiore che oggi dobbiamo affrontare sul terreno costituzionale riguarda non tanto quella “governabilità” che si è inseguita a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso, quanto un profilo molto più impegnativo e radicale quale è la stessa “sostenibilità” del nostro tessuto democratico. La costituzione del 1948, in ragione del suo impianto garantista, del suo governo parlamentare e dei suoi efficaci poteri di controllo, ha assicurato sinora questa “sostenibilità” nonostante i progressivi smottamenti del sistema politico sottostante. Per questo tutto induce a pensare che la costituzione vada oggi difesa ancor più che in passato e che la forma di governo parlamentare di cui disponiamo, ancorché migliorata, non vada abbandonata»<sup>30</sup>.

Cheli non contesta esplicitamente la illegittimità di questa riforma. Non pare, infatti, siano evocati i principi supremi racchiusi nel nucleo duro del sistema costituzionale. Nel contempo, non pare neppure che lo stesso Cheli si limiti ad una riflessione tutta protesa a stigmatizzare l'inopportunità politica del progetto di revisione. Piuttosto, sono allegare argomentazioni di sistema che – come si è visto – ruotano proprio intorno al concetto di sostenibilità. È vero che Cheli si riferisce espressamente alla democrazia, e non alla costituzione, ma è altrettanto indiscutibile che accedendo a questo versante di analisi, il criterio della legittimità resta sullo sfondo, così come la dimensione politica non appare predominante. La sostenibilità della democrazia, che si ritiene compromessa dal progettato abbandono della forma di governo parlamentare, s'intreccia con la tenuta stessa dell'impianto costituzionale, visto che è proprio la struttura eretta dai principi e dalle disposizioni della carta fondamentale a reggere il principio democratico e a consentirne la compiuta e coerente vitalità. Non è certo questa la sede per esplorare la complessa relazione tra costituzione e democrazia<sup>31</sup>. Nondimeno, quando si allude ad una sostenibilità democratica messa in discussione da un assetto di governo con caratteristiche così distanti dal parlamentarismo, si allude anche alla sostenibilità della costituzione quale atto e processo che indirizza la vita democratica verso il suo compimento quale presupposto per la sopravvivenza e il progresso di una società pluralista, laica, partecipativa, inclusiva, solidale, illuminata dal principio di eguaglianza nella sua duplice dimensione formale e sostanziale. Dunque, lamentare un attentato alla sostenibilità della democrazia significa anche paventare un rischio per la stessa solidità della struttura costituzionale, del quale viene messa in discussione la capacità di reggere stabilmente proprio il sistema democratico retto innanzitutto dal supremo canone di legittimazione della sovranità popolare.

Prima di procedere oltre, consideriamo la nota vicenda della mancata nomina a ministro dell'economia di Paolo Savona<sup>32</sup>. Il veto opposto dal Presidente Mattarella ha alimentato dubbi circa la sua legittimità costituzionale, tanto da fomentare azzardate ipotesi di messa in stato d'accusa<sup>33</sup>. Nondimeno, il seguito della vicenda ha fornito elementi decisivi circa la legittimità di un simile comportamento. Nel contempo, questo accadimento è stato pienamente assorbito nella discussione politica, non essendo mancate voci di dissenso che si sono insinuate in un confronto tra forze politiche

---

<sup>29</sup> *Id.*, 61.

<sup>30</sup> *Id.*, 62 (enfasi aggiunta).

<sup>31</sup> Su cui, in particolare, F. PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali della democrazia*, Roma, Carocci, 2019, e A. SPADARO, *Kelsen versus Kelsen: Democracy or Constitutional Democracy?* in *Italian Journal of Public Law*, 2021, 329 ss.

<sup>32</sup> V. la [Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine del colloquio con il Professore Giuseppe Conte](#) del 27 maggio 2018.

<sup>33</sup> V., infatti, G.U. RESCIGNO, *Populismo (presunto, asserito, proclamato) e diritto costituzionale in Italia*, in *Ragion pratica*, 2019, 283, il quale ricorda che «nel breve periodo intercorrente tra la notizia pubblica che Mattarella poneva il veto contro la nomina di Savona con conseguente ritiro dell'incarico e il compromesso per cui Savona poteva diventare ministro in un altro ministero (con la conseguenza che il primo incarico che aveva rinunciato si ripresentava accettando questa volta la nomina) incombeva contro il Presidente della Repubblica la minaccia pubblicamente espressa da uno dei due capi della coalizione di incriminarlo per attentato alla Costituzione e insieme la decisione di chiamare il popolo nelle piazze contro il Presidente».



già sufficientemente aspro. Ma è possibile risolvere questo caso in termini di comportamento legittimo anche se idoneo a suscitare dubbi di opportunità politica? È costituzionalmente sostenibile un siffatto veto presidenziale? E se lo è, lo è forse perché può considerarsi costituzionalmente insostenibile la nomina di una personalità che, con le sue reiterate dichiarazioni pubbliche denotanti una marcata avversione verso il processo di integrazione europea, avrebbe ostacolato il pieno coinvolgimento della Repubblica italiana proprio in questo processo?<sup>34</sup>

3. *Sull'insufficienza del giudizio di legittimità in presenza di una Costituzione che oltre a limitare, orienta il potere.*

La Costituzione non è solo l'atto normativo che domina la scala gerarchica delle fonti del diritto, ma è anche *la base di una struttura destinata a funzionare in modo coerente rispetto ai suoi principi fondamentali*. Questa dimensione strutturale consente una ragionevole approssimazione al concetto di sostenibilità costituzionale.

Quando si valuta un atto sul piano della sua sostenibilità costituzionale, sospettando che non lo sia, si pensa ad una decisione legittima, ossia conforme al dettato costituzionale. Se quell'atto fosse illegittimo, verrebbe assorbito anche il giudizio di sostenibilità costituzionale in quanto per definizione un atto così viziato precluderebbe in radice alla Costituzione di operare nel senso strutturale dapprima indicato. Un atto legittimo, però, potrebbe nondimeno ostacolare questa vocazione strutturale della Costituzione. Si può acquisire legittimamente un appartamento, ma non è detto che se ne faccia poi un uso coerente con la sua attitudine a favorire il pieno sviluppo della personalità e il godimento di un'esistenza libera e dignitosa.

È proprio questa la tesi che s'intende dimostrare: sino a che punto si può "usare" la Costituzione senza "abusarne"? Sino a che punto può spingersi una interazione con il dettato costituzionale che, pur svolta lungo i binari della legittimità, potrebbe nondimeno metterne in discussione la stabilità e la capacità di reggere l'intera struttura edificata intorno ai suoi principi fondamentali? Sino a che punto si può "stressare" la legge fondamentale senza violarla?

È intuibile quanto la posizione di un simile dilemma impegni la riflessione intorno al senso ultimo di una "costituzione", al suo ruolo all'interno dell'ordinamento giuridico e la sua funzione rispetto alle più ampie relazioni sociali.

Con l'avvento del costituzionalismo liberale, alla Costituzione è stato attribuito il compito di arginare il potere ai fini della tutela dei diritti fondamentali: la Costituzione come limite al potere, ossia ad una condizione di supremazia che, in passato, aveva favorito ingerenze arbitrarie nella sfera giuridica dei consociati ad opera di autorità senza controllo legale<sup>35</sup>.

La maturazione del costituzionalismo, intervenuta soprattutto verso la metà del Novecento, ha assecondato una inedita visione della legge fondamentale il cui ruolo si è arricchito di una ulteriore

---

<sup>34</sup> In argomento v. E. CHELI, *Natura giuridica del potere di nomina dei ministri*, in *Quad. cost.*, 2018, 671; A. SPADARO, *Dalla crisi istituzionale al Governo Conte: la saggezza del Capo dello Stato come freno al «populismo sovranista»*, in AA. VV., *Dal «contratto di governo» alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 17 ss.; A. RANDAZZO, «Viene anche lui, no, lui no». *Il ruolo del Presidente della Repubblica alla prova del «caso Savona»*, *ivi*, 125 ss.; P. COSTANZO, *Contributo al dibattito sul potere del Presidente della Repubblica di condizionamento della scelta dei ministri*, in *Giur. cost.*, 2018, 995 ss.; M. FERRARA, *L'influenza presidenziale sull'indirizzo estero nel settennato Mattarella. Una retrospettiva*, in *Quad. cost.*, 2021, 895 s. Critico V. ONIDA, *In regime parlamentare la scelta dei ministri fa parte dell'indirizzo politico del Governo*, in *Quad. cost.*, 2018, 674.

<sup>35</sup> Cfr. C. MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, 146: «la funzione propria della costituzione, da cui trae la sua preminenza, è di condizionare la validità delle varie attività dello Stato». Dal canto suo V. ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 2004, 8, ricorda come le moderne costituzioni siano state scritte «per fissare limiti al potere di chi comanda, per definire le condizioni e i modi in cui l'autorità deve essere esercitata (...) e per fissare i diritti dei soggetti nei confronti dell'autorità, che non può legalmente violarli».

funzione, quale quella di *orientare l'esercizio* stesso del potere, a cominciare da quello legislativo<sup>36</sup>. Il potere è preordinato a garantire la pace e l'ordine nei rapporti intersoggettivi. È, dunque, uno strumento per governare il conflitto sociale. Il liberalismo aveva devoluto questo compito alle istituzioni attraverso le quali si esprimeva il monopolio statale nell'uso della forza: polizia ed esercito. I successivi sviluppi del costituzionalismo hanno, invece, immesso il conflitto sociale nel «“giardino” delle istituzioni rappresentative, dei diritti e delle procedure costituzionalmente garantite»<sup>37</sup>. Così, il problema non è solo limitare il potere, ma stimolarne e indirizzarne le concrete esplicazioni verso i pilastri intorno ai quali costruire un edificio stabile entro cui collocare quel conflitto sociale: conflitto che non è solo un problema di ordine pubblico, ma anche una questione di coerenza rispetto ai valori primari destinati ad aggregare le diverse anime del pluralismo democratico e sociale. In questa inedita veste, la Costituzione appare agire, come ha intuito Cass Sunstein, quale «strategia di assunzione di impegni per il futuro»<sup>38</sup>: non semplicemente una limitazione al potere che si manifesta nel quotidiano governando il presente, ma una prospettiva di obiettivi proiettati nel tempo che appunto impegnano le istituzioni nella loro complessa opera di attuazione. E questo impegno si articola intorno ai principi che più di altri testimoniano e incarnano l'attitudine della Costituzione ad agire come motore di cambiamento sociale.

L'enunciazione di norme di principio idonee a condizionare e, spesso, a vincolare la discrezionalità del legislatore, talvolta riduttivamente accolte come mere norme programmatiche, attesta e nel contempo testimonia l'avvenuta consacrazione di un modello costituzionale in grado di assecondare la svolta interventista dello Stato, non più passivo spettatore delle dinamiche comunitarie, ma protagonista esso stesso del cambiamento sociale attraverso il suo atto più qualificante, vale a dire proprio la Costituzione<sup>39</sup>. In fondo, questi principi non sono altro che la trasposizione giuridica delle concezioni ideali invalse nel tessuto sociale, quali rappresentazioni essenziali di una struttura sociale autenticamente preordinata a garantire non solo il pacifico svolgimento delle relazioni intersoggettive, ma anche il benessere generale e la coesione pur in seno ad una comunità intrinsecamente composita e variegata.

Questa evoluzione del senso ultimo ascrivito alla Costituzione non può rimanere senza conseguenze sul piano dei suoi rapporti con il potere.

Una Costituzione costruita quale atto normativo volto a frenare e contenere il potere nelle sue molteplici modalità di espressione è una costituzione che, per affermare la propria primazia all'interno dell'ordinamento giuridico, non può che avvalersi delle potenzialità insite nel criterio gerarchico. Una legge che viola la legge fondamentale è dichiarata incostituzionale. Un atto che lede la sfera di attribuzioni di un altro potere dello Stato è annullato. L'inosservanza della Costituzione è sanzionata secondo lo schema costruito intorno al concetto di *legittimità*. Le leggi e le altre manifestazioni di potere incompatibili con la Costituzione sono illegittime, sostanziandosi nella trasgressione di una o più norme giuridiche di rango superiore<sup>40</sup>. La giustizia costituzionale si esprime proprio nell'alveo tracciato dal concetto di legittimità<sup>41</sup>. Il “custode della costituzione” è posto a

---

<sup>36</sup> Imprescindibile la lettura di A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione. I) Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, Giuffrè, 1994, 53 ss.

<sup>37</sup> R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?* in *Quad. cost.*, 2007, 16.

<sup>38</sup> C.R. SUNSTEIN, *Designing Democracy*, New York, Oxford University Press, 2001, trad. it., *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, Il Mulino, 2009, 136 ss.

<sup>39</sup> Cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, 15 ss., nonché O. CHESSA, *I giudici del diritto*, Milano, Franco Angeli, 2014, spec. 297 ss.

<sup>40</sup> Sulla possibilità di estendere il concetto di legittimità anche agli atti normativi (e non solo ai comportamenti umani) v. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, 47 ss.

<sup>41</sup> In uno dei più accreditati manuali di giustizia costituzionale si legge che «le leggi sono incostituzionali quando contrastano con specifiche norme della costituzione che assumono la funzione di parametri della loro validità. Si può dire che l'invalidità della legge in quanto incostituzionalità dipende dall'inconciliabilità con “un'altra legge”. L'incostituzionalità è un'avventura tra leggi, l'una misura dell'altra. La giustizia costituzionale è l'arbitro di quest'avventura». Sicché, «l'eventuale contrasto che emerga dal raffronto sarà eliminato, armonizzando il termine più debole (la legge) con quello più forte (la costituzione) quando è possibile, o eliminando in radice il più debole, quando è

presidio della legittimità costituzionale, sia esso uno specifico organo giudiziario, secondo la teoria propugnata da Hans Kelsen, o sia esso il Capo dello Stato quale garante della decisione politica fondamentale, stando all'intuizione di Carl Schmitt<sup>42</sup>.

Dal punto di vista operativo, il giudizio di legittimità si risolve in un confronto tra uno o più norme costituzionali, in guisa di parametri o *standard*, e una manifestazione di potere (una norma giuridica di matrice legislativa o una determinazione assunta da un potere dello Stato, o persino una omissione dello stesso) che si assume quale oggetto del sindacato devoluto al giudice costituzionale. La violazione del parametro trasmoda in illegittimità, con conseguente caducazione dell'atto censurato o impugnato.

Anche una visione per così dire "positiva" della Costituzione (come impulso e guida) non esclude l'operatività del modello appena riassunto. Una norma legislativa che dovesse frustrare o persino disattendere un principio costituzionale, precludendo il conseguimento dell'obiettivo in esso racchiuso, avrebbe la medesima sorte in termini di declaratoria di illegittimità. Nondimeno, l'accesso ad una concezione propositiva (e non meramente limitativa o preclusiva) della costituzione si rivela in grado di illuminare un inedito orizzonte funzionale, quale quello per l'appunto della *sostenibilità costituzionale*.

Il seguente esempio potrà già delineare un abbozzo del ragionamento che si tenterà di costruire in prosieguo di trattazione.

Si consideri il principio di eguaglianza, nella sua duplice dimensione formale e sostanziale.

Quando una norma legislativa è censurata per aver discriminato situazioni omogenee (o anche per aver riservato il medesimo trattamento giuridico a situazioni in realtà diverse), la violazione del principio di eguaglianza formale verrà sancita e dichiarata secondo il modello tradizionale della legittimità: la norma è espunta dall'ordinamento in quanto incostituzionale.

Anche la violazione del principio di eguaglianza sostanziale potrebbe culminare nella stessa declaratoria di illegittimità, come nel caso di norme che impediscono alle istituzioni repubblicane di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale indicati nel secondo comma dell'art. 3 Cost. Nondimeno, questo stesso principio, affermatosi con l'ampliamento dell'orizzonte costituzionale un tempo saldamente ancorato ai dettami del liberalismo, ha contribuito a rivedere la fisionomia complessiva (sia dal punto di vista strutturale, che in termini funzionali) dei poteri dello Stato, a cominciare da quello legislativo. E questa trasformazione suggerisce, per le ragioni che verranno di qui a poco esposte, di non limitarsi a osservare il rapporto tra costituzione e leggi nei soli termini imposti dal giudizio di legittimità. Così, una norma legislativa, destinata ad impattare nei rapporti socioeconomici (dunque, proprio nel terreno in cui l'eguaglianza sostanziale è destinata ontologicamente ad attecchire e a svilupparsi), potrebbe anche superare indenne il sindacato di costituzionalità e, nondimeno, rivelarsi costituzionalmente insostenibile<sup>43</sup>. Ciò non significa proiettare questo principio al di fuori dell'orbita tracciata dal diritto costituzionale, quanto piuttosto mantenere integra questa collocazione sfruttando al meglio le sue intrinseche potenzialità<sup>44</sup>.

---

impossibile armonizzarlo»: così G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I) Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, Il Mulino, 2018<sup>2</sup>, 185 e, rispettivamente, 187.

<sup>42</sup> V., rispettivamente, H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* in *Die Justiz*, 1930-1931, 576 ss., e C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1929, 161 ss.

<sup>43</sup> Forse non è un caso se, contrariamente al primo comma, il secondo comma dell'art. 3 ha operato raramente quale parametro di legittimità, rendendo così poco "giustiziabile" la dimensione sostanziale dell'eguaglianza. Invero, come ha sottolineato G. ZAGREBELSKY, *Relazione*, in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale: bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, Il Mulino, 1978, 103, il secondo comma dell'art. 3 «ha avuto scarsissimo rilievo in quanto tale (...) e quasi sempre travestito nei panni del primo comma» V., sul punto, Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 95 ss. V., però, già L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli. I) Scritti sulla giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 1985, 299 ss. V. anche A. MOSCARINI, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino, Giappichelli, 2001, 99 ss.

<sup>44</sup> Ha efficacemente scritto A. D'ALOIA, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti di un principio "sconfinato"*, in *Rivista AIC*, 2021, f. 4, 40, che «il secondo comma dell'art. 3 non è una norma potenzialmente al di sopra e al di fuori del modello costituzionale (...), ma un elemento del sistema, chiamato a convivere e a mantenere un rapporto di coerenza

Si pensi ancora ai diritti sociali, che del principio di eguaglianza sostanziale sono gli strumenti privilegiati di invero. E si pensi soprattutto al loro riconoscimento come diritti “condizionati”. Ebbene, una riduzione di questo tasso di protezione potrebbe anche sfuggire ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale, proprio sfruttando al massimo questa qualificazione. Purtuttavia, questa stessa misura potrebbe alimentare dubbi ragionevoli circa la sua sostenibilità costituzionale. Così ragionando, la “condizionalità” dei diritti sociali, che ne rappresenta nel contempo il tratto qualificante e l’elemento di vulnerabilità, potrebbe essere riletta con uno sguardo diverso da quello della legittimità. Se poi si pensa che i diritti sociali hanno segnato il superamento della prospettiva angusta tracciata dal pensiero liberale per suggellare l’avvento di un nuovo modo di intendere e di concepire la Costituzione, è proprio su di essi che si potrebbe, anzi si dovrebbe (per essere coerenti con questa transizione) sperimentare un nuovo approccio, non circoscritto alle sole valutazioni di legittimità, ma esteso anche a considerazioni di sostenibilità.

#### 4. *La Costituzione come higher law. La Costituzione come fundamental law.*

La differenza tra legittimità e sostenibilità può essere colta prendendo le mosse da altrettante diverse concezioni della Costituzione quanto alla sua posizione nell’ordinamento giuridico.

Si ragiona di “legittimità” quando si pensa alla costituzione come fonte del diritto che legittima le altre fonti a produrre norme giuridiche<sup>45</sup>. Considerata la supremazia vantata nel sistema, le norme giuridiche prodotte dalle predette fonti non possono contraddire la Costituzione. Sicché, una norma di rango primario è legittima se non genera una antinomia con la fonte superprimaria. Dunque, la legittimità costituzionale è quella condizione di equilibrio del diritto positivo che riflette la proiezione verticale del sistema delle fonti, alla stregua del criterio gerarchico.

Si ragiona di “sostenibilità” quando si pensa alla Costituzione come atto normativo che sorregge l’intero ordinamento giuridico: la Costituzione, per l’appunto, come atto normativo fondamentale, nel senso che ha gettato le basi destinate a sopportare il peso dell’ordinamento.

Come si può notare, queste due diverse percezioni illuminano differenti e complementari ruoli della Costituzione: la dimensione della legittimità riposa sull’idea della Costituzione quale fonte del diritto che condiziona la validità di tutte le altre fonti ad essa subordinate al requisito del pieno rispetto delle previsioni in essa enunciate; la dimensione della sostenibilità valorizza la collocazione della Costituzione alla base dell’ordinamento, quale presupposto e scaturigine del medesimo.

Quando si polarizza l’attenzione sulla supremazia della Costituzione, quale norma sovraordinata a tutte le altre espressioni di potere normativo, e si percorre la strada tracciata dalla legittimità per definire il rapporto tra le fonti collocate su piani diversi si accede alla prospettiva illuminata dalla Corte suprema degli Stati Uniti sin da *Marbury v. Madison*: «the constitution is (...) a superior, paramount law»<sup>46</sup>. La kelseniana costruzione a gradi (*Stufenbau*) offre, dal canto suo, una razionale impostazione teorica al modello basato sulla legittimità. Quando una norma regola la produzione di diritto ad opera di un’altra la norma, la prima è fondamento di validità della seconda. Il rapporto tra le due norme è da Kelsen raffigurato «con l’immagine spaziale dell’ordinamento superiore e inferiore. La norma che determina la produzione è la più alta e quella prodotta nella forma stabilita è la più

---

(sia pure da una posizione che non esito a definire qualitativamente primaria, e quindi in un bilanciamento che è stato correttamente definito “ineguale” con una serie di altri contenuti, che riguardano complessivamente le ragioni e i diritti dell’economia privata, e le esigenze di equilibrio finanziario».

<sup>45</sup> Così scrive E.S. CORWIN, *The “Higher Law” Background of American Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, 1929, 42, 3, 409: «in the American written Constitution, higher law at last attained a form which made possible the attribution to it of an entirely new sort of validity, the validity of a statute emanating from the sovereign people». V. anche B. ACKERMAN, *Higher Lawmaking*, in S. LEVINSON (ed.), *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, Princeton University Press, 1995, 63.

<sup>46</sup> 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), dove la Corte suprema precisa che «certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature repugnant to the constitution is void».

bassa. L'ordinamento giuridico non è pertanto un sistema di norme giuridiche di egual gerarchia (...), ma è un ordinamento a gradi, composto di differenti strati di norme giuridiche»<sup>47</sup>. Dunque, al di sotto del presupposto della *Grundnorm* «il più alto grado del diritto positivo è rappresentato dalla costituzione»<sup>48</sup>.

Dal canto suo, la “fondamentalità” della Costituzione, nei termini dapprima descritti, è stata bene messa in luce da Gustavo Zagrebelsky<sup>49</sup>. La Costituzione registra il pluralismo quale tratto qualificante gli odierni Stati costituzionali. Le differenze debbono essere ricomposte «in una qualche unità di grado superiore». Se questa era la funzione ascrivita alle costituzioni percepite quali atti sovrani, «della costituzione del nostro tempo non si può dire la stessa cosa: essa non opera al di sopra, ma nelle fondamenta dell'ordinamento giuridico; essa apre, non chiude, la competizione, per così dire, distribuendo le carte e regolando le procedure affinché il confronto e la concorrenza si svolgano correttamente». Dunque, la Costituzione «sta alla base; è, come si dice, “norma fondamentale”. Deve porre i principi: principi, nel senso di punti da cui si principia, a partire dai quali le componenti della società possono legittimamente muovere per trovare soddisfazione nella legge». Stando così le cose, «la *sovranità* della legge è stata sostituita dalla *fondamentalità* della Costituzione. Pensare alla costituzione come “un grado in più di diritto” sovrapposto al diritto legislativo significa proporre un'idea monarchico-gerarchica della Costituzione, contraddittoria rispetto al tempo democratico-pluralista odierno». Stando al di sotto della vita politica, la costituzione è «norma sottana»<sup>50</sup>.

Non credo che l'Autore di questa lucida e intrigante ricostruzione avesse in mente proprio l'idea della sostenibilità costituzionale quando ha discettato di fondamentalità. In effetti, il modello della legittimità non è superato accedendo alla tesi della “Costituzione sottana”. Nondimeno, l'enfasi rivolta a questa dimensione della Costituzione, che nel pensiero di Zagrebelsky appare dominante nell'attuale epoca pervasa dal principio pluralista, può aiutarci a rivelare un volto della Costituzione congeniale alla riflessione teorica qui esposta. Si può senz'altro legittimare anche “dal basso” le diverse forme di invero della potestà normativa ulteriore rispetto alla Costituzione, ma le si può anche assegnare il compito di sostenere una struttura complessa e articolata con le conseguenze che si cercheranno di trarre più avanti.

### 5. I principi fondamentali e il senso della “vocazione sociale” delle moderne Costituzioni.

Invero, la distinzione tra legittimità e sostenibilità riflette anche un diverso modo di intendere la struttura all'interno della quale la Costituzione dispiega la propria “supremazia” ovvero “fondamentalità”.

L'accoglimento del modello della legittimità ci induce a osservare la dimensione statica e dinamica della struttura di riferimento come un complesso organico di elementi eterogenei che aspira all'equilibrio. Il criterio della legittimità opera in funzione della composizione delle antinomie che possono materializzarsi nel rapporto tra le fonti del diritto. Una norma è valida se non contraddice un precetto posto da una fonte di rango superiore. Quando la Corte costituzionale pronuncia una sentenza

---

<sup>47</sup> H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, Franz Deuticke Verlag, 1934, trad. it., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1967, 105.

<sup>48</sup> *Ibidem*. In H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 1994, 118, il principio di legittimità è declinato come riconoscimento della permanenza della validità di una norma giuridica sino a quando essa non sia resa invalida «nel modo determinato dall'ordinamento giuridico stesso».

<sup>49</sup> Le citazioni che seguiranno sono tutte tratte da G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino, Einaudi, 2018, 143 s.

<sup>50</sup> Già a suo tempo C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928, trad. it., *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, 21, definì “oscura” l'espressione «costituzione sovrana», dal momento che «più propriamente, può essere sovrano soltanto qualcosa di concretamente esistente, non una norma che è semplicemente vigente». Più avanti lo stesso A. considerò una finzione la configurazione di un “sovrano” sistema costituzionale che «in nessun luogo può essere violato o soltanto influenzato per motivi e necessità dell'esistenza politica».

di rigetto si ha la negazione, in quel caso, di una antinomia, nel senso che la norma censurata non contraddice il parametro di legittimità. All'opposto, una decisione di accoglimento certifica la violazione del dettato costituzionale ad opera di una norma posta da una fonte primaria, dunque una antinomia, che viene cancellata attraverso la rimozione della regola illegittima. Insomma, la legittimità riflette e recepisce un bisogno vitale per il diritto positivo, quale quello di operare come un vero e proprio "sistema normativo". E per farlo, atteso il pluralismo delle fonti del diritto, deve poter contare non tanto sulla assenza di antinomie, quanto piuttosto su criteri certi di risoluzione delle stesse<sup>51</sup>.

In questa struttura, la Costituzione esprime appieno la propria natura di fondamento di legittimità delle fonti ad essa subordinate e offre al suo "custode" gli standard di giudizio alla stregua dei quali comporre le eventuali antinomie con gli atti normativi primari.

Una struttura, come quella appena descritta, che confida sui criteri di composizione delle antinomie quale presidio di stabilità, coerenza ed equilibrio, affida innanzitutto alla Costituzione il compito di limitare il potere affinché non siano lesi i diritti fondamentali. Una contraddizione tra la fonte superprimaria e una fonte primaria può anche investire rapporti e situazioni non direttamente collegate ai predetti diritti: si pensi al contenzioso tra Stato e Regioni<sup>52</sup>. Nondimeno, se si pensa al compito assegnato alla costituzione sin dal 1789 e se si pensa che il "primo" potere che potrebbe attentare alla integrità dei diritti fondamentali è proprio quello legislativo, (trattandosi di potere nelle mani della maggioranza), allora è chiaro che la risoluzione di una antinomia, quale quella in esame, è funzionale ad assicurare «la garantie des droits»<sup>53</sup>. Non è solo una questione di coerenza interna al sistema, ma ancor prima di integrità di quelle posizioni giuridiche soggettive che rappresentano il punto di incontro tra le aspirazioni autoritative delle istituzioni pubbliche e le pretese di libertà vantate dai consociati. È, dunque, questa una struttura che assorbe i tratti qualificanti il costituzionalismo di matrice liberale, che esalta cioè la centralità della Costituzione come limite al potere.

Consideriamo ora la prospettiva illuminata dal concetto di sostenibilità, ancorato alla immagine della Costituzione come *fundamental law*.

La struttura che ha alla base la Costituzione non è semplicemente l'immagine riflessa e capovolta dello *Stufenbau*. Invero, questa struttura asseconda la vocazione della stessa Costituzione a stimolare e a guidare innanzitutto l'attività di produzione normativa devoluta alle altre fonti del diritto, a cominciare dalla legge ordinaria del Parlamento. Sia chiaro. La Costituzione non ha alcuna pretesa di assorbire l'intera produzione normativa affidando al legislatore ordinario un ruolo di mera attuazione. Esiste anche uno "spazio costituzionale neutro" dove il legislatore può esprimere compiutamente la propria discrezionalità<sup>54</sup>. Il ragionamento qui proposto afferisce a quei segmenti della materia costituzionale dove si avverte tangibilmente la vocazione sociale della Costituzione, quale motore di cambiamento sociale.

Nella costruzione a gradi, il cui vertice è occupato dalla Costituzione, ciò che rileva è il *rispetto* della fonte superprimaria. Le fonti ad essa subordinate non possono violarne le disposizioni. La comparazione tra il contenuto precettivo del parametro e quello dell'oggetto di una eventuale questione di incostituzionalità è l'operazione finalizzata a constatare la sussistenza o meno di una antinomia. La condizione di equilibrio garantita dal "rispetto" è soddisfatta grazie alla coerenza interna alla struttura normativa di riferimento, declinata come non contraddizione tra i suoi molteplici e variegati elementi. È questa l'essenza del *judicial review of legislation* e, dunque, di un controllo

---

<sup>51</sup> Illuminante L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, 71 ss.

<sup>52</sup> Su cui, di recente, B. LIBERALI, *Un processo bifronte. Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2022.

<sup>53</sup> In alcuni casi anche in un giudizio instaurato per dirimere un conflitto tra Stato e Regioni possono assumere rilievo i diritti fondamentali, e non solo la distribuzione delle rispettive attribuzioni, come dimostra, ad esempio, D. TEGA, *Giudizi su conflitti che riguardano diritti. I parametri sostanziali nel giudizio in via principale*, in *Quad. cost.*, 2019, 131 ss.

<sup>54</sup> V. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2022<sup>7</sup>, 133.

giudiziario sulla costituzionalità delle leggi. Il giudice costituzionale non potrebbe che giudicare in base a criteri di legittimità<sup>55</sup>.

Quando, invece, si pensa alla struttura normativa che scaturisce dalla base costituzionale, *vale a dire da ciò che sostiene quella stessa struttura*, assume rilevanza più che il “rispetto” (nei termini suindicati) il processo di *inveramento* dei principi enunciati dalla legge fondamentale.

L’inveramento è qualcosa di più della mera attuazione del dettato costituzionale. Con il termine “inveramento” si allude all’attitudine dei principi costituzionali di incidere autenticamente nella struttura qui considerata determinando di riflesso un mutamento nel tessuto sociale coerente con le concezioni ideali in essi racchiuse<sup>56</sup>. Inverare significa raggiungere la verità. E per “verità costituzionale” si può intendere la reale conformazione dell’assetto sociale ai principi fondamentali. La condizione di equilibrio garantita dall’“inveramento” è soddisfatta ogni qual volta i principi costituzionali riescono a dispiegare un reale effetto sugli assetti comunitari. Si badi bene. La Costituzione non intende certo soffocare il libero dinamismo sociale, né inibirne o forzarne gli sviluppi. Essa, piuttosto, ambisce a correggere, a stimolare, a prospettare possibili orizzonti, talora a promettere rivoluzioni che le sole forze sociali non sarebbero in grado di attuare autonomamente<sup>57</sup>. La vocazione sociale della Costituzione, per l’appunto, che si esprime soprattutto quando c’è in gioco la dignità della persona<sup>58</sup>.

Per cogliere appieno la differenza tra queste due concezioni basate sul rispetto e sull’inveramento, può apparire utile ragionare di “domanda di Costituzione”<sup>59</sup>.

Il processo costituente, che giustappunto culmina nell’adozione di una Costituzione, è sempre stimolato, in maniera più o meno vistosa a seconda delle concrete circostanze storiche, da una richiesta impellente di norme fondamentali proveniente dalla società. Non solo le Costituzioni votate da una apposita assemblea, ma persino quelle concesse da un sovrano più o meno illuminato sono il frutto di una sollecitazione maturata e coltivata in seno alla comunità. L’insieme dei consociati, pur divisi da differenti posizioni ideologiche o culturali o sociali, esprime la necessità di dotarsi di un complesso organico di principi e norme in grado di presidiare i diritti fondamentali generando una architettura istituzionale fondata sul principio della separazione dei poteri. La Costituzione non è calata dall’alto, ma è il risultato di un’interazione, spesso conflittuale, tra società e autorità, tra chi vive di libertà e chi si avvale del potere. E questa relazione costante alimenta la legittimazione della Costituzione ad operare quale atto normativo fondamentale. Invero, «le costituzioni democratiche traggono la loro forza dalla società che in esse si esprime. Se la società, oltre che democratica, è pluralista, questa forza sarà un incontro, un punto di equilibrio»<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> V. H. KELSEN, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, in *Journal of Politics*, 1942, 183 ss. Cfr. pure M. CAPPELLETTI, J.C. ADAMS, *Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations*, in *Harvard Law Review*, 1966, 79, 6, 1207: «the doctrine of judicial supremacy (...) gives the courts the power and the obligation to declare invalid all law that is incompatible with the constitution».

<sup>56</sup> Così, infatti, Q. CAMERLENGO, *Valori e identità: per un rinnovato umanesimo costituzionale*, cit. 825.

<sup>57</sup> Mi riferisco chiaramente a Piero Calamandrei quando ci illumina sul senso dell’introduzione, nella trama costituzionale, dell’allora inedito principio di eguaglianza sostanziale. «Più che il punto d’arrivo di una rivoluzione già compiuta», la consacrazione della dimensione sostanziale dell’eguaglianza rappresenta «il punto di partenza di una rivoluzione (o di una evoluzione) che si mette in cammino»: P. CALAMANDREI, *L’avvenire dei diritti di libertà*, introduzione a F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Firenze, La Nuova Italia, 1946, XLI s. Invero, «per compensare le forze di sinistra della rivoluzione mancata, le forze di destra non si opposero ad accogliere nella costituzione una rivoluzione promessa»: ID., *Introduzione storica sulla Costituente*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, I, Firenze, G. Barbera, 1950, CXXXV.

<sup>58</sup> Come ha opportunamente sottolineato A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell’uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2011, f. 1, 1 ss.

<sup>59</sup> In tal senso F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1986<sup>4</sup>, 8 s., ripresa da Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, Giuffrè, 2007, 58 ss., e ulteriormente affinata e arricchita da A. RUGGERI, *Lacune costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2016, 2, 18. Cfr. altresì R. DICKMANN, *Costituzione e contesto*, in *Dir. soc.*, 2010, 50. S’interroga sulle tante “domande” di Costituzione sopravvenute all’opera di codificazione svolta dalla Costituente A. BARBERA, *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, in *Una e indivisibile*, Milano, Giuffrè, 2007, 42 ss.

<sup>60</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, 150.

Questa domanda di Costituzione mira senza dubbio a edificare una struttura normativa in cui la legittima produzione giuridica sia condizionata da una fonte superiore che definisca innanzitutto organi e regole procedurali. La costruzione a gradi è senza dubbio la risposta a questa domanda, atteso che la Costituzione è destinata ad operare quale presupposto di legittimità delle fonti ad essa subordinate. Tuttavia, la domanda di Costituzione si esprime anche (e soprattutto, se si pensa ai più recenti sviluppi del costituzionalismo) attraverso la ricerca e la conseguente consacrazione di principi fondamentali idonei ad imprimere una svolta al processo di trasformazione sociale.

L'avvento di una nuova concezione della Costituzione, qualitativamente più ricca rispetto a quella forgiata dal pensiero liberale, ha reso la stessa ancor più permeabile alle istanze sostanziali provenienti dal tessuto sociale di riferimento. Queste istanze, mediate dall'azione dei movimenti politici coinvolti nei diversi processi costituenti, si sono tradotte nella prospettazione di concezioni ideali della società verso cui tendere per edificare una società più giusta in termini di eguaglianza, pluralismo, solidarietà, senza con ciò rinnegare o mortificare il retaggio dell'esperienza liberale del primo costituzionalismo. Queste concezioni ideali sono state a loro volta trasfuse in principi giuridici, divenendo materiale normativo come tale idoneo ad impegnare non solo politicamente le istituzioni preposte all'inveramento del dettato costituzionale<sup>61</sup>.

Sostiene Massimo Luciani che «la società prefigurata dal Costituente non è omogenea, perché semplicemente *non c'è* in Costituzione un *disegno di società*, ma semmai un progetto di trasformazione sociale, o se si vuole c'è solo il disegno di una società di transizione ad una società futura *che però non è regolata in Costituzione*, e della quale si sa solo che dovrà essere il frutto, il risultato, del *processo* di trasformazione che le forze politiche e sociali debbono innescare per “rimuovere gli ostacoli” di cui parla il secondo comma dell'art. 3»<sup>62</sup>. È certo, comunque, che ogni Costituzione, se vuole davvero segnare una rottura polemica rispetto al passato, non può che assurgere a strumento normativo privilegiato per concorrere, in modo decisivo, ad erigere un assetto sociale diverso da quello che ospitò la sua nascita. Questa trasformazione potrà aver luogo proprio assecondando quei principi fondamentali che, essendo la traduzione giuridica delle concezioni ideali assurte a valori comunitari, mirano proprio a far registrare un progresso, un miglioramento in seno alla società. Le concezioni ideali rispecchiano l'attitudine del genere umano ad assecondare un anelito di «costante progresso verso il meglio»<sup>63</sup>. Come annotò Kant, la Rivoluzione francese, nel cui terreno germoglio l'idea primigenia di costituzione, si concretizzò uno stato d'animo sensibile «a ciò che è ideale»<sup>64</sup>.

Proprio la percezione di ciò che può considerarsi “ideale” aiuta a cogliere la differenza tra le due strutture appena descritte.

La Costituzione “*higher law*” posta al vertice della struttura piramidale, quale *presidio di legittimità*, mira a soddisfare l'idea di un sistema normativo intrinsecamente coerente, capace di reagire ad eventuali contraddizioni tra le sue molteplici ed eterogenee componenti. Solo così il diritto positivo potrà assolvere alla propria funzione di ordine e pace nelle relazioni intersoggettive.

La Costituzione “*fundamental law*” posta alla base di una struttura costruita intorno a principi fondamentali, quale *garanzia di sostenibilità*, aspira a favorire un processo di cambiamento sociale orientato verso il compiuto inveramento delle concezioni ideali trasfuse proprio in quei principi. Solo così il diritto positivo potrà contribuire al progresso e al benessere comune.

Siamo al cospetto di due distinte, seppur complementari, visioni dell'ordinamento giuridico: la prima, retta dal principio di legittimità, rispecchia un anelito di ordine e razionalità, così che le norme

---

<sup>61</sup> Cfr., volendo, Q. CAMERLENGO, *op. ult. cit.*, 779 ss. Sulla costituzione come «trionfo di un ideale» v. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2022<sup>23</sup>, 121.

<sup>62</sup> M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, 129 s. Sulla costituzione come «programma di una nuova società» v. E. BETTINELLI, *La Costituzione della Repubblica italiana. Un classico giuridico*, Milano, Rizzoli, 2006, 10.

<sup>63</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, 48 s.

<sup>64</sup> I. KANT, *Ob das menschliche Geschlecht im beständigen Fortschreiten zum Besseren sei*, in *Der Streit der Fakultäten*, 1798, trad. it., *Se il genere umano sia in costante progresso verso il meglio*, in ID., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, Utet, 1965, 219.



giuridiche possano legittimamente regolare i comportamenti umani in modo univoco e, dunque, non contraddittorio; la seconda, retta dal principio di sostenibilità, riflette una considerazione degli istituti giuridici come motori di trasformazione sociale. Chiaramente, questa è una distinzione tendenziale, non rigida, nel senso che anche il criterio di legittimità può contribuire a rendere “migliore” la società, visto che grazie ad esso leggi “ingiuste” volute dalla sola maggioranza possono essere espunte dall’ordinamento quali espressioni di un cattivo esercizio della potestà legislativa. Nondimeno, questa distinzione, pur con tutti i suoi limiti, aiuta a svelare la portata del concetto di “sostenibilità costituzionale” come categoria che concorre a promuovere appieno le potenzialità, di ordine e di sviluppo, della legge fondamentale<sup>65</sup>.

Storicamente, questa attitudine delle categorie giuridiche risultò inibita o fortemente frenata dal dominio del pensiero liberale, interessato a mantenere ben ferma la separazione tra società e Stato. Ogni cambiamento sociale sarebbe stato il frutto di spontanee dinamiche comunitarie, essendo il compito delle istituzioni pubbliche circoscritto alla definizione delle “regole del gioco” e allo svolgimento di poche funzioni preordinate alla sopravvivenza e alla stabilità del patto sociale.

In molti Paesi, il superamento di questa prospettiva ha reso variabile il confine tra società e Stato, rendendo la prima permeabile agli stimoli, alle sollecitazioni, ai condizionamenti, persino alle determinazioni assunte dagli organi del secondo. Ferma restando l’ontologica capacità della società di tracciare il proprio cammino grazie alla interazione quotidiana delle sue componenti (individuali e collettive), lo Stato ha rivendicato un ruolo più incisivo, ricavandolo proprio dai nuovi principi costituzionali volti a consacrare questa inedita versione interventista del potere. Siffatti principi, pur assecondando questa vocazione sociale, definiscono nel contempo anche il confine che il potere non può oltrepassare pena la frustrazione della vitalità sociale.

Sicché, la struttura sostenuta dalla Costituzione sarà in grado di concorrere al cambiamento sociale nella misura definita dai principi fondamentali, il cui inveramento complessivo non può misurarsi soltanto col pure indefettibile rispetto del principio di legittimità.

#### *6. Caratteri della struttura eretta dalla legge fondamentale e deviazione dai principi come insostenibilità costituzionale.*

Quando la violazione di un principio trasmoda in illegittimità e quando la deviazione da uno stesso principio assume rilievo in termini di insostenibilità costituzionale? Detto in altri termini, è possibile immaginare una deviazione da un principio costituzionale che non sia configurabile come vizio di illegittimità quanto piuttosto come sintomo di insostenibilità costituzionale?

In via preliminare, occorre cogliere le caratteristiche qualificanti la struttura che la Costituzione, attraverso i suoi principi fondamentali, sorregge.

I principi costituzionali sono destinati a sorreggere una *struttura* composta, in cui si intrecciano molteplici elementi a partire dal materiale normativo: fonti del diritto, statuizioni giurisprudenziali, prassi. La Costituzione mira a presidiare i diritti fondamentali di fronte a possibili abusi ad opera delle istituzioni titolari del potere. Questo compito non può essere assolto in solitudine, richiedendo in realtà una interazione costante tra la stessa Costituzione e i tanti atti, variamente denominati e qualificati, che concorrono al suo compiuto inveramento.

---

<sup>65</sup> A questo punto soccorre un’importante precisazione. Diversamente dalla teoria istituzionale – penso soprattutto a L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, I, Paris, Fontemoing, 1923, 116 ss. – nell’edificio teorico qui eretto la struttura sociale (quale entità di fatto animata dai rapporti di forza fra i gruppi sociali) non è collocata al di fuori del diritto. La tesi qui patrocinata valorizza l’interazione, vicendevole e costante, tra società e istituzioni giuridiche, dove il diritto rileva anche come prodotto sociale e la società come realtà incisa dal diritto e condizionata dallo stesso nella sua evoluzione. Forse, si può registrare una qualche analogia con M. HAURIOU, *L’institution et le droit statutaire*, in *Recueil de législation de Toulouse*, Toulouse, Eduard Privat, 1906, 134 ss., incline a riconoscere alla società i caratteri della giuridicità. V., poi, Santi ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Pisa, Mariotti, 1917. La costituzione come intreccio tra dimensione normativa e dimensione fattuale fu descritta da R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München, Duncker-Humblot, 1928.

Questa struttura mira a consolidare la *coesione sociale* intesa quanto meno come pacifico e ordinato svolgimento delle relazioni comunitarie in vista del benessere comune, e, ciò nonostante, le pur fisiologiche differenze tra consociati e tra formazioni sociali<sup>66</sup>. La protezione dei diritti fondamentali non è, nell'odierno costituzionalismo, una questione meramente individuale. Essa rileva anche e soprattutto nella dimensione comunitaria in cui si muove il singolo consociato. Le relazioni tra titolari di diritti fondamentali, ben potendo questi confliggere tra loro, sono il banco di prova di questa coesione, che a sua volta è la condizione primaria per garantire la sopravvivenza del patto sociale.

Ogni struttura riposa su di un determinato equilibrio. Diversamente, sarebbe esposta al rischio costante di tradire le aspettative di quanti confidano in essa come luogo in cui praticare relazioni intersoggettive pacifiche e ragionevolmente ordinate. L'indefettibile *equilibrio* di questa struttura è preordinato innanzitutto a garantire la *conservazione* e, dunque, la perpetuazione nel tempo della società. La società si affida anche alle istituzioni giuridiche per scongiurare il rischio di un *bellum omnium contra omnes*, capace solo di far valere la legge del più forte.

Come tale la struttura stessa deve rivelarsi idonea, grazie alla forza portante dei predetti principi, a *sopportare* le tante e variegate sollecitazioni provenienti dal tessuto sociale, sempre esposto al rischio di lacerazioni e contraddizioni. Essa, cioè, deve dimostrare una importante *capacità di carico* e, dunque, di *recupero* rispetto alle oscillazioni provocate da queste pressioni, dimostrando *resilienza* e *attitudine alla rigenerazione*.

Infine, oltre a garantire la stabilità statica della struttura, questo equilibrio deve assicurare anche la capacità di assecondare i movimenti innovativi protesi verso un complessivo miglioramento in termini di progresso e di utilità individuali e condivise, dimostrando così un *dinamismo* che renda vitale quella stessa struttura.

Ora, è chiaro che tutto ciò che si riveli in grado di spezzare questo equilibrio, di inficiare le descritte qualità della struttura sorretta dalla Costituzione quale legge fondamentale, finisce con l'attentare alla sua stabilità e dinamicità, con conseguente *deviazione* dai principi costituzionali: una deviazione, questa declinabile come *insostenibilità costituzionale*.

Per verificare quando queste tensioni si risolvono in atti o comportamenti illegittimi e quando essi, sempre al cospetto dei suddetti principi, si rivelano costituzionalmente insostenibili, appare necessario indugiare sulle due dimensioni (strutturale e funzionale) di una norma di principio. Nella sua dimensione strutturale (a) il principio definisce, attraverso l'enunciazione delle linee generali (o direttive), l'intelaiatura di una data disciplina giuridica<sup>67</sup>. Nella sua dimensione funzionale (b) il principio enuncia l'obiettivo da raggiungere, lasciando alle future attività di produzione normativa il compito di scegliere i mezzi per il raggiungimento di quello scopo<sup>68</sup>.

(a) Il principio, oltre a gettare le fondamenta (anche in chiave di legittimità, ma non solo) di una futura disciplina normativa, ne pone gli elementi costitutivi, vale a dire i pilastri destinati a fissare l'ossatura di quella data regolamentazione<sup>69</sup>. E così facendo, ne definiscono l'identità specifica. Il

---

<sup>66</sup> V., più diffusamente, Q. CAMERLENGO, *La dimensione costituzionale della coesione sociale*, in *Rivista AIC*, 2015, f. 2, 1 ss. Cfr., inoltre, C. BUZZACCHI, *Dalla coesione all'eguaglianza sostanziale*, Milano, Giuffrè, 2005.

<sup>67</sup> Che è come dire che mentre la regola fornisce, primariamente al giudice, lo schema di qualificazione normativa entro cui sussumere lo specifico caso della vita giuridicamente vincolante (secondo la logica del tutto-o-niente), il principio «fornisce un argomento in favore di una particolare soluzione ma non la determina»: R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, trad. it., *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 2010, 158. Sui principi come norme senza fattispecie normativa predeterminata e a prescrizione generica v. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, 148 ss. Sull'eccedenza di contenuto deontologico dei principi v. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1971, 310 ss.

<sup>68</sup> Giova rammentare come ancora per R. DWORKIN, *op. cit.*, 129 ss., i principi servono a colmare lacune ricorrendo all'analogia oppure a consentire la selezione della norma "corretta" tra quelle enucleabili dalla stessa disposizione.

<sup>69</sup> Gli «orientamenti generali», come li definisce G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I) Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1988, 107. Sull'attitudine orientativa dei principi non sono mancate perplessità e visioni riduttive: si pensi a E. REDENTI, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1957, 43 s., il quale parlò di «proclamazioni di principio di carattere (...) apostolico, che rappresentano poco più che degli atti di fede e di speranza nell'avvenire del nostro ordinamento, ispirate senza dubbio ai più nobili ideali, ma essenzialmente antistoriche

principio traccia il disegno generale di un complesso multiforme di norme giuridiche destinate a regolare una data materia. Spetterà poi alle istituzioni chiamate a fissare le “regole” (vale a dire gli schemi di qualificazione normativo entro cui sussumere i concreti casi della vita giuridicamente rilevanti) completare la struttura rendendola pienamente funzionante e operativa (abitabile, se parlassimo di un edificio). In questo senso si può parlare di principi come «qualificazioni di beni (o di mali) tramite aggettivi che indicano, per così dire, un loro *status* giuridico»<sup>70</sup>.

(b) Il principio individua, nella sua proiezione funzionale, un fine da raggiungere<sup>71</sup>. Il legislatore ordinario, di conseguenza, gode di discrezionalità nella scelta dei mezzi per conseguire quell’obiettivo. Una volta scelto ragionevolmente il mezzo, nessun dubbio si potrebbe sollevare circa la legittimità di quella determinazione.

Ebbene, sul piano della sostenibilità costituzionale vale la stessa conclusione? Su questo secondo versante, è sufficiente ragionare di relazione tra fine e mezzo, oppure è indispensabile proiettare lo sguardo oltre, cercando di cogliere qualcosa di più complesso come lo “spirito” del principio costituzionale?

Per “spirito” s’intende la vocazione propria del principio di concorrere a modellare, insieme agli altri principi, una struttura complessa affinché possano inverarsi, nella loro sinergica combinazione, le concezioni ideali che hanno trovato sbocco nel processo costituente. Insomma, quando ci si riferisce alla sostenibilità costituzionale le due dimensioni (strutturale e funzionale) si intrecciano convergendo in una proiezione osmotica che infonde energia, vitalità, armonia e senso sostanziale all’edificio normativo eretto dai principi costituzionali<sup>72</sup>.

Quando si accede alla prospettiva illuminata dalla sostenibilità costituzionale, il principio non rileva nella sua “individualità”, vale a dire come norma generale con una propria e specifica portata materiale. E anche quando sono evocati due o più principi, essi non formano un unico “parametro” scaturito dalla mera somma dei pezzi che lo compongono. Piuttosto, ragionando di sostenibilità costituzionale il principio (da solo o insieme agli altri) assume rilievo quale componente di una struttura organica retta da una interconnessione così intima e stretta da determinare il venir meno (o, quanto meno, il sostanziale affievolimento) delle specificità intrinseche dei suoi elementi. Così, ci caliamo in una costruzione autonoma rispetto ai suoi elementi costitutivi, tale da assorbirne le caratteristiche strutturali ma solo per esprimere una propria capacità di garantirne l’equilibrio, promuoverne lo sviluppo e favorirne la costante rigenerazione. Non somma, ma sintesi di tali caratteri, in modo da generare una struttura reticolare la cui stabilità e la cui dinamicità sono garantiti dalle interazioni reciproche dei diversi elementi, disposti in un ordine congeniale all’inveramento delle concezioni ideali racchiuse nei principi costituzionali.

Quanto appena sostenuto appare coerente con le riflessioni svolte in precedenza in merito agli sviluppi del costituzionalismo. Come argine al potere, un principio può ben esprimere la propria forza contenitiva nella sua singolarità, dal momento che erige un confine che il singolo atto comportamento, a pena di illegittimità, non può travalicare. Come stimolo al potere, affinché si compia il disegno tratteggiato dalla Costituzione, il principio esprime meglio le proprie potenzialità di impulso e indirizzo cedendo alla corrispondente struttura reticolare quanto di innovativo e costruttivo esso racchiude in sé.

Si pensi, ad esempio, ancora una volta al principio di eguaglianza sostanziale. Esso pone le basi sulle quali erigere una struttura complessa preordinata al pieno sviluppo della personalità e alla

---

dal punto di vista prettamente (o grettamente) positivo». Una posizione, questa, come nota puntualmente M. CAVINO, *Ordinamento giuridico e sistema delle fonti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021, 143, imputabile ad una funzione conservatrice, resta a favorire quindi l’attecchimento subitaneo dei nuovi ideali democratici.

<sup>70</sup> G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. cit.*, 221.

<sup>71</sup> Così R. GUASTINI, *op. cit.*, 77.

<sup>72</sup> V., soprattutto, V. CRISAFULLI, *Lo spirito della Costituzione*, in *Scritti per il decennale della Costituzione*, I, Milano, Giuffrè, 1958, 99 ss. Dubbi in merito alla praticabilità di questa strada sono stati espressi, ad esempio, da M. OLIVETTI, *Lo “spirito della Costituzione”: un concetto giuridicamente inutile*, in *Giur. cost.*, 2004, 38 s. Viceversa, si avvalgono di tale concetto, tra gli altri, A. MANZELLA, *La Costituzione vivente*, in *Nuova antologia*, 2009, 1 ss., e G.E. VIGEVANI, *Radici della costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista AIC*, 2014, f. 1, 1 ss.

effettiva partecipazione alla vita comunitaria nonostante gli ostacoli di ordine economico e sociale che si frappongono ad un effettivo ed eguale godimento dei diritti fondamentali. Le diverse discipline normative che hanno contribuito ad erigere e ad alimentare lo Stato sociale non hanno fatto altro che svilupparsi all'interno di una trama definita da quel principio e dalle interpretazioni di senso ad esso attribuite: l'eguaglianza sostanziale come eguaglianza delle opportunità o nei punti di partenza. Ogni singola tessera del variegato mosaico che ha dato vita, conferendone una forma precisa, allo Stato sociale è stata inserita all'interno della cornice fissata da quel principio, trovando una collocazione armonica e congruente rispetto a tutti gli altri pezzi.

L'insostenibilità costituzionale sollecita una valutazione del singolo atto o comportamento non tanto in relazione ad uno specifico principio o anche a più principi "sommati" tra loro (dimensione solipsistica del criterio di legittimità), quanto alla stregua della sua attitudine ad impedire alla Costituzione, considerata globalmente, di realizzare la propria vocazione di motore di cambiamento sociale assecondando la domanda proveniente dal tessuto comunitario. La deviazione dai principi, intesi nella loro vitale combinazione, rileva come elusione della forza riparatrice della Costituzione, da intendersi come aspirazione a curare le tante contraddizioni e tensioni che, in ogni tempo, si animano all'interno delle relazioni sociali al fine di raggiungere una ragionevole e condivisa condizione di equilibrio e di coesione senza con ciò soffocare il pluralismo e la dialettica tra le differenze.

Quando, nel 1961, la Corte costituzionale giudicò l'art. 559 cod. pen. sull'adulterio femminile, non ravvisò alcuna illegittimità. L'evocato principio di eguaglianza formale impone – come puntualizza la Corte – una discriminazione legislativa di situazioni differenti, che siano tali secondo la coscienza sociale<sup>73</sup>. Dunque, «l'ordinamento giuridico positivo non può del tutto prescindere, e di fatto non prescinde, dalle valutazioni che si affermano, spesso imperiosamente, nella vita sociale». Il tradimento della moglie è apparso «alla prevalente opinione», una «offesa più grave che non quella derivante dalla isolata infedeltà del marito». Si è, dunque, al cospetto «di un fatto della vita sociale, di un dato della esperienza comune, cui il legislatore ha ritenuto di non poter derogare. Da solo esso è idoneo a costituire quella diversità di situazione che esclude ogni carattere arbitrario e illegittimo nella diversità di trattamento. Del resto, nel disporre un siffatto trattamento, il legislatore penale, lungi dall'ispirarsi a sue limitate particolari vedute, non ha fatto che adeguarsi a una valutazione dell'ambiente sociale che, per la sua generalità, ha influenzato anche altre parti dell'ordinamento giuridico». Quanto al parallelo principio della parità dei coniugi in seno alla famiglia, la stessa Corte afferma che esso «è da ritenersi positivamente stabilito nell'ordinamento; né perde di contenuto a causa delle limitazioni che la legge può apportarvi, se queste, come è prescritto, siano mantenute nell'ambito della garanzia della unità familiare. Trattasi, evidentemente, di una eccezione al principio e che nel senso di una eccezione va interpretata; ma ciò non toglie che i limiti siano preveduti e che il concetto dell'unità familiare sia sufficiente a determinarne la portata»<sup>74</sup>.

Entro il perimetro tracciato dal giudizio di legittimità la censurata disposizione ha superato indenne lo scrutinio della Corte, la quale, però, proprio in chiusura osserva che «con tale norma non è stata creata a carico della moglie alcuna posizione di inferiorità, ma soltanto è stato preso atto di una situazione diversa, adattandovi una diversa disciplina giuridica. Che poi tale disciplina soddisfi ogni esigenza e sia mezzo idoneo e sufficiente per le finalità prese in considerazione, è questione di politica

---

<sup>73</sup> Questo «principio, diretto evidentemente ad impedire che a danno dei cittadini siano dalle leggi disposte discriminazioni arbitrarie, non può significare che il legislatore sia obbligato a disporre per tutti una identica disciplina, mentre, al contrario, deve essergli consentito di adeguare le norme giuridiche ai vari aspetti della vita sociale, dettando norme diverse per situazioni diverse: esigenza inderogabile di logica legislativa che qualche costituzione moderna ha addirittura espressamente dichiarata»: [sentenza n. 64 del 1961](#). Sulla pronuncia v., soprattutto, C. ESPOSITO, *Sulla punizione del solo adulterio femminile*, in *Giur. cost.*, 1961, 1230 ss.

<sup>74</sup> Nella stessa pronuncia la Corte osserva che «per la unità familiare il legislatore ha evidentemente ritenuto di avvertire una diversa e maggiore entità della illecita condotta della moglie, rappresentandosi la più grave influenza che tale condotta può esercitare sulle più delicate strutture e sui più vitali interessi di una famiglia»: diminuzione della reputazione nell'ambito sociale; turbamento psichico per i figli; rischio di ingresso nella famiglia «di prole non appartenente al marito».

legislativa, non di legittimità costituzionale». Appunto, una questione di merito politico in quanto tale sottratto al sindacato del giudice delle leggi.

Una domanda: all'indomani della pubblicazione di tale decisione, avremmo potuto denunciare l'insostenibilità costituzionale di tale disposizione? In effetti, essa pregiudica, in questo specifico contesto, la capacità della Costituzione di determinare o, quanto meno, di stimolare con forza un radicale cambiamento nella atavica concezione patriarcale della famiglia, tutta protesa ad enfatizzare il ruolo centrale e dominante del marito. La società dell'epoca, anche se la Corte del 1961 non pare essersene accorta, formulò esattamente questa domanda di Costituzione, essendo quel modello di famiglia il retaggio di una concezione anacronistica delle relazioni familiari del tutto inconciliabile non solo con il principio di eguaglianza formale, ma anche con tutti gli altri principi fondamentali sui quali si regge la struttura costituzionale: l'eguaglianza sostanziale, visto che lo stato di soggezione della moglie-madre rappresenta senza dubbio uno di quegli ostacoli presi di mira dal secondo comma dell'art. 3 Cost.; il principio personalista, essendo in gioco proprio la dignità della donna innanzitutto in ambito familiare, con ripercussioni evidenti anche all'esterno; il principio lavorista, visto che questa centralità incontrastata del marito rischia seriamente di precludere alla donna di accedere ad una occupazione pur senza trascurare i doveri enunciati nell'art. 30 Cost.; persino il principio democratico, nella sua dimensione partecipativa e pluralista, può rivelarsi contraddetto da una norma che rende la donna una cittadina priva di quella reputazione sociale che possa renderla protagonista della vita democratica del Paese. Se poi si pensa a quanto abbia inciso il fattore religioso nella codificazione di un simile divario, allora anche il principio supremo di laicità potrebbe uscirne vulnerato.

Insomma, l'art. 559 cit., pur immune dai contestati vizi di illegittimità, ben poteva considerarsi costituzionalmente insostenibile, in quanto attentava alla capacità della Costituzione di reggere una struttura normativa autenticamente volta all'inveramento dei principi fondamentali, unitariamente considerati, preordinati a favorire la consacrazione di un modello familiare rispondente alla domanda di rinnovamento proveniente dalla società.

Il *revirement* si realizzò, com'è noto, con la [sentenza n. 126 del 1968](#): «il principio che il marito possa violare impunemente l'obbligo della fedeltà coniugale, mentre la moglie debba essere punita - più o meno severamente - rimonta ai tempi remoti nei quali la donna, considerata perfino giuridicamente incapace e privata di molti diritti, si trovava in stato di soggezione alla potestà maritale. Da allora molto è mutato nella vita sociale: la donna ha acquistato pienezza di diritti e la sua partecipazione alla vita economica e sociale della famiglia e della intera collettività è diventata molto più intensa, fino a raggiungere piena parità con l'uomo; mentre il trattamento differenziato in tema di adulterio è rimasto immutato, nonostante che in alcuni stati di avanzata civiltà sia prevalso il principio della non ingerenza del legislatore nella delicata materia».

La transizione dal rigetto all'accoglimento non è stata segnata solo sul versante dei parametri evocati dalle autorità rimettenti, ma ancor di più proprio sulla "capacità di ascolto" della Corte costituzionale rispetto alle sollecitazioni provenienti dalla società<sup>75</sup>. Facendo leva sul canone dell'eguaglianza formale, nel 1961 la Corte ritenne di intercettare nella società dell'epoca elementi sufficienti a dimostrare che le due posizioni soggettive poste a confronto (quella del marito e quella della moglie) fossero *di fatto* diverse, così da giustificare la lamentata disparità di trattamento giuridico. Sette anni dopo, abbandonando la prospettiva illuminata dal principio di cui all'art. 3, primo comma Cost., la Corte ha indirizzato il proprio sindacato lungo il sentiero illuminato dal principio di parità tra coniugi *ex art. 29 Cost.*, ma non per modificare il punto di vista, quanto per consentire alla costituzione di esprimere appieno le proprie potenzialità di rinnovamento sociale con particolare riferimento agli equilibri domestici. In breve, mentre l'eguaglianza formale aveva legittimato una norma che a sua volta aveva assecondato una posizione sociale che la Corte ritenne dominante, il principio di parità coniugale ha imposto un ripensamento di quella posizione. Nel 1961 si ribadì la

---

<sup>75</sup> Come efficacemente si esprime V. MARCENÒ, *Il giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2021, 377 ss.

forza conservatrice della costituzione, laddove nel 1968 se ne valorizzò l'attitudine progressista, quale motore di cambiamento sociale.

Ebbene, cosa favorì questo rovesciamento di prospettiva se non il tacito riconoscimento della "insostenibilità costituzionale" di una norma, pur (dichiarata) non illegittima, che si era rivelata in grado di frustrare le attitudini di rinnovamento, di rigenerazione, di autocorrezione, di resilienza rispetto a tradizioni ormai superate, di una Costituzione che stimola e guida il cambiamento? L'unità familiare, la parità coniugale, i vicendevoli vincoli di solidarietà e responsabilità, di cura reciproca, sono tutti elementi calati nella struttura costituzionale complessivamente considerata quale corpo organico di norme e istituti scaturiti da una comune base di pilastri fondamentali, dove la percezione solipsistica di un principio finisce con l'inibire a quella struttura un funzionamento coerente come atto normativo che vive dentro la società, per la società<sup>76</sup>.

### *7. Sintesi e applicazione del modello teorico ai casi descritti in apertura.*

La categoria della sostenibilità costituzionale riposa sulla considerazione della Costituzione quale base che sorregge una composita struttura normativa preordinata all'inveramento dei suoi principi. Dal canto loro, tali principi sono la trasposizione giuridica delle concezioni ideali invalse nel tessuto sociale, quali rappresentazioni di assetti ottimali delle relazioni comunitarie. In questo senso la Costituzione, che rileva non solo come atto ma anche come processo dinamico<sup>77</sup>, non fa che assecondare la domanda di costituzione proveniente dalla società: una domanda, anch'essa, dinamica, che si rigenera costantemente alla luce dell'evoluzione concreta dei rapporti sociali.

Questo processo di inveramento dei principi costituzionali non si risolve in una loro mera attuazione, ma si realizza attraverso un impatto effettivo sulle dinamiche sociali, così che la struttura che si regge sulla costituzione possa davvero concorrere al cambiamento sociale in vista di un generale miglioramento delle condizioni in cui versano i consociati: questa può essere definita la vocazione sociale della Costituzione.

Se questa è l'ambizione coltivata e vissuta dalla Costituzione, allora la sola prospettiva illuminata dal criterio di legittimità ne abbraccia solo in parte le potenzialità complessive.

Il processo di inveramento esige l'azione dei poteri chiamati ad attualizzare le virtualità della Costituzione. Non è escluso che in questo processo si possano verificare deviazioni dai suddetti principi le quali, in guisa di vere e proprie antinomie, determinano una reazione sanzionatoria sotto forma di declaratoria di illegittimità costituzionale. Senonché, è proprio l'intrinseca complessità dell'opera di inveramento dei principi costituzionali a suggerire uno sguardo che si proietti oltre questa dimensione, così che gli atti e i comportamenti rilevanti in questo processo siano ponderati e valutati non solo alla stregua della loro puntuale corrispondenza o meno alla portata precettiva dei principi in parola, ma anche in relazione alla loro attitudine a consentire o, al contrario, a frustrare o inibire la vocazione sociale della Costituzione. Per evitare che questo apprezzamento si risolva in considerazioni d'indole politica (opportunità, convenienza), il perimetro delle valutazioni diverse da quelle di legittimità non può che essere tracciato da materiale normativo, quali sono i principi in oggetto. Questi principi, però, non assumeranno la veste di parametri di legittimità con i quali confrontare atti e comportamenti sospettati di incostituzionalità, quanto la portata di elementi racchiusi in una struttura reticolare che, nella sua organica autonomia, aspira a garantire equilibrio, resilienza rispetto alle sollecitazioni esogene, capacità di rigenerazione, attitudine a stimolare l'evoluzione dei rapporti sociali.

---

<sup>76</sup> Cfr. L. CARLASSARE, *Una scelta politica della Corte: la depenalizzazione della relazione adulterina e del concubinato*, in *Giur. cost.*, 1969, 2659 ss.

<sup>77</sup> V., infatti, A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero dalla continua "evoluzione" del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 1998, 343 ss.

Può, dunque, considerarsi *costituzionalmente sostenibile* un atto o un comportamento il cui impatto complessivo possa essere assorbito dalla struttura costituzionale senza che ne sia pregiudicata la capacità di incidere sulle dinamiche sociali secondo una visione coerente con i principi fondamentali intesi nella loro interazione reticolare. All'opposto, può ritenersi *costituzionalmente insostenibile* un atto o comportamento che, seppur immune da vizi di legittimità, determini una tensione nella o una pressione sulla costituzione tale da inibirne o vanificarne l'attitudine a sorreggere una struttura composita autenticamente funzionale al cambiamento sociale.

La sostenibilità costituzionale o meno di un atto o comportamento può essere descritta anche su di un altro piano. La struttura normativa eretta dalla Costituzione, in quanto insieme organico di elementi eterogenei organizzati per il conseguimento degli obiettivi racchiusi nei principi, dispone di *energia*, vale a dire della capacità di "compiere lavoro" anche solo allo stato potenziale. Si è detto più volte, infatti, che questa struttura mira a cooperare al cambiamento sociale, talvolta indirizzandolo, affinché si possano inverare le concezioni ideali trasfuse nei principi costituzionali. È proprio questa azione costante e vitale che si può definire "lavoro", e la corrispondente "capacità" non è che l'attitudine di questa struttura ad operare concretamente e dinamicamente in questa direzione. La Costituzione non è un'opera scultorea da venerare e, dunque, da osservare con devozione e soggezione: essa è soprattutto un meccanismo complesso i cui ingranaggi sono disposti in modo tale da produrre energia in vista di una ricomposizione del tessuto sociale che sia congeniale proprio a quel processo di inveramento. Alla Costituzione si affida anche il compito di ricucire quelle ferite che altrimenti lacererebbero il già fragile tessuto sociale, sfiandandolo ed esponendolo al rischio di un precoce deterioramento. Sicché, attraverso l'interazione con le tante variabili che entrano in contatto con la struttura, si genera un flusso netto di energia, che ne garantisce l'equilibrio.

Ebbene, può considerarsi costituzionalmente insostenibile un atto o un comportamento che determini, ove non rimosso o corretto, una irrimediabile perdita delle utilità prodotte grazie a questo flusso di energia, generando una sorta di situazione entropica idonea a compromettere l'equilibrio complessivo della struttura.

Torniamo al caso, già evocato, dell'adulterio femminile.

Il giudizio basato sulla legittimità costituzionale ci spinge a vedere soltanto il presente, sfruttando al massimo l'energia che la struttura in oggetto è oggi in grado di produrre in termini però soltanto di ordine e armonia tra le sue varie componenti.

Il giudizio basato sulla sostenibilità costituzionale ci impone, invece, di guardare al domani, riflettendo sul costo che in termini di energia grava sulla struttura in quanto entità proiettata nel tempo.

Sicché, un atto o un comportamento pur legittimo potrebbe sfruttare eccessivamente il potenziale energetico della struttura, lasciando riserve insufficienti per affrontare le future sfide. Per "salvare" l'art. 559 la Corte costituzionale del 1961 ha attinto ad una quantità straordinaria di energia, arrivando a sfruttare al massimo il principio di eguaglianza formale, ma in una direzione opposta rispetto alle finalità di cambiamento sociale sottese ai principi, o meglio a tutti i principi costituzionali globalmente considerati. È stato sufficiente dimostrare la differenza tra le situazioni poste a confronto per negare l'avvenuta violazione di quel principio. Così decidendo, però, la Corte dell'epoca ha rischiato di inibire gli sviluppi futuri dell'ordinamento proprio sul versante familiare, con un effetto entropico capace di frustrare l'enorme potenziale energetico – in termini di vocazione sociale della Costituzione – di questa stessa struttura. Questo rischio è venuto meno quando, sette anni dopo, la Corte, avendo intercettato l'insostenibilità costituzionale dell'art. 559, ne ha sancito l'illegittimità alla stregua di una visione complessiva di quei principi, a cominciare da quello enunciato nell'art. 29 Cost., che avrebbero dovuto promuovere il cambiamento sociale attraverso l'emancipazione dall'arcaico modello patriarcale della famiglia. Un superamento, questo, suggellato qualche anno dopo con la riforma proprio del diritto di famiglia. Grazie a questo *revirement*, la Corte ha inibito il disordine entropico ripristinando l'equilibrio, così che i futuri destinatari delle garanzie allestite dalla costituzione potessero beneficiare appieno dell'energia riformatrice prodotta e alimentata dalla struttura eretta dalla costituzione.

Proviamo, ora, ad applicare questi profili teorici ai casi esaminati all'inizio di questo articolo.

I) L'omessa previsione dello *ius scholae* o dello *ius culturae* quale modalità di acquisto della cittadinanza come si è detto supererebbe indenne uno scrutinio di legittimità costituzionale. Collocando, però, la questione nello spazio solcato dalla teorizzata categoria della sostenibilità costituzionale, la riflessione sul punto potrebbe rivelarsi ben più problematica e complessa.

La struttura normativa eretta dalla costituzione mira, attraverso la combinazione dei suoi principi fondamentali, a promuovere lo sviluppo della società in una direzione congeniale ad una piena valorizzazione della persona quale essere unico e infungibile, dotato di pari dignità sociale, eguale nei diritti ed eguale nelle opportunità di pieno sviluppo della personalità e di effettiva partecipazione alla vita comunitaria, capace di farsi portatore di quella diversità che alimenta il pluralismo senza inibire la coesione sociale, anche attraverso comportamenti solidali verso il prossimo. Se questo è l'obiettivo ambizioso perseguito dalla predetta struttura, è chiaro che la sola distribuzione dei diritti fondamentali alla stregua, magari, del titolo di legittimazione rappresentato dallo *status civitatis* non valorizza appieno le più ampie potenzialità dei principi costituzionali unitariamente considerati nella loro interazione sistematica<sup>78</sup>. La struttura normativa sorretta dalla Costituzione quale *fundamental law* immagina e prefigura quanto meno una società inclusiva, aperta, dove la persona rileva in tutta la sua complessità e pienezza di aspirazioni, inclinazione, attitudini, capacità<sup>79</sup>. L'avvento della globalizzazione, che ha alimentato flussi migratori mai visti in passato, ha imposto un ripensamento delle relazioni sociali. Forse un tempo la cittadinanza era davvero l'elemento di coesione all'interno della comunità, trasmettendo una precisa identità ai consociati accomunati da un condiviso cammino esistenziale pur nella diversità delle singole esperienze personali. Oggi, la stessa cittadinanza, per come pensata e tradotta nel diritto positivo, rischia di inibire il processo inclusivo sollecitato e guidato dai principi costituzionali. Una persona, oggi più che in passato, è membro della società non tanto in quanto titolare di diritti politici esercitabili grazie a quello *status*, quanto piuttosto come persona che intrattiene quotidianamente relazioni qualificanti con gli altri consociati, a prescindere dall'appartenenza ad un popolo piuttosto che ad un altro<sup>80</sup>. Il minore non cittadino frequenta le scuole italiane, svolge attività sportive, è coinvolto in altre attività culturali e formative. Il fatto di non poter gareggiare con i colori della nazionale italiana in quanto ancora privi di cittadinanza è un evento che attenta alle ambizioni inclusive coltivate dalla nostra costituzione, se si pensa a quanto sia importante per un minore una partecipazione di questo tipo rispetto ad altre che lo vedono ancora sostanzialmente estraneo (alludo alla partecipazione politica tramite l'esercizio del diritto di voto)<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Sulla rilevanza centrale del principio di pari dignità sociale nella considerazione complessiva dei non cittadini v. F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2013, 275 ss., dove si propugna l'idea che la cittadinanza deve essere ripensata non più come presupposto per i diritti fondamentali ma come conclusione di un processo di effettivo riconoscimento e godimento degli stessi.

<sup>79</sup> A suo tempo E. BETTINELLI, *I 'diritti essenziali' (involabili e universali) dell'uomo e le frontiere dell'ordinamento: l'apologo degli albanesi*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1992, 44, invocò «una ristrutturazione dell'ordinamento giuridico in funzione della persona, non come idea, ma quale *soggetto fisico comunque rilevante e ovunque situato*, quando rivendichi magari solo esibendo la propria insopportabile condizione di vita, i propri diritti 'essenziali' (diritti dell'uomo)». Non dissimile l'acuta riflessione di A. LOLLO, *Eguaglianza e cittadinanza. La vocazione inclusiva dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2016, 37, dove osserva come la nostra Costituzione, «ispirandosi al principio della massima inclusione della *persona umana* (ponendosi l'obiettivo di valorizzare la superiorità assiologica della dignità umana), sembra abbandonare l'idea della cittadinanza-appartenenza, sposando quella della cittadinanza-partecipazione». Sull'importanza di legami non meramente formali, quali quelli oggi percepiti come base dell'acquisto della cittadinanza italiana, insiste M. LOSANA, «*Stranieri*» e principio costituzionale di uguaglianza, in A. Giorgis, E. Grosso, M. Losana (a cura di), *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'eguaglianza formale*, Milano, Franco Angeli, 2017, spec. 86 ss. Ed è proprio la condivisione minima di un patrimonio comune a sollecitare le considerazioni di V. ANTONELLI, *Cittadinanza e inclusione sociale*, in C. Pinelli (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Bagno a Ripoli, Passigli, 2012, 81 ss.

<sup>80</sup> V., diffusamente, D. KOCHENOV, *Citizenship*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 2019, trad. it., *Cittadinanza*, Bologna, Il Mulino, 2020, spec. 31 ss.

<sup>81</sup> Cfr. la perbenevole riflessione svolta sul punto da A. RAUTI, *op. cit.*, 203 ss.



La nostra Corte costituzionale non è insensibile a questo processo di integrazione dei non cittadini «nella realtà socio-politica»<sup>82</sup>. Nella importante decisione sull'ammissione degli stranieri nel sistema del servizio civile nazionale, questo Collegio ha statuito che «l'esclusione dei cittadini stranieri dalla possibilità di prestare il servizio civile nazionale, impedendo loro di concorrere a realizzare progetti di utilità sociale e, di conseguenza, di sviluppare il valore del servizio a favore del bene comune, comporta dunque un'ingiustificata limitazione al pieno sviluppo della persona e all'integrazione nella comunità di accoglienza»<sup>83</sup>. Di fronte ad un'attività in cui si intrecciano i diritti di autorealizzazione individuale e i doveri di solidarietà la cittadinanza diviene recessiva<sup>84</sup>.

Stando così le cose, vi sono buoni e ragionevoli argomenti per dimostrare che, sicuramente oggi ma ancora di più domani, la mancata previsione di modalità di acquisto della cittadinanza italiana più favorevoli rispetto alla situazione attuale, pur legittima alla luce della ampia discrezionalità di cui gode il legislatore ordinario, può considerarsi costituzionalmente insostenibile, giacché contrastante con l'aspirazione della struttura normativa eretta dalla Costituzione di inverare nella loro globalità i principi costituzionali di eguaglianza, anche sostanziale, di pari dignità sociale, di partecipazione, di solidarietà, di inclusione e coesione sociale<sup>85</sup>.

II) La più insidiosa arma brandita contro i diritti sociali è senza dubbio quella finanziaria. È ben vero che talora contro la permanenza di interventi pubblici “costosi” si allegano motivazioni di ordine etico, culturale, ideologico in senso lato<sup>86</sup>. Nondimeno, quando si tratta di intraprendere percorsi di contenimento della spesa pubblica, magari sulla spinta di fattori esogeni (l'andamento dell'economia, le pressioni delle istituzioni europee), è proprio il “costo” dei diritti sociali ad indirizzare i relativi tagli. Essendo gli stessi strutturalmente connessi a prestazioni positive poste in essere direttamente o indirettamente da pubbliche istituzioni, il tasso di protezione è sempre stato riconnesso alle disponibilità di cassa. Tutto ciò ha consentito variazioni e ricalibramenti nel tempo, ogni volta adducendo ristrettezze economiche con le quali, è proprio il caso di dirlo, fare i conti.

Il dominio assoluto della dimensione finanziaria ha, però, fatto sparire o, quanto meno, ha messo nell'ombra l'autentica vocazione inclusiva, solidale, egualitaria, di tali posizioni giuridiche soggettive. Non una concessione elargita da uno Stato benefattore e magnanimo, ma l'espressione paradigmatica dello sforzo di inverare i principi fondamentali che hanno definito il nostro come un vero e proprio Stato sociale, proteso nello sforzo di eliminare o ridimensionare fortemente il divario tra l'astratta titolarità (eguaglianza formale) e l'effettivo godimento (eguaglianza sostanziale) dei diritti fondamentali<sup>87</sup>. Un obiettivo, questo intimamente connesso alla valorizzazione della persona nei termini dapprima esposti, a cominciare dalla garanzia di concrete opportunità e occasioni di pieno

---

<sup>82</sup> Così nella citata [sent. n. 30 del 1983](#).

<sup>83</sup> [Sent. n. 119 del 2015](#).

<sup>84</sup> V. anche la [sent. n. 172 del 1999](#), dove la Corte parla di «comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto, [che] accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri».

<sup>85</sup> Si condivide quanto ha scritto M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1997, 514, per il quale, nella prospettiva inclusiva accolta dai principi costituzionali, “cittadino” «non è tanto chi è definito come tale dalla legge dello stato, ma chi di fatto partecipa attivamente alla vita economica, sociale e politica della comunità in cui vive». L'adesione ai valori posti alla base di un ordinamento politico fonda, per G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 433, la cittadinanza costituzionale. V. anche S. PENASA, *Verso una “cittadinanza costituzionale”? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario*, in [Rivista AIC](#), 2015, f. 3, 1 ss.

<sup>86</sup> Basti pensare alla posizione assunta dalla maggioranza di centrodestra nei confronti del reddito di cittadinanza. «Per come è stato pensato e realizzato, il reddito di cittadinanza ha rappresentato una sconfitta per chi era in grado di fare la sua parte per l'Italia, oltre che per se stesso e per la sua famiglia»: così le dichiarazioni programmatiche del Presidente del Consiglio On. Giorgia Meloni del 25 ottobre 2022, consultabili nel [sito](#) telematico del Governo.

<sup>87</sup> Come ha notato A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, Treccani, 1989, 3, lo Stato sociale «è la risposta politico-costituzionale alla crescente e obiettiva insicurezza sociale, che costituisce il sottoprodotto, a quanto sembra difficilmente eludibile, sia degli squilibri di potere comportati dal libero gioco delle forze sociali e dell'incertezza insita nei meccanismi spontanei di mercato (...), sia dell'instabilità dei valori insita nelle accelerate dinamiche culturali». V., pure, F. RIMOLI, voce *Stato sociale*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, Treccani, 2004, 1 ss.

sviluppo della personalità (l'individuo *uti singulus*) e di effettiva partecipazione sociale (la persona *uti socius*)<sup>88</sup>.

Stando così le cose, ogni riduzione (soggettiva o quantitativa) del livello di protezione di un dato diritto sociale, anche se idonea a uscire indenne da un giudizio di legittimità informato al principio di gradualità (i diritti sociali come diritti condizionati), può ben prestarsi ad una riflessione di più ampio respiro giuridico proprio sul versante della sostenibilità costituzionale. Per quanto indirizzata ad uno specifico diritto sociale, una misura restrittiva che faccia segnare un passo indietro nel tasso di tutela di quel diritto va considerata alla stregua della struttura normativa retta dalla Costituzione, che si attende da tutti i poteri dello Stato, a cominciare da quello legislativo, ogni sforzo perché si inveri il disegno di giustizia e di equità sociale tracciato dai principi costituzionali. Ciò non toglie che azioni di riduzione siano consentite, specie di fronte a incessanti pressioni esogene provenienti dalla dimensione sovranazionale o persino dal mondo dell'economia. Nondimeno, la sostenibilità costituzionale di tali misure impone una prudenza tale da ridurre i relativi tagli ad *extremae rationes*, a determinazioni strettamente necessarie rispetto alle quali non si riesce ad immaginare una soluzione diversa. Dunque, anche in questo caso, ferma restando la non illegittimità, vi sono buone e solide ragioni per operare una riflessione sul piano della sostenibilità costituzionale.

In verità, è proprio il criterio generale della sostenibilità ad aver spesso accompagnato il percorso evolutivo (o involutivo?) dei diritti sociali. È stato molto chiaro sul punto Antonino Spadaro quando ha scritto che «il concetto di sostenibilità economica è correlato a quello di fattibilità pratica; a sua volta quello di fattibilità rende non astratta l'istanza del cittadino di esigibilità, la quale infine è la premessa della vera giuridicità di tali diritti, ossia della loro giustiziabilità. In pratica, se non basta la mera declamazione dei diritti sociali, nemmeno è sufficiente supporre di avere all'inizio e in astratto la disponibilità economica per soddisfarli (sostenibilità); occorre che i legislatori, nazionali e comunitari, svolgano precise indagini e ricerche sugli effetti “nel tempo” delle normative che intendono adottare – c.d. analisi dell'impatto economico del diritto – senza le quali non v'è una reale fattibilità pratica. Dalla soddisfazione di tale complesso requisito (fattibilità *ex ante* ed *ex post*) e da un buon *drafting* legislativo – ossia dalla chiarezza delle procedure con cui il cittadino può far valere la propria situazione giuridica attiva – dipende l'esigibilità e, quindi, la giustiziabilità, dei diritti sociali»<sup>89</sup>. I diritti sociali hanno da sempre sopportato il peso della “sostenibilità”, nonostante la confutazione del divario da sempre evocato, sul versante finanziario, tra queste posizioni giuridiche soggettive e i celebratissimi diritti inviolabili della tradizione liberale<sup>90</sup>.

Ebbene, è proprio una sottovalutazione delle potenzialità inclusive e riformatrici della struttura eretta dai principi fondamentali a vocazione sociale a determinare questa correlazione tra sostenibilità (presupposto) e diritti sociali (oggetto). Una coerente lettura della nostra *fundamental law* dovrebbe, al contrario, condurre ad un rovesciamento di questa relazione, considerando finalmente i diritti sociali quali presupposto per la sostenibilità costituzionale di ogni intervento da parte dei pubblici poteri idoneo ad incidere, specie se *in peius*, sull'esistenza libera e dignitosa dei consociati<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> Come si evince dalla lettura di due importanti trattazioni monografiche: A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, Jovene, 1999, e D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, Jovene, 2003.

<sup>89</sup> A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”): più sobrio, solidale e sostenibile*, in *Rivista AIC*, 2011, f. 4, 7.

<sup>90</sup> Alludo chiaramente alla nota analisi condotta da S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights: Why the Liberty Depends on Taxes*, New York-London, Norton, 1999, trad. it., *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, Il Mulino, 2000. V., al riguardo, M. AINIS, *La libertà perduta*, Bari-Roma, Laterza, 2003, 15 s.

<sup>91</sup> È ciò che sostiene, ad esempio, M. GOLDONI, *La materialità dei diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2022, 163: «opportuno insistere sullo scarto rinvenibile fra le due prospettive: nella concezione liberale standard, i diritti sociali intervengono esternamente come riconoscimento di interessi che vengono determinati dentro la società stessa. Tale concezione è compatibile, ad esempio, con politiche di austerità in quanto occorre prima gestire la riproduzione della società e solo in un secondo momento, a seconda della ricchezza prodotta, pensare a rendere effettive quelle aspirazioni alle quali verrebbero ricondotti i diritti sociali. Occorre, invece, ribaltare la relazione fra scarsità e diritti sociali. È la materialità dei diritti sociali a rendere questi ultimi dispositivi normativi atti a mobilitare ed organizzare il conflitto politico sugli equilibri sociali e quindi a designare il perimetro entro il quale si discute di come gestire la scarsità. Infatti, la delimitazione

Verrebbero meno i tanti luoghi comuni che avviliscono la portata egualitaria di tali diritti<sup>92</sup>. La mitigazione della portata indebolente del principio di gradualità, cui fa da corollario la discutibile connotazione condizionata di tali diritti, potrebbe essere un buon passo in avanti sul piano dell'apprezzamento della sostenibilità costituzionale di tutti gli interventi posti in essere in questo ambito. Ma per farlo occorre recuperare una visione globale dei principi fondamentali che reggono la struttura normativa più volte evocata, così da sfruttare al meglio le ricche potenzialità associate a questa percezione sinergica<sup>93</sup>.

Ora, prima di procedere all'analisi degli altri casi, soccorre una precisazione.

Le altre tre esemplificazioni descritte in apertura condividono il medesimo tratto distintivo: si tratta, cioè, di casi nei quali rileva non tanto, e non direttamente, la dimensione individuale correlata a situazioni giuridiche soggettive, quanto l'architettura istituzionale definita dalle previsioni costituzionali. La struttura normativa eretta dalla costituzione non abbraccia soltanto principi, regole e istituti preordinati al cambiamento sociale: essa, infatti, prefigura un assetto organizzativo, informato al principio della separazione dei poteri, che certamente è destinato a rendere "funzionante" il sistema costituzione, ma che è anche diretto a rendere tale sistema "funzionale" alla vocazione sociale della costituzione stessa. Le scelte fatte sul piano della articolazione degli organi costituzionali, in ordine alla loro struttura e alle loro reciproche interazioni, non sono state dettate da ragioni di mera funzionalità istituzionale, riflettendo in realtà la volontà di rendere questi organi davvero serventi rispetto alle finalità essenziali della costituzione, a cominciare dalla tutela dei diritti fondamentali. Si pensi al celebrato e sempre attuale art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789<sup>94</sup>: la garanzia dei diritti è abbinata al principio della separazione dei poteri, nel senso che questo principio fondamentale è posto al servizio della finalità ontologica della costituzione. Non si tratta, dunque, di due distinte enunciazioni collocate nel medesimo enunciato, l'una rilevante nei rapporti tra Stato e consociati, l'altra afferente all'impianto istituzionale dove si materializzano i rapporti tra gli organi apicali dello Stato. Separando i poteri si creano le condizioni per una migliore protezione dei diritti fondamentali, che – come dimostrato dalla storia – risulta inibita da una concentrazione dei poteri stessi in capo ad un solo organo, per di più monocratico.

Pertanto, il tema della sostenibilità costituzionale può ben investire anche le dinamiche delle relazioni tra gli organi costituzionali, con riferimento soprattutto (ma non solo) alla forma di governo, nel senso che una deviazione dai binari tracciati dalle disposizioni costituzionali, pur restando entro i confini della legittimità (la duttilità relativa della costituzione lo consente), può suscitare dubbi sulla sostenibilità costituzionale di atti e comportamenti quivi rilevanti. La trattazione che seguirà chiarirà meglio questo passaggio.

III) Il ritardo nella elezione parlamentare di uno o più giudici costituzionali non può essere sanzionato sul versante della legittimità. Nondimeno, è agevole constatare la gravità di questa inerzia, gravità però che si può tradurre in insostenibilità costituzionale proprio per legittimare, anche dal punto di vista giuridico-istituzionale, azioni e comportamenti particolarmente incisivi, come si vedrà

---

della scarsità è la posta in gioco del conflitto sulle risorse da destinare ai diritti sociali. Pertanto, risulta insostenibile che sia una scarsità determinata pre-politicamente a dettare quali e quanti siano i margini di protezione dei diritti sociali. In quest'ottica, la scarsità di risorse non influisce sulla definizione del loro status. Al contrario, si tratta di riconoscere che la dimensione politica dei diritti sociali non può che portare con sé elementi di riflessività».

<sup>92</sup> V., infatti, G. PINO, *Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni*, in *Ragion pratica*, 2016, 495 ss. Cfr., pure, E. DICHIOTTI, *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, in *Quad. cost.*, 2004, 733 ss.

<sup>93</sup> Sarebbe, quindi, costituzionalmente coerente seguire l'insegnamento di A. RUGGERI, [Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come "sistema" \(notazioni di metodo\)](#), in questa *Rivista*, 2015/II, 553, sull'importanza del principio costituzionale di solidarietà: «se solo si fosse finalmente messo a punto un organico programma di giustizia sociale, volto ad una complessiva redistribuzione della ricchezza, unitamente alla lotta all'evasione fiscale ed alla corruzione, in vista del recupero di un minimo etico in seno al tessuto sociale, molti degli ostacoli che ad oggi impediscono un effettivo e sostanziale appagamento dei diritti sociali potrebbero considerarsi rimossi e spianata, perciò, la via per un armonico sviluppo della persona umana».

<sup>94</sup> «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution».

più avanti. In effetti, non appare sufficiente la rassicurazione secondo cui, ai sensi della vigente normativa, perché la Corte possa deliberare basta non scendere sotto la quota undici su quindici. Ogni componente l'organo di giustizia costituzionale riflette una precisa scelta dell'Assemblea costituente, quale quella di dar vita ad un "custode" della costituzione che, lungi dall'essere espressione del solo potere giudiziario, riuscisse a contemperare la dimensione più propriamente giuridica con quella politica<sup>95</sup>. Il giudizio sulle leggi (ma lo stesso potrebbe dirsi, *mutatis mutandis*, anche per le altre funzioni) non si concretizza nel solo raffronto tra due norme giuridiche, una in guisa di parametro, l'altra quale oggetto del sindacato di legittimità. Il confronto avviene tra due atti (anche) politici e, dunque, lo stesso giudizio di legittimità non è immune da condizionamenti, più o meno vistosi, del fattore politico<sup>96</sup>. Si badi bene: non si sta alludendo a posizioni faziose o partigiane, connesse cioè ai partiti che animano la vita democratica del Paese. Piuttosto, si pensa alla politica come il luogo di confronto tra visioni ideali, tra concezioni della realtà sociale secondo orientamenti anche di natura culturale o filosofica. Come ha infatti osservato Zagrebelsky, «la Corte costituzionale è dentro la politica, anzi ne è uno dei fattori decisivi, se per politica si intende l'attività finalizzata alla convivenza»<sup>97</sup>. Tutto ciò avviene e prende forma in un contesto in cui l'indipendenza dei custodi è saldamente ancorata ai principi costituzionali<sup>98</sup>.

Tipicamente, i giudici di estrazione parlamentare portano in quel consesso una significativa sensibilità (o, persino, empatia) politica circa le questioni da trattare, che ben si armonizza con la percezione più spiccatamente tecnico-giuridica che contraddistingue gli altri componenti, specie quelli provenienti dalle supreme magistrature<sup>99</sup>. La mancanza anche di un solo giudice di matrice parlamentare incide su questo equilibrio tra prospettive diverse, ma tutte degne di pesare allo stesso modo nello scrutinio di costituzionalità e anche negli altri giudizi, primo tra tutti quello per la risoluzione di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. La presenza di tutti i giudici eletti dal Parlamento in seduta comune è, così, indispensabile affinché i principi messi di volta in volta in discussione da atti legislativi sospettati di incostituzionalità possano davvero esprimere la loro forza sinergica quali moti di cambiamento sociale verso il compimento delle concezioni ideali in essi racchiuse. I principi, che di questa struttura sono i pilastri e nel contempo le direttive di sviluppo dinamico, necessitano, in vista del loro compiuto inveramento, di un confronto dialettico costante tra elementi eterogenei: materiale normativo, prassi giurisprudenziale, ma anche orientamenti politici, fattori culturali, dunque tutti elementi che consentono, nel loro insieme, di rendere vitale il costante confronto tra domanda e offerta di costituzione. Come si è detto, la domanda proveniente dalla società, l'offerta posta in essere dalle istituzioni. E la presenza di giudici con un più elevato quoziente di politicità (per la loro professione, per la loro storia personale, per la scelta fatta su di essi dalle forze politiche presenti in Parlamento) è l'ingrediente indispensabile affinché la struttura eretta dalla costituzione possa esprimersi in modo coerente con il disegno complessivo di progresso sociale abbozzato dai suoi principi.

Ebbene, di fronte al protrarsi di un ritardo nella elezione parlamentare, di fronte alla impossibilità di adire la stessa Corte costituzionale per far valere una violazione che in realtà non può essere sanzionata da questo organo, il Capo dello Stato ben potrebbe innanzitutto minacciare, o meglio, mettere sull'avviso gli interessati circa la possibilità di uno scioglimento anticipato delle Camere attesa proprio l'insostenibilità costituzionale di una simile negligenza, per le ragioni dapprima esposte<sup>100</sup>.

---

<sup>95</sup> In effetti, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, Giuffrè, 2012, 57, fa notare come i ritardi del Parlamento in seduta comune siano «dannosi per l'equilibrato funzionamento dell'organo».

<sup>96</sup> V., sul punto, G. LANEVE, *La giustizia costituzionale nel sistema dei poteri. I) Interpretazione e giustizia costituzionale: profili ricostruttivi*, Bari, Cacucci, 2014, 212 ss.

<sup>97</sup> G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, Einaudi, 2005, 39.

<sup>98</sup> V., infatti, l'ottima ricostruzione di A. FUSCO, *L'indipendenza dei custodi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019.

<sup>99</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 73.

<sup>100</sup> V., sul punto, A. RUGGERI, A. SPADARO, *op. cit.*, 50.

IV) Anche una fattispecie istituzionale apparentemente irrilevante sul piano della vocazione sociale della Costituzione, come la rielezione del Presidente della Repubblica, in realtà si presta ad essere inquadrata entro la cornice tracciata dal concetto di sostenibilità costituzionale.

Il primo comma dell'art. 85 Cost. lascia impregiudicata la questione, e il relativo silenzio non può certamente interpretarsi *de plano* come divieto di una conferma in questa carica. La legittimità della rielezione, quindi, appare indubbia, restando invece aperta la questione dell'inquadramento di una simile eventualità quale segno dell'affermazione di una regola consuetudinaria o solo convenzionale<sup>101</sup>.

La proposta teoria della sostenibilità costituzionale dischiude una prospettiva inedita nella considerazione di tale accadimento istituzionale<sup>102</sup>.

Come si accennava in precedenza, la forma di governo non è mai una mera scelta di ingegneria costituzionale, quanto piuttosto è il frutto di una precisa filosofia o visione complessiva della struttura di cui quel modello è solo una delle tante parti. E per di più il sistema dei rapporti tra gli organi apicali della Repubblica, che qualifica quella forma di governo, è servente rispetto a finalità più ampie, e non fine a sé stesso o comunque congeniale ad una semplice distribuzione del potere tra organi che rivendicano un ruolo centrale nella vita costituzionale. Un sistema parlamentare come il nostro ha a suo tempo assecondato una domanda di Costituzione che, sul versante istituzionale, sollecitava l'implementazione di soluzioni organizzative orientate verso la riaffermazione vigorosa del principio democratico nella sua dimensione pluralistica e partecipativa. Il modello parlamentare è stato accolto come la risposta ad un bisogno di coinvolgimento inclusivo di tutte le forze non solo politiche, ma anche sociali e culturali, che avevano combattuto e sconfitto il fascismo. La relazione fiduciaria – che è la nota qualificante tale forma di governo – è stata costruita intorno ad una energica istanza di valorizzazione del Parlamento, quale sede privilegiata della rappresentanza politica e quale spazio di invero della sovranità popolare, senza con questo ridurre l'esecutivo ad una mera struttura ancillare. Il dialogo costante tra le Camere e il Governo è stato, quindi, percepito (e tradotto in disposizioni costituzionali provviste di una ragionevole elasticità) come presupposto per un funzionamento delle istituzioni repubblicane autenticamente orientato ad assecondare la vocazione sociale della nostra costituzione. Un'altra e diversa opzione avrebbe determinato un diverso equilibrio, tale da indirizzare il cambiamento sociale in direzioni divergenti, anche solo in parte, da quelle prefigurate dai principi costituzionali. Il parlamentarismo recepisce e, prima ancora, rispecchia un'idea di società dove il pluralismo, l'eguaglianza, la solidarietà, la ricerca della giustizia sociale, la cura della persona sollecitano la definizione di un assetto istituzionale che sia davvero in grado di recepire e assecondare questi valori. Così, la scelta della attuale forma di governo non è stata una scelta neutrale o semplicemente tecnica, bensì di valore, in quanto finalizzata al compimento di un ideale, di una visione politica, di un equilibrio in grado di dar voce a tutte le istanze che si animano nella trama delle relazioni comunitarie e che aspirano ad essere rappresentate nella sede in cui si assumono le determinazioni vitali per il progresso della società, ossia il Parlamento.

---

<sup>101</sup> Per A. RUGGERI, *La rielezione di Mattarella al Quirinale, ovvero il crepuscolo della politica e della Repubblica*, in questa *Rivista*, Editoriale del 31 gennaio 2022, 1, siamo in presenza di una «consuetudine costituzionale in progress, da molti studiosi temuta, e, allo stesso tempo, la scelta migliore e la peggiore che potesse esser fatta». Non così I. NICOTRA, *La finestra chiusa sulla rielezione, un porto sicuro nella tempesta dell'instabilità politica*, in *federalismi.it*, 2022, f. 5, 3.

<sup>102</sup> La riflessione che si propone qui di seguito non avrebbe ragion d'essere se si accedesse a quanto sostenuto da M. LUCIANI, *La (ri)elezione nella dinamica della forma di governo*, in *Osservatorio costituzionale*, 2022, f. 2, 11: «la rielezione non costituisce uno strappo istituzionale, così come non può esserlo nessuna scelta che sia rispettosa della Costituzione e si muova entro il patrimonio di alternative ch'essa conferisce alla politica. La rielezione non ha pavimentato la strada dell'ora auspicato ora temuto affermarsi di un regime semipresidenzialista, perché d'esso difetta il presupposto (l'iperlegittimazione assicurata dal voto popolare) e difettano gli strumenti (i poteri anche di governo che sono conferiti al Presidente francese, per stare all'esempio più consolidato di semipresidenzialismo). La rielezione non legittima il riletto a crearsi un suo "partito del Presidente" più di quanto a tale passo non legittimi l'eletto».

In questo assetto istituzionale il Presidente della Repubblica svolge una funzione di equilibrio, di stimolo, di ricerca costante di collaborazione, di moderazione<sup>103</sup>. L'asserita e controversa connotazione "neutrale" dei suoi poteri va quanto meno declinata come equidistanza dai contesti decisionali dove si coltiva l'indirizzo politico. Quale rappresentante dell'unità nazionale, il Presidente è garante e nel contempo promotore di quella coesione sociale nemica dello sfilacciamento del tessuto sociale pluralista. Quale capo dello Stato il Presidente, ben lungi dal vantare una qualche posizione di supremazia gerarchica rispetto a tutti gli altri poteri, è l'istanza di collegamento tra i vari organi, chiamato a fare sintesi quando il confronto dialettico rischia di paralizzare il buon andamento delle istituzioni. Secondo una efficace immagine metaforica di Massimo Luciani, «poiché i fili dei quali il tessuto istituzionale della Repubblica si compone si possono aggrovigliare e poiché la matassa di quei fili può essere difficile da sbrogliare, c'è ben bisogno di un "capo" dal quale partire, di un punto estremo che sia fuori dal groviglio»<sup>104</sup>. Questa complessa configurazione della carica presidenziale rende conto della sua irresponsabilità politica, così come giustifica tutta una serie di prerogative e garanzie che concorrono a proiettare il Capo dello Stato su di un'orbita diversa, anche se parallela, rispetto a quella in cui si anima la relazione fiduciaria tra Camere e Governo.

Ebbene, stando così le cose si potrebbero addurre anche ragionevoli (o, quanto meno, non manifestamente infondate) argomentazioni a favore della tesi della insostenibilità costituzionale della rielezione del Presidente della Repubblica. È proprio la sua condizione di magnetico coefficiente di equilibrio istituzionale, più che di garante<sup>105</sup>, a suggerire un atteggiamento discretamente critico nei confronti di questa soluzione. La dissociazione tra potere e responsabilità, unitamente ad una diversa modalità di legittimazione, appare avallare l'idea di un organo *sui generis* coinvolto nell'azione complessiva di governo ma senza poteri sostanzialmente e materialmente decisionali. L'erogazione di prestazioni coerenti con il ruolo complessivo assegnato al Presidente della Repubblica esige una reale e riconoscibile alterità rispetto agli attori politici<sup>106</sup>. La prospettiva di una possibile (in quanto non vietata e, dunque, legittima) rielezione potrebbe finire col generare di fatto un legame se non di dipendenza quanto meno di contiguità con le forze politiche tale da supportare una aspettativa che mal si concilia con i tratti essenziali di tale figura istituzionale. Può, così, considerarsi "insostenibile" la tesi secondo cui la mancata rielezione suonerebbe come una sorta di sanzione politica a carico di chi non è riuscito a conquistare la fiducia dei soggetti politici<sup>107</sup>. Il compito del Capo dello Stato non è arrivare al cuore delle formazioni partitiche, dimostrando attitudine e inclinazione ad assecondare i loro desideri o aspettative, quanto quello di mantenere fede all'unico e autentico impegno, quale quello di concorrere a promuovere e supportare un corretto e sereno funzionamento delle istituzioni apicali della Repubblica.

Peraltro, il raddoppio della durata della carica, per la sua estensione temporale, estenderebbe in maniera ragguardevole la titolarità della carica di "Capo dello Stato", così da ridimensionare, almeno su questo aspetto, il necessario divario rispetto alla monarchia. La scelta del 2 giugno 1946 ha impresso una impronta indelebile al nostro Stato, come confermato dal divieto sancito dall'art. 139 Cost. In quel plebiscito si è manifestata una domanda di rottura vigorosa col passato, ma non solo per

<sup>103</sup> Una stimolante ricostruzione, anche in chiave critica, è quella offerta da M. LUCIANI, *La parabola della presidenza della Repubblica*, in *Rivista AIC*, 2014, f. 1, 1 ss.

<sup>104</sup> M. LUCIANI, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione)*, in *Rivista AIC*, 2017, f. 2, 19.

<sup>105</sup> Sul Presidente della Repubblica come organo di garanzia, quest'ultima parallela a quella svolta dalla Corte costituzionale, v. S. GALEOTTI, *La garanzia costituzionale (presupposti e concetto)*, Milano, Giuffrè, 1950, 26 ss.; ID., voce *Garanzie costituzionali*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, 507; G. D'ORAZIO, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale: i rapporti nel sistema e nella prassi*, in *Giur. cost.*, 1982, 1925 ss. *Contra* M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, spec. 18 ss.

<sup>106</sup> Così F. PETRANGELI, *Commento all'art. 85*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Torino, Utet, 2006, 1665.

<sup>107</sup> Cfr. G.U. RESCIGNO, *Commento all'art. 85*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro it., 1979, 64, nonché M. VOLPI, *Considerazioni sulla rielegibilità del Presidente della Repubblica*, in G. Silvestri (a cura di), *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1985, 520.

punire chi non aveva impedito la catastrofe, quanto piuttosto per dar vita ad un assetto ordinamentale più confacente ad un rinnovamento dell'assetto sociale secondo i principi di eguaglianza (soprattutto sostanziale), pluralismo, solidarietà, inclusione e coesione. Non che questi principi siano ignorati negli ordinamenti monarchici. Nondimeno, proprio questi ultimi conservano alcuni tratti tradizionali che ben poco hanno a che spartire con una struttura normativa, quale quella eretta dalla nostra Costituzione, che ambisce a far attecchire i semi dell'equità, della giustizia sociale, delle pari opportunità in termini di riscatto sociale, di partecipazione globale e inclusiva<sup>108</sup>.

Sia chiaro. Con queste riflessioni non s'intende in alcun modo affermare che la rielezione, ove fatta, sia in antitesi con la vocazione sociale della nostra Costituzione che si esprime attraverso i citati principi fondamentali, né che un assetto istituzionale diverso da quello repubblicano sia incompatibile con gli ideali di giustizia ed equità sociale<sup>109</sup>. S'intende piuttosto stimolare l'attenzione verso la possibilità che anche un episodio istituzionale come questo possa essere valutato sul piano della sua sostenibilità costituzionale alla luce della griglia teorica qui abbozzata. Anche perché quando il quadro politico si rileva frammentato e lacerato da una palpabile incomunicabilità tra i suoi protagonisti, la conferma dell'inquinamento può rivelarsi proprio la scelta più costituzionalmente sostenibile.

V) Come si è visto Enzo Cheli, nell'annotare criticamente la proposta di revisione dell'attuale forma di governo, insiste sul suo impatto negativo in termini di "sostenibilità" per la democrazia. Forse lo fa concentrando l'attenzione sulla dimensione politica, anzi partitica, come del resto ha fatto Sandro Staiano quando si è interrogato circa la "desiderabilità" di una riforma in senso presidenziale o semipresidenziale<sup>110</sup>. Attesa, però, l'intima connessione tra il modello democratico e la nostra legge fondamentale, non sarebbe difficile immaginare un impatto parimenti avverso in termini per l'appunto di sostenibilità costituzionale restando quindi entro i confini tracciati dal diritto.

Le riflessioni svolte *sub* IV) dovrebbero rivelarsi sufficienti al riguardo. A ciò vale la pena aggiungere che la strada verso il presidenzialismo o il semipresidenzialismo, lastricata dalle pietre dell'efficienza decisionale e rischiarata dalla luce della governabilità sicura e stabile, potrebbe condurre ad una rimodulazione dell'assetto sociale non del tutto in linea con i principi costituzionali globalmente considerati. Non è certo il caso di tessere ciecamente le lodi di un parlamentarismo, quale quello italiano, che ha senza dubbio mostrato ombre e incrinature. Nondimeno, non si può fare a meno di apprezzarne quanto meno la potenziale attitudine a favorire il dialogo inclusivo, il confronto critico tra diverse e opposte istanze, a costruire una rete di interazioni orientate verso il raggiungimento di soluzioni condivise, in un clima democratico favorevole alla cura verso i soggetti più fragili, non solo economicamente. La fiducia verso una concentrazione personale del potere, del timoniere che governa impartendo ordini e selezionando solipsisticamente il proprio *entourage*, se può essere considerata la risposta ad un impellente bisogno di governabilità e di efficienza decisionale, nondimeno rischia di inibire nel tempo le virtù dei principi che nutrono la vocazione sociale della nostra costituzione. Pertanto, non sarebbe azzardato interrogarsi su di una riforma che, pur legittima sino a quando non se ne dimostri l'incompatibilità con il nocciolo duro della costituzione, presta il fianco a non poche obiezioni in termini proprio di sostenibilità costituzionale.

#### 8. Chi è il "custode" della sostenibilità costituzionale? Una mano tesa al popular constitutionalism e al political constitutionalism

Il custode della Costituzione, là dove ha attecchito il *judicial review of legislation*, è un organo giurisdizionale, sia pure con alcune specificità a cominciare dalla stessa composizione<sup>111</sup>. Variamente

---

<sup>108</sup> Basti pensare al peso assunto dalla nobiltà nel Regno Unito, rappresentata nella Camera alta.

<sup>109</sup> La monarchica Svezia ha raggiunto traguardi straordinari sul versante del *Welfare State*.

<sup>110</sup> S. STAIANO, *La rielezione del Presidente della Repubblica del gennaio 2022*, nel sito telematico dell'[AIC](#), nella sezione *La lettera* (2/2022).

<sup>111</sup> Cfr. L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, Giappichelli, 2007.

denominato, questo custode non può che essere collocato nello spazio dominato dalla funzione giurisdizionale, per lo meno quando si parte dalla classica tripartizione dei poteri dello Stato. La legge sospettata d'incostituzionalità è sottoposta ad un giudizio, che non pochi qualificano come un "processo" con proprie regole procedurali destinate a garantire l'ordinato svolgimento dello scrutinio di legittimità<sup>112</sup>.

Com'è noto, questa opzione ha suscitato riserve e obiezioni proprio sul versante della legittimazione del "giudice delle leggi" in quanto organo che, pur privo di una diretta investitura popolare, risulta, addirittura come "monopolista", autorizzato a contraddire la volontà espressa dall'organo democraticamente rappresentativo. Sin dai suoi albori, la giustizia costituzionale ha dovuto sostenere il peso di questa lamentata contraddizione, cercando di dimostrare la propria attitudine a vivere serenamente in ambiente democratico nonostante questo sospetto di difetto di legittimazione<sup>113</sup>. E non è stato sufficiente risolvere la questione semplicemente osservando che è la stessa Costituzione a "legittimare" l'organo di giustizia costituzionale. Se, poi, si pensa alla Costituzione degli Stati Uniti che tace sul punto, questo sospetto si rivela tutt'altro che peregrino.

Ebbene, negli ultimi tempi, ad interpretare questo ripensamento critico verso il controllo giudiziario di costituzionalità ci hanno pensato due correnti di pensiero sviluppatesi soprattutto in ordinamenti di matrice anglosassone, a cominciare proprio dagli Stati Uniti: il costituzionalismo popolare e il costituzionalismo politico.

Proprio nello sforzo di individuare gli attori della sostenibilità costituzionale, si cercherà di dimostrare come la categoria studiata in queste pagine sia in grado di sdrammatizzare, innanzitutto, la contrapposizione tra il *legal constitutionalism*, incline a mantenere e a perpetuare nel tempo l'attuale sistema di giustizia costituzionale affidato ad organi giurisdizionali sia pure *sui generis*, e il *popular constitutionalism*, che, prendendo le mosse dalla dottrina hamiltoniana formulata nel *No. 78 dei Federalist papers*<sup>114</sup>, è incline ad assegnare al popolo la decisione ultima sulla costituzionalità o meno delle leggi<sup>115</sup>. E lo stesso vale per il *political constitutionalism*<sup>116</sup>.

Per Larry Kramer, che ha interpretato bene lo spirito del costituzionalismo popolare, il principale errore prodotto dalla moderna insistenza sulla supremazia giudiziaria «is the assumption not just that someone must have final authority to resolve routine constitutional conflicts, but that this someone must be a governmental agency»<sup>117</sup>.

---

<sup>112</sup> V., per tutti, F. BIONDI, *Il processo costituzionale*, in *Questione giustizia*, 2020, f. 4, 114 ss.

<sup>113</sup> Ben noto fu l'intervento dell'On. Palmiro Togliatti in Assemblea costituente nella seduta pomeridiana dell'11 marzo 1947: «tutte queste norme sono state ispirate dal timore: si teme che domani vi possa essere una maggioranza, che sia espressione libera e diretta di quelle classi lavoratrici, le quali vogliono profondamente innovare la struttura politica, economica, sociale del Paese; e per questa eventualità si vogliono prendere garanzie, si vogliono mettere delle remore: di qui la pesantezza e lentezza nella elaborazione legislativa, e tutto il resto; e di qui anche quella bizzarria della Corte costituzionale, organo che non si sa che cosa sia e grazie alla istituzione del quale degli illustri cittadini verrebbero ad essere collocati al di sopra di tutte le Assemblee e di tutto il sistema del Parlamento e della democrazia, per esserne i giudici. Ma chi sono costoro? Da che parte trarrebbero essi il loro potere se il popolo non è chiamato a sceglierli? Tutto questo, ripeto, è dettato da quel timore che ho detto».

<sup>114</sup> «Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental».

<sup>115</sup> Per questa ricostruzione v. O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., 201 ss.

<sup>116</sup> V., innanzitutto, R. BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

<sup>117</sup> L. KRAMER, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, Oxford University Press, 2004, 107. In ID., *Popular Constitutionalism*, in *California Law Review*, 2004, 94, 4, 959 ss., si sostiene che ciò che ha consentito l'affermazione del *legal constitutionalism* è stata la scrittura delle norme costituzionali. La Corte suprema, nel 1803, ha usurpato il potere di giudicare la costituzionalità delle leggi, privando il popolo di questo potere. Quali rimedi contro atti incostituzionali sono indicati il diritto di voto, le petizioni e la libertà di pensiero. Come *extrema ratio*, il diritto di resistenza. Kramer però non esclude il *judicial review*, purché i giudici, a cominciare dalla Corte suprema, riconoscano la supremazia del popolo, quale autorità più alta. In effetti, il confronto tra il pensiero classico riferito all'esperienza ateniese e le odierne teorie moderate del costituzionalismo popolare ha consentito a K. WERHAN,



Ancor più radicalmente Mark Tushnet propone di sottrarre la Costituzione dal complesso delle norme giuridiche che i giudici sono chiamati ad applicare nelle aule giudiziarie<sup>118</sup>. Questi identifica una Costituzione densa (*thick*), che si occupa dell'architettura istituzionale, e una Costituzione fluida (*thin*), sulle fondamentali garanzie di eguaglianza e di libertà. Entrambe sono tali da garantirsi da sé, senza la necessità di alcun *judicial review*. L'equilibrio presidiato dal sistema di *checks and balances* è garantito da incentivi sufficienti affinché gli organi costituzionali e i soggetti politici non violino la Costituzione. «La costituzione fluida, dunque, sarebbe veicolata organizzativamente dalla costituzione densa, e questa sarebbe al servizio di quella, sicché una volta riconosciuto che, in qualche modo, il documento costituzionale si garantisce da sé, grazie alle sue soluzioni organizzative in ordine alla distribuzione e al bilanciamento del potere, ne segue che anche i valori costituzionali fondamentali sarebbero indirettamente assicurati: tanto più che questi ultimi, oltre ad essere “portati” organizzativamente dalla costituzione densa, sarebbero altresì oggetto di attenzione costante da parte dello stesso popolo, essendo costitutivi della sua identità politica profonda»<sup>119</sup>. C'è, quindi, una esortazione a responsabilizzare il popolo quale protagonista della vita costituzionale: tutti sono chiamati a “creare” diritto costituzionale attraverso l'azione politica.

Dal canto suo, il costituzionalismo politico è incline a riconoscere l'ultima parola sulla (in)costituzionalità di una legge all'organo democraticamente rappresentativo<sup>120</sup>. Spetta al potere legislativo dirimere il conflitto che verte sui diritti. I diritti non vanno violati, e su questo c'è unanimità di vedute, laddove il disaccordo riguarda il contenuto degli stessi e, dunque, il reciproco rapporto. Come ha notato Omar Chessa, l'obiettivo di questo approccio «è quello di provare che il controllo di costituzionalità delle leggi è *insostenibile* allorquando faccia uso di norme costituzionali sui diritti fondamentali»<sup>121</sup>, laddove è ammesso per i soli vizi procedimentali (i quali inficierebbero la «dignità della legislazione»<sup>122</sup>).

Nonostante le indubbe criticità, specie sul versante operativo<sup>123</sup>, le due eterodosse correnti di pensiero hanno il merito di aver innanzitutto messo in discussione quello che a molti è sempre apparso come un dogma o, quanto meno, una indefettibile condizione di stabilità e ordine, vale a dire l'esclusività del *judicial review* quale forma di “custodia” della Costituzione. Di conseguenza, essendo revocato in dubbio il monopolio del controllo giurisdizionale di legittimità, anche la stessa Costituzione si è vista ampliare le proprie modalità e occasioni di inveroamento. La Costituzione non è solo una “questione di legittimità”, nel senso che la sua vitalità non è circoscritta ai soli giudizi nei quali ne è messa a repentaglio la supremazia rispetto a tutti gli altri atti espressione di potere, a cominciare dalle leggi. La Costituzione è elemento di un processo complesso nel quale si intrecciano molteplici e variegati fattori, tutti protesi verso il compimento del disegno abbozzato dai suoi principi fondamentali. Lo scrutinio di costituzionalità è solo uno dei momenti in cui si sviluppa questo

---

*Popular Constitutionalism, Ancient and Modern*, in *U.C. Davis Law Review*, 2012, 46, 1, 65 ss., di dimostrare come la soluzione non sia quella della eliminazione del *judicial review*. Cfr. altresì R. POST, R. SIEGEL, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, in *California Law Review*, 2004, 92, 4, 1027 ss. Sull'originalismo, quale espressione di costituzionalismo popolare, v., ad esempio, L.J. STRANG, *Originalism as Popular Constitutionalism: Theoretical Possibilities and Practical Differences*, in *Notre Dame Law Review*, 2011, 87, 1, 253 ss.: in effetti, ancorare l'interpretazione costituzionale al significato proprio delle parole secondo l'intenzione dei *framers* coltivata all'epoca della redazione del testo significa implicitamente valorizzare il legame tra i costituenti e il popolo sovrano che li ha scelti.

<sup>118</sup> M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1990. V. anche ID., *Popular Constitutionalism as Political Law*, in *Chicago-Trent Law Review*, 2006, 81, 991 ss.

<sup>119</sup> O. CHESSA, *op. ult. cit.*, 206.

<sup>120</sup> V., soprattutto, J. WALDRON, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in *Yale Law Journal*, 2006, 115, 6, 1346 ss.

<sup>121</sup> O. CHESSA, *op. ult. cit.*, 227 (enfasi aggiunta).

<sup>122</sup> J. WALDRON, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, trad. it., *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, Giuffrè, 2001, dove la regola della maggioranza è per l'appunto subordinata al rigoroso rispetto delle regole procedurali.

<sup>123</sup> V., ad esempio, E. CHERMERINSKY, *In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism*, in *University of Illinois Law Review*, 2004, 3, 673 ss. Cfr., altresì, M. GOLDONI, *Two Internal Critiques of Political Constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, 10, 4, 926 ss.

processo, per di più un momento per così dire patologico dovendo il giudice delle leggi sanzionare atti incostituzionali. Sicché, spostare l'attenzione verso il soggetto sovrano (*popular constitutionalism*) o verso le istituzioni democraticamente rappresentative (*political constitutionalism*) significa precludere ad un arricchimento della platea degli attori chiamati ad alimentare e stimolare il diritto costituzionale vivente. Il popolo e le istituzioni democratiche, nel momento in cui "insorgono" contro un atto incostituzionale (o, meglio, reputato tale) non fanno valere soltanto un problema rilevante sul versante della legittimità, ma ancor più fanno valere concretamente il loro ruolo quali coprotagonisti del processo di inveroimento complessivo dei principi costituzionali.

Cosa insegnano, dunque, il costituzionalismo popolare e quello politico? Lo intuisce efficacemente ancora una volta Omar Chessà. Queste confutazioni al *judicial review of legislation* mostrano «come la costituzionalità complessiva dell'ordinamento dipenda da altro che non dalle prestazioni virtuose della giustizia costituzionale. Non ci può essere una salda ed effettiva garanzia della Costituzione a dispetto di quello che accade nella sfera magmatica, inquieta, della politica democratica. Un ordine costituzionale non può reggersi sulla dialettica tra una volontà politica (popolare e rappresentativa) che ignora e sistematicamente disattende gli impegni costituzionali e una giurisdizione che, come un "grillo parlante", richiama al rispetto dei doveri costituzionali, sanzionando gli atti che vanno in tutt'altra direzione»<sup>124</sup>.

Queste correnti di pensiero proiettano la Costituzione oltre il campo dominato dalle dinamiche della legittimità e, così facendo, ampliano lo spettro dei soggetti chiamati a presidiare la legge fondamentale. Un analogo sforzo estensivo verrà svolto anche in questa sede.

a) Il divario tra legittimità e sostenibilità costituzionale non ha dimensioni tali da indurre a negare qualsiasi spazio al giudice delle leggi. Certamente, le teorizzate differenze spingono la Corte verso il confine che delimita il campo di esplicazione della sostenibilità costituzionale, ma qualche margine di azione permane.

Sarebbe, innanzitutto, incoerente rispetto alle suggestioni teoriche sin qui formulate attrarre la (in)sostenibilità costituzionale nell'orbita tracciata dal principio di ragionevolezza. In effetti, si sarebbe tentati di considerare questa dimensione patologica come una figura sintomatica di cattivo e, dunque, irragionevole esercizio della funzione legislativa, al pari di altri e consolidati indizi come la sproporzionalità, l'illogicità manifesta, la non congruità dei mezzi rispetto ai fini, la non strettamente necessaria privazione di utilità o vantaggi giuridicamente rilevanti. Invero, la ragionevolezza resta pur sempre un parametro di legittimità, sia pure idoneo a consentire alla Corte costituzionale di lambire la frontiera che, a fatica, separa la sfera del diritto da quella della politica.

Peraltro, riflettendo anche solo superficialmente sulla ragionevolezza affiora un elemento di criticità che potrebbe indebolire l'approccio teorico tentato in questa sede. È noto, infatti, come anche in ambito legislativo sia stata teorizzata la figura dell'eccesso di potere legislativo quale autonoma e specifica condizione patologica della legge. E ciò al fine di potenziare il sindacato di costituzionalità a fonte dell'invalidabile limite del merito politico.

Secondo la teoria della «funzionalizzazione», la legge è l'atto fondamentale di inveroimento del dettato costituzionale<sup>125</sup>. È, in sostanza, lo strumento attraverso il quale i principi ed i valori racchiusi negli enunciati costituzionali possono trovare attuazione in precetti vincolanti i consociati. Stando così le cose, una qualsiasi deviazione dalle traiettorie tracciate dalla Carta fondamentale ridonderebbe in eccesso di potere legislativo<sup>126</sup>.

Avverso tale tesi milita l'orientamento incline a considerare la funzione legislativa come attività libera nel fine. Il processo di integrazione politica, culminante nella legge, si esprime nello «spazio

<sup>124</sup> O. CHESÀ, *op. ult. cit.*, 274.

<sup>125</sup> F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, II, Milano, Giuffrè, 1970, 616 ss.

<sup>126</sup> Dal canto loro, parlano di frode o abuso del legislatore V. ZANGARA, *Limiti alla funzione legislativa nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, II, Padova, Cedam, 1957, 607 ss., e G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, II, Napoli, Jovene, 1962, 185 ss. Cfr., altresì, A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1976, 128.

vuoto di diritto costituzionale»<sup>127</sup>. Salvi i casi in cui la Costituzione orienta teleologicamente il legislatore, di regola questi, diversamente dall'autorità amministrativa, definisce da sé gli obiettivi da raggiungere<sup>128</sup>. Se mai si dovesse parlare di eccesso di potere, questo vizio potrebbe essere contestato soltanto alla legge che non persegue gli scopi fissati dalla Costituzione<sup>129</sup>.

Quale posizione sia oggi dominante è difficile dirlo. È ben vero che l'affermazione del parametro della ragionevolezza, consentendo alla Corte di controllare in qualche modo la portata espansiva della discrezionalità del legislatore, sembra assolvere ad una funzione non dissimile da quella dell'eccesso di potere<sup>130</sup>. Si è sostenuto che attraverso un uso penetrante della ragionevolezza la Corte costituzionale sia giunta a sindacare l'eccesso di potere legislativo<sup>131</sup>.

Nondimeno, la stessa Corte ha dimostrato non poche reticenze nell'accedere alla controversa figura dell'eccesso di potere legislativo. Dopo una risalente pronuncia che aveva escluso un autonomo vizio di eccesso di potere<sup>132</sup>, la Corte, a parte un cenno a presunte figure sintomatiche<sup>133</sup>, ha riscontrato, a carico di una legge di interpretazione autentica, uno «sviamento strumentale»<sup>134</sup>. Rimesso il tema ad un *obiter dictum*<sup>135</sup>, il giudice delle leggi ha, poi, parlato di «uso distorto della discrezionalità»<sup>136</sup>. Si rimane comunque entro il perimetro tracciato dalla ragionevolezza, piuttosto che riconoscere l'eccesso di potere legislativo come generale ed eclettico fattore patologico<sup>137</sup>. Si rivela, dunque, persuasiva l'affermazione secondo cui «l'eccesso di potere legislativo – a differenza di ciò che può dirsi nel campo amministrativo – rappresenta una ipotesi non generale di vizio delle leggi, ipotizzabile solo nei casi in cui la costituzione preveda un fine, come vincolo interno della legislazione; nei campi e nei casi non pregiudicati da un compito costituzionale, le attività legislative (...) sono libere nel fine, pur con il limite, esterno, del rispetto della costituzione, limite inidoneo a trasformare qualitativamente l'attività legislativa da politica a discrezionale»<sup>138</sup>.

Una legge costituzionalmente insostenibile, dunque, non è né (necessariamente) irragionevole, né tanto meno espressione di un eccesso (o, persino, di un “difetto”, come nell'ipotetica esemplificazione

<sup>127</sup> G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 159. V. pure A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, E.s.i., 1990, 13 ss., e A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 73.

<sup>128</sup> Cfr. G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 356 ss.

<sup>129</sup> Così, tra gli altri, P. BARILE, *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, Padova; Cedam, 1953, 180 ss., e L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 1028 s. C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia* (1950), in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 275 s., nega l'ammissibilità di un controllo sull'eccesso di potere in quanto esso determinerebbe una indebita valutazione dei motivi interiori della volizione legislativa.

<sup>130</sup> V., invero, C. MORTATI, *La Costituzione materiale*, Milano, Giuffrè, 1940, 184 ss., e A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 795 ss. Cfr., altresì, A. LENER, *L'eccesso di potere legislativo e la Corte costituzionale oggi*, in *Foro it.*, 1982, I, 2693 ss., e A. CELOTTO, *Corte costituzionale ed «eccesso di potere legislativo»*, in *Giur. cost.*, 1995, 3724 ss., e spec. 3730.

<sup>131</sup> In questi termini F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Genova, Ecig, 1992, 44. Cfr., pure, G. AZZARITI, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità sul contenuto delle leggi: l'eccesso di potere legislativo come vizio logico intrinseco della legge*, in *Giur. cost.*, 1989, II, 653 ss.

<sup>132</sup> Così si esprime la Corte costituzionale nella [sent. n. 66 del 1964](#), secondo cui l'attività legislativa deve «essere considerata libera nel fine, salvo i casi in cui un fine sia stato prestabilito da una norma costituzionale». V., sul punto, L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 304 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II.1) L'ordinamento costituzionale italiano: le fonti normative*, Padova, Cedam, 1984<sup>5</sup>, 367 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 61 ss. Cfr. anche la [sent. n. 37 del 1969](#). L'unica eccezione fu quella relativa a leggi adottate in presenza di riserve rinforzate di legge: al riguardo, si richiama il noto test elaborato con la [sent. n. 14 del 1964](#).

<sup>133</sup> Nella [sent. n. 53 del 1974](#), la Corte fa riferimento alla carenza di motivi logici o coerenti, nonché alla palese contraddizione con i presupposti.

<sup>134</sup> [Sent. n. 187 del 1981](#).

<sup>135</sup> Cfr. la [sent. n. 195 del 1982](#), su cui F. MODUGNO, *Ancora sulla mancata determinazione del thema decidendum e sull'«eccesso di potere legislativo»*, in *Giur. cost.*, 1982, 2090 ss.

<sup>136</sup> [Sent. n. 313 del 1995](#).

<sup>137</sup> Cfr. G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, 1999, 387 ss.

<sup>138</sup> G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 130.

relativa alla cittadinanza) di potere legislativo. Essa è, piuttosto, la prova di come una struttura composita ed eterogenea, quale quella edificata sulla *fundamental law*, possa scricchiolare sotto il peso di determinazioni idonee a stressare (inibendo o deviando o frustrando) i principi fondamentali nella loro organica e vitale combinazione, impendendone l'inveramento in chiave riformatrice della compagine sociale.

Detto ciò, parrebbe più feconda e proficua un'altra strada da imboccare affinché la Corte possa fare un uso discreto della categoria qui teorizzata. Alludo alle sentenze monito.

Un efficace ritratto di questa tecnica decisoria è quello dipinto dalla Presidente Cartabia in occasione della relazione annuale. «Il terreno su cui si fa urgente la cooperazione da parte del legislatore è quello delle cosiddette “sentenze monito”. Accade frequentemente che nelle motivazioni delle sentenze della Corte costituzionale – siano esse di accoglimento, di rigetto o di inammissibilità – si incontrino espressioni che sollecitano il legislatore a intervenire su una determinata disciplina, allorché la Corte individui aspetti problematici che sfuggono alle sue possibilità di intervento e che richiedono invece un'azione da parte del legislatore. Di norma tali affermazioni sono denominate come “moniti” al legislatore, ma si tratta più propriamente di “inviti” rivolti al Governo e alle Camere in spirito cooperativo per porre rimedio a situazioni normative problematiche, obsolete, o comunque suscettibili di evolvere in un vero e proprio attrito con i principi costituzionali»<sup>139</sup>.

La fragilità delle sentenze in parola sta proprio nella circostanza che, evocando lo spirito di collaborazione del legislatore ordinario, rischiano di restare inascoltate se giustappunto il destinatario non intende di fatto cooperare. Non solo. Se queste pronunce comunque riconoscono il vizio contestato, non basta appellarsi alla discrezionalità del legislatore che s'intende fare salva, per esimersi dal dovere di assumere la decisione conseguente, ossia la declaratoria di illegittimità. Suonano cristalline le parole di Zagrebelsky al riguardo: «si tratta di una formula (il monito), questa volta, non inventata dai commentatori ma utilizzata dalla stessa corte, che allude all'indicazione sostantiva delle linee alle quali la nuova disciplina legislativa deve uniformarsi. Indicazioni nelle quali non riesce facile distinguere ciò che attiene alla legittimità costituzionale della nuova disciplina legislativa e ciò che viceversa è conseguenza di meri consigli di opportunità. Normalmente si accentua il carattere “costituzionale” del monito, dicendo che esso vale a specificare le condizioni minime perché la nuova normativa possa ritenersi conforme alla Costituzione e sottintende la minaccia di trarre in futuro le debite conclusioni dal mancato seguito che tale monito avesse per avventura»<sup>140</sup>. Una diffida, questa, ancor più esplicita nelle non tanto dissimili sentenze di incostituzionalità accertata ma non ancora dichiarata<sup>141</sup>.

Nelle due riportate citazioni affiorano tangibili punti di contatto con la categoria della sostenibilità costituzionale. Si parla, infatti, di “attrito” con i principi costituzionali e, dunque, non di vera e secca violazione degli stessi, così come si percepisce in queste decisioni la difficoltà di tracciare una precisa linea di demarcazione tra le valutazioni di ordine giuridico e gli apprezzamenti di mera opportunità politica.

Ebbene, queste criticità potrebbero essere cancellate o, quanto meno, fortemente ridimensionate evocando l'insostenibilità costituzionale di discipline che andrebbero il prima possibile riviste dal legislatore ordinario seguendo le indicazioni della Corte? Si pensi anche alle doppie pronunce: di nuovo, la Presidente Cartabia ha ricordato come «spesso i “moniti” danno luogo al fenomeno delle cd. “doppie pronunce”» nel senso che «in un primo momento la Corte indica al Parlamento i punti problematici che richiederebbero una modifica legislativa nell'ambito di una sentenza di inammissibilità o di rigetto. Se il problema non trova risposta da parte del legislatore e continua ad essere portato all'esame della Corte, questa rompe gli indugi e pone essa stessa rimedio, utilizzando

---

<sup>139</sup> M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 13.

<sup>140</sup> G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Foro it.*, 1981, V, 260.

<sup>141</sup> Cfr., ad esempio, A. RUGGERI, A. SPADARO, *op. cit.*, 226 ss., che non mancano di esprimere considerazioni critiche per denunciare gli «aspetti fortemente discutibili» (p. 228) di questa tecnica decisoria.

gli strumenti normativi a propria disposizione»<sup>142</sup>. Questi “punti problematici” non sono forse il sintomo di una “insostenibilità costituzionale” che andrebbe rimossa?

Proviamo a ricordare alcuni casi significativi di pronunce monito, a cominciare proprio dalla decisione più nota, quale quella resa negli anni Settanta sul sistema radiotelevisivo. In quella pronuncia, la Corte fissa alcuni punti fermi destinati ad orientare la discrezionalità del legislatore ordinario nella scelta dei mezzi più adeguati in vista del conseguimento degli obiettivi dalla stessa enunciati<sup>143</sup>. Non si trattava, forse, di un assetto normativo costituzionalmente insostenibile? E lo stesso potrebbe dirsi, sempre in questa materia, a proposito di una successiva pronuncia che “salva” la disciplina censurata soprattutto in relazione alla propria e dichiarata provvisorietà<sup>144</sup>.

Più di recente, si pensi alla decisione con la quale la Corte ha dichiarato inammissibili, in quanto volte a colmare un vuoto di tutela in una materia caratterizzata da ampia discrezionalità del legislatore ordinario, le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 e 250 cod. civ., che non consentono al nato nell’ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso, l’attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all’adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l’interesse del minore. Il venir meno del legame tra la madre biologica e la madre intenzionale, pur in presenza di un rapporto di filiazione effettivo tra questa e il minore, ha reso manifesta una lacuna del diritto quanto alla tutela da accordare ai minori. Di fronte a tale vuoto, la Corte riconosce che una propria decisione rischierebbe di produrre disarmonie nel sistema complessivamente considerato. Serve, pertanto, ancora una volta attirare su questa materia eticamente sensibile l’attenzione del legislatore, al fine di individuare un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana: sicché, «si auspica una disciplina della materia che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale (...). Solo un intervento del legislatore, che disciplini in modo organico la condizione dei nati da PMA da coppie dello stesso sesso, consentirebbe di ovviare alla frammentarietà e alla scarsa idoneità degli strumenti normativi ora impiegati per tutelare il “miglior interesse del minore”». Esso, inoltre, eviterebbe le “disarmonie” che potrebbero prodursi per effetto di un intervento mirato solo a risolvere il problema specificamente sottoposto all’attenzione di questa Corte (...). Questa Corte non può esimersi dall’affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell’inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia»<sup>145</sup>. Non sarebbe più tollerabile perché si tratta di una lacuna costituzionalmente insostenibile? Le modalità operative che il legislatore ordinario sarà chiamato a scegliere non dovranno limitarsi a ricondurre il quadro normativo entro i binari della legittimità, ben dovendo conformare la disciplina relativa a tali ipotesi allo “spirito” della Costituzione che, attraverso i principi fondamentali, aspira a ricostruire un assetto sociale in cui anche i bambini nati in queste condizioni possano contare davvero su di una pari dignità sociale e sul pieno riconoscimento di tutti i diritti costituzionali.

Questo nuovo approccio potrebbe rendere “costituzionalmente sostenibili” queste tecniche decisorie, quale ragionevole accomodamento tra la funzione di controllo rimessa alla Corte e la

---

<sup>142</sup> M. CARTABIA, *op. ult. cit.*, 16. V., anche, V. MARCENÒ, *Una tecnica controversa: l’ordinanza interlocutoria con rinvio a data fissa*, in *Giur. cost.*, 2022, 497 ss.

<sup>143</sup> «La sottrazione del mezzo radiotelevisivo [alla riserva dello Stato, *ndr*] è legittima solo se si assicuri che il suo esercizio sia preordinato a due fondamentali obbiettivi: a trasmissioni che rispondano alla esigenza di offrire al pubblico una gamma di servizi caratterizzata da obbiettività e completezza di informazione, da ampia apertura a tutte le correnti culturali, da imparziale rappresentazione delle idee che si esprimono nella società; a favorire, a rendere effettivo ed a garantire il diritto di accesso nella misura massima consentita dai mezzi tecnici»: [sent. n. 225 del 1974](#).

<sup>144</sup> [Sent. n. 826 del 1988](#), su cui R. BORRELLO, *Cronaca di una incostituzionalità annunciata (ma non dichiarata)*, in *Giur. cost.*, 1988, I, 3950 ss.

<sup>145</sup> [Sent. n. 32 del 2021](#), su cui A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l’uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in questa *Rivista*, 2021/I, 221 ss.

discrezionalità del legislatore là dove non vi siano soluzioni univoche imposte dalla legge fondamentale<sup>146</sup>.

b) Sul ruolo di “garante” della Costituzione assegnato al Capo dello Stato non sono mancate prese di posizione volte a rivedere criticamente questa qualificazione<sup>147</sup>. Un dato è però incontrovertibile: il Presidente della Repubblica è protagonista del complesso e variegato processo di invero della Costituzione e dei suoi principi fondamentali. E lo è attraverso le proprie attribuzioni, nella misura in cui queste si armonizzano compiutamente nell’architettura istituzionale e sempre che si saldino ordinatamente con le funzioni ascritte agli altri organi costituzionali. Date queste minime e indefettibili condizioni, ben può il Presidente della Repubblica interpretare e applicare la sostenibilità costituzionale a supporto qualificato delle proprie determinazioni.

L’arricchimento del lessico istituzionale, grazie all’acquisizione della categoria qui teorizzata, potrebbe rafforzare l’autorevolezza dei messaggi presidenziali di cui all’art. 87, secondo comma, Cost., incrementandone anche le probabilità di successo<sup>148</sup>.

Attraverso questo potere di esternazione formale il Presidente non può certo invalidare atti illegittimi, né tanto meno obbligare giuridicamente i destinatari ad assumere le richieste determinazioni. Per quanto sia ricorrente la qualificazione di tale potere come modalità di controllo<sup>149</sup>, sembrano in esso difettare i tratti tipici di questa attività, a meno che non la si voglia connotare come azione di vigilanza volta a stimolare e in qualche misura anche ad indirizzare le istituzioni parlamentari. L’evocazione di una qualche “insostenibilità costituzionale” potrebbe perciò rivitalizzare i relativi messaggi conferendo loro una portata sostanziale più incisiva e persuasiva<sup>150</sup>.

Rinviano una legge alle Camere il Presidente non sovrappone un proprio indirizzo politico a quello che ha ispirato e orientato la decisione parlamentare, né tanto meno anticipa lo scrutinio di costituzionalità devoluto al giudice delle leggi. Piuttosto, si tratta di una valutazione pur sempre di

---

<sup>146</sup> Così quella che si auspicava da taluni essere una eccezione potrà considerarsi una modalità tutto sommato praticabile in modo ordinario: cfr. E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell’ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?* in *Quad. cost.*, 2019, 533.

<sup>147</sup> Per tutti, M. LUCIANI, *op. ult. cit.* Cfr. pure M. FIORILLO, *Il Capo dello Stato*, Bari-Roma, Laterza, 2002, 85 s. Sulle esternazioni formali come espressione di “garanzia” v. già S. GALEOTTI, B. PEZZINI, voce *Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Dig. IV ed., Disc. pubbl. XI*, Torino, Utet, 1996, 482, nonché A.I. ARENA, *L’esternazione del pubblico potere*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, 189, cui si rinvia anche per la profonda ricognizione e analisi quivi svolta.

<sup>148</sup> In effetti, come ha puntualmente notato F. DIMORA, *Commento all’art. 87*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova, Cedam, 2008, 778, «l’uso così poco frequente dei messaggi formali dipende anche in grande misura dalla pochissima considerazione che le forze politiche hanno riservato loro o dall’esito pressoché nullo di un atto che rischia così di esporre eccessivamente il Presidente della Repubblica, soprattutto quando tocca temi ritenuti di competenza degli organi rappresentativi». V. anche P. BISCARETTI DI RUFFIA, voce *Messaggio*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, Treccani, 1990, 3. Cfr., diffusamente, M.C. GRISOLIA, *Potere di messaggio ed esternazioni presidenziali*, Milano, Giuffrè, 1986, e, più di recente,

<sup>149</sup> V., ad esempio, G. MOTZO, *Il potere presidenziale di esternazione e di messaggio (appunti)*, in *Arch. giur.*, 1957, 28.

<sup>150</sup> D’altro canto, anche se non nominata l’insostenibilità costituzione pare affiorare in gran parte dei messaggi presidenziali sino ad oggi formulati: cfr. F. DIMORA, *op. e loc. ult. cit.* Come, tra l’altro, non ricordare [il messaggio del 17 settembre 1963](#) con il quale il Presidente Segni propose di sancire la non rieleggibilità del Capo dello Stato? Una fattispecie, questa su cui si è indugiato abbastanza in queste pagine: «la nostra Costituzione non ha creduto di stabilire la non immediata rieleggibilità del Presidente della Repubblica, ma mi sembra opportuno che tale principio sia introdotto nella Costituzione, essendo il periodo sufficiente a garantire una continuità nell’azione dello Stato»: 6). Opportuno o costituzionalmente sostenibile? Come non rammentare, poi, [il messaggio del 26 giugno 1991](#), nel quale il Presidente Cossiga, sollecitando un ampio intervento riformatore del testo costituzionale, lamentò tra l’altro l’affermazione di convenzioni contrarie allo “spirito” della legge fondamentale: 7). In questo caso, ad essere “insostenibile” era – almeno nelle intenzioni dell’artefice di tale messaggio – la stessa architettura istituzionale rispetto proprio ai principi fondamentali a vocazione sociale, che avrebbero imposto un aggiornamento della stessa forma di governo. Cfr. V. ONIDA, *L’ultimo Cossiga: recenti novità nella prassi della presidenza della Repubblica*, in *Quad. cost.*, 1992, 165 ss.

legittimità, ma svolta ad un livello superficiale, nel senso di consentire al Capo dello Stato di intercettare palesi e tangibili deviazioni rispetto al dettato costituzionale<sup>151</sup>.

Dichiarando costituzionalmente insostenibile una previsione legislativa licenziata dalle Camere il Presidente non travalicherebbe affatto i confini che circoscrivono questa attribuzione. Invero, una simile motivazione non trasmoderebbe in apprezzamenti di mera opportunità o convenienza secondo una certa visione politica, né tanto meno metterebbe in discussione il monopolio vantato dall'organo di giustizia costituzionale. Piuttosto, il Presidente concorrerebbe a favorire processi legislativi costituzionalmente sostenibili, prevenendo anomalie o torsioni rilevanti da questo punto di vista, interpretando il proprio ruolo di protagonista nella complessa opera di invero dei principi fondamentali a spiccata vocazione sociale<sup>152</sup>.

Quale *extrema ratio* il Presidente della Repubblica potrebbe sciogliere anticipatamente le Camere adducendo proprio l'insostenibilità costituzionale di azioni o omissioni contestate alle istituzioni parlamentari<sup>153</sup>. È il caso, dapprima analizzato, della mancata elezione dei giudici della Corte costituzionale a fronte di un'inerzia protratta nel tempo. Una simile motivazione potrebbe rendere inattaccabile la decisione del Capo dello Stato di fronte ad una omissione rispetto alla quale il meccanismo sanzionatorio basato sulla illegittimità non si rivelerebbe praticabile.

E un cambio di maggioranza "vistoso" rispetto all'esito della competizione elettorale? Il pensiero torna al 1994, quando l'inatteso dietrofront della Lega di Bossi determinò la crisi del primo esecutivo a guida Berlusconi. Non vi fu alcuno scioglimento, nonostante le pressioni del Presidente dimissionario. E il ribaltone così consumato alimentò un intenso dibattito anche in ambito scientifico<sup>154</sup>. Il ruolo del Capo dello Stato si è rivelato decisivo, dando così ragione a quanti interpretano il sistema costituzionale nel senso di lasciare a tale organo l'ultima parola<sup>155</sup>. Resta, comunque, sullo sfondo il dubbio che una deviazione sensibile rispetto all'itinerario tracciato dalle urne possa in qualche misura "stressare" il predetto sistema, specie ove si presti la dovuta (anche se non cieca) attenzione al principio della sovranità popolare nelle sue multiformi declinazioni e ricognizioni di senso sostanziale<sup>156</sup>.

---

<sup>151</sup> Cfr., quanto alla manualistica, per tutti A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2022<sup>5</sup>, 127. Per trattazioni organiche, anche alla luce dell'esperienza concreta, si rinvia a D. GALLIANI, *Il Capo dello Stato e le leggi*, I e II, Milano, Giuffrè, 2011; I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, Milano, Giuffrè, 2011; G. GALAZZO, 'Sembra che in tale guisa non si ottemperi'. *Il rinvio presidenziale nell'esperienza repubblicana*, Milano, Franco Angeli, 2022. V., anche, R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, in *Rivista AIC*, 2011, f. 1, 1 ss., e D. CASANOVA, *Il rinvio presidenziale delle leggi nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Nomos*, 2022, f. 1, 1 ss.

<sup>152</sup> Tornando alle correnti di pensiero che hanno aperto questo paragrafo, sul ruolo del Presidente degli Stati Uniti quale interprete della Costituzione v. J. PURDY, *Presidential Popular Constitutionalism*, in *Fordham Law Review*, 2009, 77, 4, 1837 ss. Così pure D.L. FRANKLIN, *Popular Constitutionalism as Presidential Constitutionalism*, in *Chicago-Kent Law Review*, 2006, 81, 3, 1069 ss.

<sup>153</sup> In argomento P. COSTANZO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari. I) Teoria e pratica dello scioglimento dalle origini al parlamentarismo razionalizzato*, Milano, Giuffrè, 1984, e ID., *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari. II) Studio sui presupposti e i limiti dello scioglimento nell'ordinamento repubblicano italiano*, Milano, Giuffrè, 1988, nonché S. LEONE, *Contributo allo studio dello scioglimento anticipato nel sistema costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2016.

<sup>154</sup> V., senza ambizione di completezza, le diverse posizioni assunte da E. BALBONI, *Scalfaro e la transizione: ha fatto quel che doveva*, in *Quad. cost.*, 1999, 390 ss., e da C. FUSARO, *Scalfaro e la transizione: non ha fatto quel che poteva*, *ivi*, 396 ss.

<sup>155</sup> V., ad esempio, A. BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, in *Rivista AIC*, 2011, f. 1, 6 s., dove afferma che il Presidente «ha poteri decisivi (si pensi allo scioglimento anticipato) la cui ampiezza e la cui incisività possono variare notevolmente in dipendenza della capacità/incapacità delle forze politiche di autoregolare il proprio avvicinarsi al Governo e nella maggioranza parlamentare». Invero, la Costituzione «ha voluto attribuire al Presidente della Repubblica tutti i poteri necessari per far sì che il sistema sia ben funzionante e per risolvere eventuali situazioni di crisi politica affinché non si trasformino in crisi costituzionali».

<sup>156</sup> Invero, secondo A. SPADARO, *Poteri del Capo dello Stato, forma di governo parlamentare e rischio di "ribaltone"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2010, 11, «il diritto costituzionale vivente dell'attuale forma di governo italiana non sembra ammettere la costituzione di un governo sostenuto da una maggioranza diversa da quella uscita dalle urne elettorali, salvo situazioni oggettivamente eccezionali. In tali contesti eccezionali (è il caso, per esempio, di uno stato di guerra, di un'emergenza terroristica, ma anche di una gravissima crisi economica globale) in effetti il Capo dello Stato

Per quanto ampia possa essere la portata applicativa della teorizzata categoria della sostenibilità costituzionale, forse non tutto il panorama degli accadimenti istituzionali può essere dalla stessa coperto, soprattutto – come nel caso di specie – in cui il fattore politico assume un ruolo assolutamente preponderante. È il ribaltone ad essere costituzionalmente insostenibile (così da giustificare uno scioglimento anticipato in ipotesi anche poco tempo dopo le elezioni) oppure è lo scioglimento stesso quando comunque le forze politiche presenti in Parlamento sarebbero in grado di dar vita ad una maggioranza di governo?

c) Quanto al Parlamento, organo in seno al quale si assumono tante determinazioni (e non solo legislative) idonee ad alimentare dubbi di (in)sostenibilità costituzionale, si può ipotizzare un arricchimento del ruolo già assegnato alla Commissione affari costituzionali, «cui spetta valutare, oltre alla conformità alla Costituzione, anche la coerenza con l'ordinamento»<sup>157</sup>. Ciò comporterebbe, ovviamente, un ripensamento della prassi e, ancor prima, una reinterpretazione delle norme regolamentari<sup>158</sup>.

d) E il popolo? Pur abbandonando l'idea di una visione organicista del soggetto titolare della sovranità, è possibile immaginare un ricorso popolare alla (in)sostenibilità costituzionale quale modalità democratica di presidio e inveroamento dei principi fondamentali?

La premessa più propizia al coinvolgimento non marginale del popolo nella pratica della sostenibilità costituzionale è quella che consente di ampliare la gamma dei soggetti legittimati a rendere vitale la Costituzione ed i suoi principi. Non più soltanto gli attori istituzionali che su diversi versanti assumono decisioni rilevanti da questo punto di vista, ma anche la stessa comunità qualificabile come popolo sovrano<sup>159</sup>.

Diversamente dagli altri potenziali soggetti che possono essere coinvolti, nel caso del popolo è proprio la difficoltà di individuare canali adeguati ed efficaci di trasmissione della sostenibilità costituzionale. Non è un caso se gli stessi fautori del costituzionalismo popolare siano spesso presi di mira proprio per le tante carenze e contraddizioni che si possono rinvenire sul versante operativo<sup>160</sup>.

E, così, lo strumento referendario o il diritto di petizione, e persino l'iniziativa legislativa, potrebbero consentire l'emersione di interpretazioni popolari della sostenibilità costituzionale<sup>161</sup>. Se non fosse che, per diverse ragioni e con differenti gradi di intensità, queste modalità di possibile inveroamento della categoria concettuale qui teorizzata rischiano di rivelarsi armi spuntate.

---

può costituire governi che potremmo definire di emergenza o di unità nazionale, più che “tecnici” in senso stretto: essi vedono sostanzialmente maggioranza e minoranze unite nel perseguimento di grandi finalità di risanamento e riforma, ove occorra anche del sistema istituzionale ed elettorale».

<sup>157</sup> L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, Il Mulino, 2008, 194. Cfr. anche L. D'ANDREA, *La Commissione affari costituzionali*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1992, 141 ss.; F. ZUCCHINI, *La Commissione affari costituzionali: gli effetti paralizzanti del mutamento*, in G. Capano, M. Giuliani (a cura di), *Parlamento e processo legislativo in Italia: continuità e mutamento*, Bologna, Il Mulino, 2001, 153 ss.; E. ALBANESI, *Pareri parlamentari e limiti della legge*, Milano, Giuffrè, 2010, 110.

<sup>158</sup> Si ricordi che ai sensi dell'art. 75 reg. Camera, la Commissione affari costituzionali esprime parere «sugli aspetti di legittimità costituzionale del progetto di legge». Cfr. pure l'art. 40 reg. Senato.

<sup>159</sup> Ed è proprio questa l'ambizione coltivata dai teorici del costituzionalismo popolare. Sull'ampliamento della platea degli interpreti del dettato costituzionale v. D.S. REED, *Popular Constitutionalism: Towards Theory of State Constitutional Meanings*, in *Rutgers Law Journal*, 1999, 30, 4, 871 ss.: questo A. coglie «a process often open to non-judicial actors who vie strategically against one another in a political competition to advance their understandings of state constitutional meanings» (875). La sostenibilità costituzionale può in effetti presentarsi anche in una operazione ermeneutica condotta sul testo costituzionale.

<sup>160</sup> Si pensi, ad esempio, a T. DONNELLY, *Making Popular Constitutionalism Work*, in *Wisconsin Law Review*, 2012, 1, 159 ss., che, per replicare a tali obiezioni immagina un'agenda di ampio respiro sia di rinnovamento civico che di riforma istituzionale, focalizzata sui problemi di paralisi legislativa, di trinceramento incombente e di apatia del cittadino, specie a fronte di un apparato giudiziario estremamente attivo. L'A. propone un riesame pubblico delle decisioni giudiziarie sotto forma di *People's veto*.

<sup>161</sup> Sulla legittimazione a sollevare un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato del Comitato promotore in quanto entità idonea «a dichiarare definitivamente la volontà della frazione del corpo elettorale titolare del potere di iniziativa referendaria», v. l'[ord. n. 172 del 2009](#).



Per scongiurare questo rischio, o quanto meno per contenerlo ragionevolmente, occorrerebbe nutrire tali meccanismi con l'ingrediente persuasivo potenzialmente più ricco e promettente, vale a dire l'opinione pubblica<sup>162</sup>.

L'opinione pubblica è uno dei pilastri della democrazia<sup>163</sup>. È, invero, di «solare evidenza» quanto essa sia «il fondamento sostantivo e operativo» della democrazia. La sovranità popolare è il principio di legittimazione della democrazia, ma «un sovrano vuoto, un sovrano che non sa e non dice, è un sovrano da nulla, un re di coppe». Stando così le cose, la democrazia è tanto un governo «di opinione» (che cerca e chiede il consenso dell'opinione pubblica), quanto un governo «consentito» (cioè, fondato sul consenso)<sup>164</sup>.

In quanto «opinione» essa si risolve nella formulazione di giudizi di valore, vale a dire apprezzamenti, riflessioni, prese di posizione in merito a fatti e comportamenti. In quanto «pubblica» l'opinione investe la comunità, la sfera quindi delle relazioni sociali, affrancandosi dalla mera dimensione individuale per raggiungere lo spazio della interazione tra consociati. Se la democrazia è valorizzazione del dubbio, e perciò luogo di scelte reversibili, l'opinione pubblica è il mezzo per esprimere questa incertezza, piuttosto che soffocarla. È, così, una virtù da assecondare per mitigare il rischio di decisioni frettolose, irragionevoli, sproporzionate, destinate quindi a sortire effetti pregiudizievoli non emendabili<sup>165</sup>.

L'opinione pubblica assolve la «funzione di consentire a tutti i cittadini un'attiva partecipazione politica, mettendoli nelle condizioni di discutere e di manifestare le proprie opinioni sulle questioni di pubblico interesse»<sup>166</sup>. È bello ricordare come già per Kant attraverso l'opinione pubblica si fa un «uso pubblico» della propria ragione<sup>167</sup>. Questa è così posta al servizio della comunità, non certo per promuovere la prevalenza di un indirizzo filosofico o politico o semplicemente per fare sfoggio di erudizione. In questo modo, la ragione si rivolge tanto al popolo, al fine di stimolarne la partecipazione alla vita politica del Paese, quanto alle istituzioni di governo, allo scopo di indicare nuove strategie da intraprendere per una più efficiente gestione della cosa pubblica.

Per come ricostruita in precedenza, la sostenibilità costituzionale ben si presta ad essere acquisita nell'armamentario retorico degli artefici dell'opinione pubblica. La kantiana ragione può essere intesa come diffusione presso la comunità dei principi fondamentali della Costituzione. Il riconoscimento di valore a questa opera di divulgazione critica e dialettica è il viatico verso una matura applicazione del metodo partecipativo, grazie al quale i consociati sviluppano le rispettive personalità in ambiente democratico sia come singoli sia nelle diverse formazioni sociali che operano in questo ambito, a cominciare dai partiti e dai sindacati.

Tutto ciò non ci esime dal prefigurare una insidia che si annida dietro l'opinione pubblica quale veicolo della sostenibilità costituzionale. In difetto di certezze, se non quelle strettamente ancorate alla quintessenza dei principi fondamentali più volte evocati, questa formula potrebbe favorire atteggiamenti strumentali e prevaricatori ad opera di quella ristretta minoranza che, disponendo dei relativi mezzi finanziari e culturali, è di fatto in grado di plasmare a proprio piacimento le diverse definizioni sostanziali della sostenibilità costituzionale. Pensiamo al *cascade model* elaborato da Deutsch per descrivere il processo di formazione dell'opinione pubblica, che polarizza l'attenzione

---

<sup>162</sup> Invero, revocando in dubbio la natura contromaggioritaria del *judicial review*, B. FRIEDMAN, *Mediated Popular Constitutionalism*, in *Michigan Law Review*, 2003, 101, 8, 2596 ss. studia il nesso che avvince, alla luce degli studi sociologici condotti in materia, le decisioni del giudice costituzionale all'opinione pubblica, nel senso che normalmente le prime riflettono gli orientamenti popolari.

<sup>163</sup> Su come essa si concretizza a seconda del tipo di assetto democratico in cui si inserisce v. M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, Roma, Editori riuniti, 1991, 72 s.

<sup>164</sup> Tutte le citazioni sono state prese da G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Bologna, Il Mulino, 1987, 166.

<sup>165</sup> Questa riflessione scaturisce dal «combinato disposto filosofico» di due fondamentali contributi: G. ZAGREBELSKY, *Il «crucifige!» e la democrazia*, Torino, Einaudi, 1995, e S. VECA, *Dell'incertezza*, Milano, Feltrinelli, 1997.

<sup>166</sup> N. MATTEUCCI, voce *Opinione pubblica*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Dizionario di politica*, Torino, Utet, 2014, 638.

<sup>167</sup> I. KANT, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, in *Berlinische Monatsschrift*, 1784, trad. it., *Risposte alla domanda: Che cos'è l'Illuminismo?* in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, Utet, 1963.

sull'eloquenza quale modalità narrativa e discorsiva a disposizione del ceto intellettuale dominante<sup>168</sup>. I primi livelli di formazione del pensiero e, quindi, dell'opinione pubblica vedono protagonisti in questo modello i membri delle élites (politiche, economiche, sociali). Questa cerchia ristretta finisce col rivolgersi ad un «pubblico fantasma»<sup>169</sup>, che passivamente assorbe valutazioni, invettive, narrazioni, senza restituire alcunché, al limite lasciando spazio soltanto a reazioni istintive, spesso colleriche. Il paventato rischio può essere circoscritto solo favorendo quelle che Sartori ha definito le «retroazioni di risalita»<sup>170</sup> che permeano un sistema di interazioni reciproche, ossia circolari, caratterizzanti un'autentica dinamica democratica dell'opinione pubblica.

Una matura attivazione dei canali dell'opinione pubblica, autenticamente informata al principio democratico, può saldare la sostenibilità costituzionale alla rappresentanza politica, sì che quest'ultima divenga essa stessa custode della *fundamental law*. E ciò è tanto più vero e urgente in un momento, quale quello attuale, in cui la crisi del rappresentato ha raggiunto livelli mai toccati in passato<sup>171</sup>. Burdeau distinse democrazia governata (quella che funziona e si manifesta tramite l'azione dei rappresentanti) e democrazia governante (il popolo che decide)<sup>172</sup>. Anche in un assetto politico che si riconosce nella rappresentanza la democrazia può divenire, di fatto, governante quando il popolo riesce, in misura consistente, a influenzare i processi decisionali. In questo caso, si assiste ad una «massimizzazione della sovranità del *demos*»<sup>173</sup>.

Ebbene, quanto più forte ed incisiva si rivela l'opinione pubblica, tanto maggiore risulterà l'approssimazione alla democrazia governante pur in un ordinamento che ha preferito il modello della rappresentanza. E l'evocazione della sostenibilità costituzionale, quale inedita ma pur sempre qualificata modalità di valutazione delle diverse decisioni assunte dal potere politico, non può che puntellare questo processo di massimizzazione.

---

<sup>168</sup> Cfr. K.W. DEUTSCH, *The Analysis of International Relations*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1968, trad. it., *Le relazioni internazionali*, Bologna, Il Mulino, 1970.

<sup>169</sup> W. LIPPMANN, *The Phantom Public*, New York, Transaction Publishers, 1925.

<sup>170</sup> G. SARTORI, *op. cit.*, 170.

<sup>171</sup> Uno dei sintomi della attuale crisi del rappresentato è proprio la difficoltà di esprimere una opinione pubblica democraticamente efficiente: v., in particolare, M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 2001, 117 ss.

<sup>172</sup> Cfr. G. BURDEAU, *Traité de Science politique*, VI, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956. V. anche, ID., *La démocratie. Essai synthétique*, Bruxelles, Office de Publicité, 1956, 30 ss.

<sup>173</sup> G. SARTORI, *op. cit.*, 196.

**Mariangela Atripaldi**

**La lotta per l'uguaglianza: l'itinerario percorso da Lodovico Mortara  
nella "prolusione pisana" del 1889\***

**ABSTRACT:** *The prologue to the Constitutional Law course entitled 'The Struggle for Equality' given by Lodovico Mortara at the University of Pisa for the academic year 1888/89, offers a contribution to Constitutional reflections, to the general theory of law and political science, and also provides a framework for the evergreen debate on inequality.*

*This article will identify the reasons that prompted Lodovico Mortara in his Pisan lecture to identify the different areas of scientific reflection in the legal field, allowing the interpreter to contrast the 'apoliticality' and 'stability' of the private law field with the 'political' and 'dynamicity' of the constitutionalist field.*

*Lodovico Mortara also argues that constitutional law encompasses not only the study of fundamental concepts of public law, but also the examination of Italian political institutions and the way they function, in comparison with those of other major states in the world. The further itineraries of this essay will be aimed at determining the motivations that do not allow the principle of equality in law to realize equality in fact, also offering a contribution to scholars in the interpretation of Article 3 of the Italian Constitution of 1947. Equally relevant will be the analysis aiming to verifying the actual realization of the principle of equality in certain activities carried out by Lodovico Mortara, as a judge and as a politician.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il ruolo delle discipline costituzionalistiche e di quelle privatistiche nella interpretazione dei fenomeni giuridici. – 3. L'idea dell'uguaglianza di diritto tra fatto e utopia. – 4. Uguaglianza di diritto e uguaglianza di fatto. – 5. I diritti delle donne e la parità di genere nell'attività di giudice e di politico di Lodovico Mortara. – 6. Quali "linee guida" per il corso di Diritto Costituzionale

### 1. Introduzione

La prolusione al corso di Diritto Costituzionale tenuta da Lodovico Mortara<sup>1</sup> presso l'Università di Pisa per l'a.a. 1888/89 offre alla riflessione costituzionalistica un complesso di valutazioni che, anche nel contesto dell'oggi, acquista una particolare rilevanza<sup>2</sup>.

Si è, infatti, in presenza di un contributo che, per i risultati raggiunti, avrebbe dovuto meritare una maggiore considerazione ma, dinanzi al continuo divenire dei processi storici, l'opera degli studiosi talvolta «rimane solo come un monumento dell'alto ingegno di chi la compiva, non come utile fondamento alle costruzioni scientifiche dei nepoti»<sup>3</sup>. Tutto ciò solo perché quel «che avevano studiato, scompare d'un tratto dalla vita; ed i pensatori delle successive generazioni si trovano» di fronte a situazioni progressivamente nuove e diverse<sup>4</sup>.

Il merito di aver contribuito a far conoscere «l'altezza morale e intellettuale» di uno studioso come Lodovico Mortara lo si deve a Salvatore Satta che, nel 1968, ha deciso di «riaprire il grande libro» di Mortara<sup>5</sup>, con la consapevolezza che il suo contributo scientifico non era limitato esclusivamente alla scienza e alla storia del processo ma era anche destinato ad offrire non «poche cose» alla costruzione di istituti fondamentali della scienza giuridica<sup>6</sup>.



<sup>1</sup> Ordinario di Procedura civile e ordinamento giudiziario, Mortara fu incaricato, per l'a.a. 1888/89, dello svolgimento del corso di Diritto costituzionale.

<sup>2</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza, Prolusione al corso di Diritto Costituzionale fatto per incarico nell'Università di Pisa*, ora in *Quaderni Fiorentini*, 19, Milano, 1990, 145 ss.

<sup>3</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 146.

<sup>4</sup> V. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 146.

<sup>5</sup> Sul punto, v. S. SATTA, *Attualità di Lodovico Mortara*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, 459.

<sup>6</sup> Cfr., sul punto, F. CIPRIANI, *Le "poche cose" e la lunga vita di Lodovico Mortara*, in *Quaderni Fiorentini*, 19, Milano, 1990, 85 ss.

Successivamente, il pensiero di Lodovico Mortara è stato studiato anche da Franco Cipriani che ha preso in considerazione non solo le pagine autobiografiche di Lodovico Mortara e gli appunti biografici scritti da suo figlio Giorgio<sup>7</sup>.

Si è in presenza di un insieme di “materiali” che Cipriani utilizza anche al fine di individuare le ragioni della scelta operata dal Mortara nel 1902 di abbandonare la facoltà giuridica napoletana per passare alla magistratura come consigliere della Corte di cassazione di Roma<sup>8</sup>. Una scelta, che secondo Cipriani, fu progettata per «conservare il primato scientifico; spaziare al di sopra delle scuole controllando dall’alto» «l’evoluzione della scienza processuale in Italia; legiferare e amministrare la giustizia in Roma e da Roma [...]»<sup>9</sup>.

Un ulteriore contributo per la conoscenza di una complessa personalità come quella di Lodovico Mortara è stato offerto anche da Alessandro Pizzorusso che, nella prefazione al volume destinato soprattutto alla ripubblicazione dello “Stato moderno e la giustizia” del 1885, dedica alcune riflessioni sull’«uomo di scienza», sul «giurista pratico», sullo «scrittore fecondissimo», sull’«uomo politico»<sup>10</sup>.

Così come è stato giustamente rilevato, fra le tante «cose minori» di Lodovico Mortara, è quanto mai opportuno soffermarsi su «quella che è forse la più importante e nel contempo la più ingiustamente dimenticata, la prolusione pisana [...]»<sup>11</sup>.

Si tratta invero di una pubblicazione che offre alcuni significativi contributi alla riflessione costituzionalistica, alla teoria generale del diritto e alla scienza politica, determinando, altresì, un quadro di riferimento per il dibattito sempre vivo sulle disuguaglianze che anche oggi è all’attenzione degli studiosi<sup>12</sup>.

Alcuni di questi contributi sono, peraltro, già stati presi in considerazione nello studio “lo Stato moderno e la giustizia”<sup>13</sup> ritenuto giustamente dal Satta «molto importante per capire ciò che Mortara ha rappresentato nella storia della scienza»<sup>14</sup>. Una riflessione che consentì a Calamandrei di sostenere che Mortara «è arrivato allo studio del processo civile non salendovi dal diritto privato ma scendendovi dal diritto costituzionale [...]»<sup>15</sup>.

Al tal fine basterebbe soffermarsi sulla funzione che la prolusione pisana attribuisce al fatto nella interpretazione dei fenomeni giuridici. C’è la consapevolezza che «la scienza del diritto, sia

---

<sup>7</sup> Su questi dati si è fatta strada in F. Cipriani «l’idea di mettere insieme una sorta di tetralogia: il saggio del figlio sul padre; l’elenco, amorevolmente compilato dal nipote, dei pareri del nonno; l’elenco, piuttosto impegnativo, delle ‘poche cose’ (sic!) scritte da Lodovico Mortara nella sua lunga vita; e queste mie pagine a mo’ di introduzione, sì da offrire al lettore un quadro non certo completo (mancano ancora le infinite recensioni scritte per 45 anni sulla *Giur. it.* e le sentenze redatte come magistrato), ma almeno largamente indicativo della personalità e delle opere di Lodovico Mortara»: cfr. F. CIPRIANI, *Le “poche cose” e la lunga vita di Lodovico Mortara*, cit., 87.

<sup>8</sup> Il dibattito sulla individuazione della scelta operata dal Mortara ha coinvolto diversi studiosi. Su questi aspetti si rinvia alle considerazioni offerte dal Cipriani e alla sua ampia bibliografia: cfr. F. CIPRIANI, *Le “poche cose” e la lunga vita di Lodovico Mortara*, cit., 85 ss. Sul punto v. anche le considerazioni di Salvatore Satta che ipotizza una connessione tra due avvenimenti contemporanei «l’avvento di Chiovenda e del suo diritto processuale civile, è il passaggio di Mortara alla Magistratura»: v. S. SATTA, *Attualità di Lodovico Mortara*, cit., 466.

<sup>9</sup> Cfr. F. CIPRIANI, *Le “poche cose” e la lunga vita di Lodovico Mortara*, cit., 101.

<sup>10</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, *Prefazione*, in L. Mortara, *Lo Stato moderno e la giustizia*, Napoli, 1992, 7.

<sup>11</sup> Cfr. F. CIPRIANI, *Le “poche cose” e la lunga vita di Lodovico Mortara*, cit., 87.

<sup>12</sup> Sul tema della disuguaglianza in tutte le sue molteplici forme e dimensioni, la letteratura è molto ampia. Si rinvia, fra gli altri, ad Associazione Italiana dei Costituzionalisti (cur.), *Eguaglianza e discriminazione nell’epoca contemporanea*, Atti del XXXIV Convegno annuale di Bergamo, 15-16 novembre 2019, Napoli, 2021, e alla bibliografia ivi cit.; cui adde A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte dell’uguaglianza*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), n. 3/2019, 9 ss.; A. DEFFENU, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, Torino, 2012; C. COLAPIETRO, *Il contenuto multiforme del principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, in G. Dalla Torre e C. Mirabelli (curr.), *Le sfide del diritto*, Soveria Mannelli, 2009, 11 ss.; C. ROSSANO, *L’eguaglianza giuridica nell’ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966.

<sup>13</sup> Cfr. L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, ora pubblicato in *Lo Stato moderno e la giustizia*, con Prefazione di A. PIZZORUSSO, cit.

<sup>14</sup> Cfr. S. SATTA, *Attualità di Lodovico Mortara*, cit., 461.

<sup>15</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *Lodovico Mortara*, in *Opere giuridiche*, X, Napoli, 1978, 156.

pubblico o sia privato, non può avere consistenza se non nei fatti; è dai fatti che la regola giuridica deve essere dedotta, se ha da rendersi capace di applicazione ad essi, per dirigerli e disciplinarli»<sup>16</sup>.

In altri termini, ci sono anticipazioni di quelle teorie che ritengono che il diritto non si esaurisca esclusivamente nelle norme<sup>17</sup>. Il tutto per giungere alla conclusione che, nell'interpretazione del fenomeno giuridico, il fatto è un punto di riferimento rilevante e che anzi «fatto e norma sono inscindibilmente legati, nascono, per così dire, in simbiosi»<sup>18</sup>.

È evidente che in questo contesto vanno ricordati soprattutto gli studi di Santi Romano sull'ordinamento giuridico<sup>19</sup>.

Il riconoscimento del ruolo del fatto accanto alla norma come un dato dell'esperienza giuridica emerge, peraltro, in tutta l'attività giudiziaria che successivamente viene svolta dal Mortara<sup>20</sup>, in quanto la giustizia non è «soltanto accertamento del diritto soggettivo azionato nel processo, ma è tensione continua dell'ordinamento medesimo verso l'uguaglianza di fatto tra le persone»<sup>21</sup>.

Le considerazioni svolte in via introduttiva consentono di programmare i successivi sviluppi di questo contributo. Verranno, innanzitutto, individuate le ragioni che hanno spinto Lodovico Mortara a identificare i diversi settori della riflessione scientifica del campo giuridico, permettendo di contrapporre la «apoliticità» e la «stabilità» della materia privatistica alla «politicalità» e alla «dinamicità» del settore costituzionalistico.

I risultati raggiunti da questo impianto consentiranno di portare l'attenzione al tema centrale della prolusione pisana: l'individuazione del principio di eguaglianza di diritto di tutti gli uomini anche per comprendere il processo storico cui deve imputarsi la nascita del principio, riconoscendo soprattutto un ruolo fondamentale alle rivoluzioni americana e francese, ma senza cadere nell'errore di ritenere che «le rivoluzioni abbiano prodotto il principio dell'uguaglianza quasi per generazione spontanea»<sup>22</sup>. L'assunto è dimostrato dall'Autore con una profonda analisi storica così da poter affermare che il principio corrisponde ad un fatto e non ad una mera utopia.

Questa analisi ha anche la finalità di verificare le cause che determinano le situazioni di disuguaglianza e di ricercare gli strumenti per neutralizzarle, consentendo la vittoria del principio dell'uguaglianza di diritto fra gli uomini.

Invero, secondo Mortara, la determinazione delle situazioni di disuguaglianza è imputabile alla legge universale della lotta per la esistenza, alla quale obbediscono sia gli individui isolati, sia le collettività umane e, quindi, gli Stati.

Contro queste situazioni sono riconosciute due armi diverse: la forza fisica e quella intellettuale.

È evidente che è la prevalenza della forza intellettuale che può consentire la realizzazione del principio della uguaglianza di diritto.

Gli ulteriori itinerari di riflessione di questo contributo saranno destinati a determinare le motivazioni che non concedono al principio dell'uguaglianza di diritto di realizzare una uguaglianza di fatto, offrendo anche un apporto agli studiosi nella interpretazione dei dati espressi dall'art. 3 della Costituzione italiana del '47.

---

<sup>16</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 150.

<sup>17</sup> Sembra quindi di leggere alcune considerazioni emerse nelle pagine di studiosi come Giuseppe Guarino. Cfr. G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, ristampa, Napoli, 1990, 255.

<sup>18</sup> Cfr. G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, cit., 256.

<sup>19</sup> Sul punto, si vedano in particolare i contributi nel volume di M. Mazzamuto, S. Romano (curr.), *L'ordinamento giuridico (1917-2017): la fortuna della teoria romaniana dell'ordinamento dalla sua pubblicazione ai tempi nostri nelle varie aree disciplinari*, Palermo, 24-25 novembre 2017, Napoli, 2020. Oltre agli studi del Romano sull'ordinamento giuridico è opportuno richiamare «precedentemente le affermazioni della scuola storica e poi le teorie istituzioniste francesi, le teorie che riconoscono la necessità, l'istaurazione di fatto e simili e le norme convenzionali come fonti del diritto, e quelli recenti indagini sul diritto che hanno capovolto molte delle posizioni tradizionali spostando l'attenzione dalla norma all'azione»: cfr. G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, cit., 255.

<sup>20</sup> Cfr. P. SPAZIANI, *L'idea del diritto vivente nella lezione dei Patres sulla capacità giuridica delle donne, una eredità concettuale che l'interprete del XXI secolo non deve disperdere*, in *Il diritto vivente*, 2 novembre 2020.

<sup>21</sup> Cfr. P. SPAZIANI, *L'idea del diritto vivente nella lezione dei Patres sulla capacità giuridica delle donne, una eredità concettuale che l'interprete del XXI secolo non deve disperdere*, cit., 4.

<sup>22</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 148.

Altrettanto rilevante sarà l'analisi volta a verificare l'effettiva realizzazione del principio di eguaglianza in alcune attività espletate da Lodovico Mortara, come giudice e come politico.

In via conclusiva, saranno programmate le prospettive che Mortara individua per il suo corso di Diritto Costituzionale che, nell'interessarsi anche allo studio della scienza politica, non potrà riguardare la forza materiale quale «signore del passato» e la forza intellettuale quale dominatrice dell'avvenire ma dovrà riguardare il presente dove «si combatte la loro lotta».

## *2. Il ruolo delle discipline costituzionalistiche e di quelle privatistiche nella interpretazione dei fenomeni giuridici*

Lodovico Mortara, lo studioso dei problemi della giustizia sia in riferimento alla tematica processualistica, sia a quella ordinamentale, già nel lavoro “lo Stato moderno e la giustizia” del 1885 aveva cercato di inquadrare tali problemi nel sistema generale del diritto pubblico<sup>23</sup>.

Nella prolusione pisana aveva la consapevolezza che l'insegnamento del diritto costituzionale è estremamente importante soprattutto nella ripartizione degli studi giuridici del tempo. Invero, sosteneva che il diritto costituzionale comprendesse non solo lo studio dei fondamentali concetti del diritto pubblico, ma anche «l'esame delle istituzioni politiche italiane e del loro modo di funzionare, in comparazione con quelle degli altri principali Stati del mondo»<sup>24</sup>.

D'altra parte, lo studioso del processo non poteva limitarsi alla «analisi degli atti di procedura e delle loro forme» o alla «discussione arida delle fattispecie contenziose»<sup>25</sup>, ma doveva «risalire alle ragioni somme della giustizia», che si possono comprendere soltanto facendo «indagini accurate e profonde su le discipline del diritto pubblico, dove hanno radici l'essere e l'agire della giustizia...»<sup>26</sup>.

Questa analisi doveva costituire «aspirazione e meta suprema della civile convivenza»<sup>27</sup>.

Un quadro di valutazioni che veniva maggiormente evidenziato confrontando l'area costituzionalistica con quella privatistica che consentiva all'Autore di porre le basi che venivano sviluppate dalla successiva riflessione costituzionalistica. Mentre l'area privatistica presenta una notevole stabilità per cui i rapporti privati non comportano uno studio profondo delle situazioni fattuali, l'area giuspubblicistica è determinata da un continuo divenire, spronando lo studioso a sottoporre la struttura sociale ad un'analisi sistematica.

Come già si è evidenziato, la riflessione di Lodovico Mortara offre un complesso di indicazioni che hanno consentito alla dottrina di raggiungere, in epoca successiva, risultati quanto mai significativi.

In questo ambito si segnalano soprattutto le riflessioni sulle analisi di metodo condotte da quegli studiosi volte ad identificare gli strumenti interpretativi del fenomeno giuridico nei diversi campi dove il comportamento della dottrina è certamente funzionale alle esigenze delle materie da studiare<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, *Prefazione*, in *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., 9.

<sup>24</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 145.

<sup>25</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 145.

<sup>26</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 145. Peraltro, come si è evidenziato, si è in presenza di assunti, già anticipati nel volume “Lo Stato moderno e la giustizia”. In quella sede, Mortara sostiene che non bisogna dire «che l'interno ordinamento della magistratura non è disciplina che appartenga al diritto pubblico bensì al giudiziario. Questa separazione di confini, da molti accolta [...] noi pensiamo che si debba cancellare del tutto. In però che, se la base fondamentale dell'edificio, ossia la ragione giuridica del sovrano ufficio alla magistratura spettante, proviene dal diritto pubblico, è agevole capacitarsi come i criteri direttivi di questa scienza non debbano ne possono venir esiliati allorché si tratta di regolare gli organi ed il modo di esercizio di codesta parte della sovranità, pur tenendo conto eziandio del diritto giudiziario in quanto esso addita e rischiera i pratici bisogni a cui vuole essere data soddisfazione, e le vie più accorte per cui si arriva a questo intento»: cfr. L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., 67.

<sup>27</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 145.

<sup>28</sup> Su questi aspetti si rinvia, fra gli altri, a G. GUARINO, *Lo scioglimento delle Assemblee Parlamentari*, cit., 255 ss.

L'area privatistica è nella sua complessità sostanzialmente apolitica tanto da sembrare in uno stato di immensa stabilità. Ne consegue che nelle materie di questa area non si produce un mutamento totale e che l'adeguamento alle nuove situazioni avviene non attraverso capovolgimenti e rivoluzioni ma con una graduale evoluzione<sup>29</sup>.

In contrapposizione l'area costituzionalistica non appare come apolitica ma come la sede del diritto politico per eccellenza<sup>30</sup>.

L'immediata conseguenza di questa diversa natura dell'area costituzionalistica determina un diverso ruolo da affidare alla riflessione scientifica che, come già si è detto, deve sottoporre la struttura sociale ad una ricostruzione sistematica che comporta un atteggiamento decisamente attivo dell'interprete in quanto sono continui ed improvvisi i mutamenti del corpo sociale.

Gli istituti di diritto costituzionale, anche se talvolta sembra che trovino la loro legittimità nel passato, sono decisamente «collegati al presente, così preoccupati di vigilare e fare fronte alla situazione ogni giorno cangiante, che non sentono tradizione»<sup>31</sup>.

Correttamente Mortara evidenziava che le difficoltà che emergono nella vita sociale si riproducono parimenti nella scienza politica, nella quale se «sono state maggiori le incertezze, più numerose ed ardenti» saranno «le discussioni, più profondi i dissidi»<sup>32</sup>.

L'interprete, in altri termini, può trovarsi improvvisamente dinanzi a situazioni inedite, che non hanno alcun collegamento con quelle precedenti con la conseguenza di dover individuare delle norme del tutto nuove<sup>33</sup>.

### 3. *L'idea dell'uguaglianza di diritto tra fatto e utopia*

Il tema centrale della prolusione pisana è finalizzato alla individuazione del principio di uguaglianza di diritto fra tutti gli uomini.

In una ricostruzione delle trasformazioni più solenni e decisive dell'organizzazione politica della società e della dottrina dello Stato, Lodovico Mortara individuava l'idea dell'uguaglianza di diritto di tutti gli uomini «una idea semplice e sublime, latente per lo innanzi nella coscienza della umanità, intraveduta e timidamente od incompletamente enunciata da qualche solitario pensatore, da robusti ingegni dichiaratamente avversata, nel fatto dovunque spregiata e rinnegata»<sup>34</sup>. Una idea che l'Autore riteneva non determinata certamente dalla rivoluzione inglese, che pure sul piano dei fatti e dei principi aveva segnato il trionfo dell'idea della libertà politica, con la quale si rivendica alla nazione la sovranità, sottraendola al patrimonio del singolo uomo, ma con una organizzazione della società «gravata da tutto il peso delle tradizioni medioevali» con «la divisione delle classi fondata sui criteri feudali della nascita e della proprietà»<sup>35</sup>.

Questo principio era invece imputabile alle rivoluzioni americana e francese, espressamente presenti «nelle dichiarazioni di indipendenza o nelle costituzioni dei vari Stati che formarono il primo nucleo dell'Unione Americana», ma soprattutto nell'azione della Rivoluzione francese dove il concetto era emerso più puro e perfetto.

---

<sup>29</sup> «Anche avvenimenti così grandiosi e sconvolgenti come la caduta dell'impero romano e l'istaurazione del feudalesimo, la rivoluzione francese, la rivoluzione industriale, la rivoluzione bolscevica non hanno impedito che molti rapporti rimanessero regolati con le stesse norme scoperte dalla giurisprudenza romana»: così G. GUARINO, *Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari*, cit., 263.

<sup>30</sup> «Le norme costituzionali portano la responsabilità ed il peso di tutto l'ordinamento, costituiscono il punto di riferimento dove tutte le forze sociali direttamente o indirettamente confluiscono; sono quindi sottoposte a tensione altissima ed obbligate ad adattarsi con mutamenti continui agli improvvisi mutamenti del corpo sociale»: così G. GUARINO, *Lo scioglimento delle Assemblee Parlamentari*, cit., 267.

<sup>31</sup> Cfr. G. GUARINO, *Lo scioglimento delle Assemblee Parlamentari*, cit., 267.

<sup>32</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 162.

<sup>33</sup> Cfr. G. GUARINO, *Lo scioglimento delle Assemblee Parlamentari*, cit., 268.

<sup>34</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 147.

<sup>35</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 147.

La diversa valutazione del ruolo della Rivoluzione americana era giustificata dall'azione di contrasto determinato da «un istituto che è la più barbara negazione dell'uguaglianza, la schiavitù»<sup>36</sup>.

In questo contesto, comunque, c'era la convinzione che i processi rivoluzionari non avessero prodotto la nascita del principio spontaneamente. Un dato che è messo in evidenza anche da Santi Romano che, nel discorso per l'inaugurazione per l'a.a. 1909 nella Università di Pisa, faceva riferimento alla esistenza di quei principi e di «quegli istituti, che sono un'immediata e diretta emanazione delle nuove forme di struttura sociale, che, se si manifestarono e s'imposero con le vie rivoluzionarie, non è, ciò non di meno, dubbio, che vennero maturandosi con un lento e secolare processo, di cui la rivoluzione non fu che il momento culminante e decisivo»<sup>37</sup>.

Inoltre, se è vero che le «bollenti passioni della epoca rivoluzionaria sono ormai da tempo sedate», il principio aveva decisamente inciso nelle «organizzazioni politiche dei popoli civili», nella dottrina moderna dello Stato<sup>38</sup>.

Ma l'analisi condotta da Lodovico Mortara acquista maggiore incisività allorché andava alla ricerca del fatto che aveva determinato la nascita delle situazioni di disuguaglianza e alla individuazione delle armi di offesa e difesa utilizzate. Il fatto cui si faceva riferimento è la legge universale della lotta per l'esistenza alla quale, al pari di tutti gli esseri viventi sulla terra, obbedisce l'uomo, una legge che si concretizza «nella aspirazione costante del proprio miglioramento» cui si indirizza «lo sforzo della sua operosità». Tutto ciò muovendosi anche «senza scrupolo sulla vita e la libertà degli altri uomini, quando lo consideri utile mezzo per servire alla prosperità sua»<sup>39</sup>.

Si è in presenza di una legge alla quale obbediscono sia gli uomini in quanto isolati, quanto anche le stesse comunità umane. Sono gli stessi insegnamenti della storia che evidenziano come la lotta per l'esistenza produce disuguaglianze anche fra le comunità, e quindi fra gli Stati, determinando a loro volta nuove disuguaglianze e nuove cause di lotta. Ne consegue secondo Mortara che «la politica ... è l'arte di soddisfare a qualunque prezzo l'avidità della dominazione»<sup>40</sup>.

Uno «stato di guerra» quanto mai complesso dove il dispotismo è il primo e più visibile effetto in tutte le sue manifestazioni<sup>41</sup>, tanto che alla fine emergeva, soprattutto nella filosofia pessimistica, la convinzione che l'uguaglianza è impossibile fra gli uomini e che il solo fondamento del diritto è la ragione del più forte, con la immediata conseguenza di considerare il principio non un fatto ma una pura utopia<sup>42</sup>.

---

<sup>36</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 148.

<sup>37</sup> Cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico nella Regia Università di Pisa, letto il 4 novembre*, Pisa, 1909, 6. Sulla prolusione pisana di Santi Romano, la bibliografia è molto estesa. Si confronti, fra gli altri, S. CASSESE, *La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato moderno e il suo tempo in Le carte e la storia*, n. 1, 2012, 5 ss., intervento a conclusione della giornata di studio su «Lo Stato moderno e la sua crisi» a un secolo della Prolusione pisana di Santi Romano, organizzata dal Consiglio di Stato e dalla Associazione dei Costituzionalisti, Roma, Palazzo Spada, 30 novembre 2011, oggi; A. MUSUMECI, *Santi Romano un giurista fra due secoli*, in I. Biocchi, L. Loschiavo (curr.), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma, 2015, 336.

<sup>38</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 149.

<sup>39</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 151, il quale inoltre sostiene che le «forze dell'uomo crescono nella lotta e le sue armi si affinano in essa; il soddisfacimento dei bisogni attuali ne genera dei nuovi; quanto più grande è il miglioramento ottenuto, tanto più si allarga il campo delle successive aspirazioni; e la meta delle bramate conquiste si fa sempre più lontana».

<sup>40</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 153.

<sup>41</sup> Nella determinazione delle forme e delle gradazioni del dispotismo il Mortara fa riferimento al «potere assoluto sullo Stato usurpato da una dinastia o da una casta», al «favore delle condizioni più propizie al consolidamento della sua presenza»; alla «predominanza di una classe sull'altra, per la forza delle armi o per quella del possesso territoriale»; alla «divisione della società che non ha nulla da invidiare a quella dei popoli indiani»; «poiché in tutto l'antico evo ed in quello di mezzo vi furono in Europa classi di esseri umani a cui dai più forti era negata la stessa umana personalità»: cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 152 ss.

<sup>42</sup> Il che «conduce tanto numero di autorevolissimi pensatori a concludere per l'impossibilità di erigere la dottrina dello Stato sulla base dell'uguaglianza di diritto degli uomini, considerando sognatori quelli che si ostinano a vagheggiarne il generoso divisamento»: cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 150.



Dinanzi a questo scenario, l'analisi di Lodovico Mortara intravedeva quali sono le possibili armi di offesa e di difesa che l'uomo ha nella lotta per l'esistenza. Sono due le forze che agiscono come armi di offesa e di difesa per il raggiungimento dei bisogni materiali dell'uomo: le forze fisiche e quelle intellettuali. Vengono innanzitutto utilizzate le forze fisiche, mentre quelle intellettuali entrano in scena «grado a grado» al fine di «fornire o perfezionare le armi della offesa e della difesa brutale»<sup>43</sup>.

Inizia un processo di lotta fra le due forze, con una tendenza delle forze della ragione a voler prevalere su quelle della materia.

Il «risorgimento della cultura intellettuale, che segnò la fine inevitabile del medioevo, fu la prima squilla annunciatrice dei tempi nuovi»<sup>44</sup>. È altresì evidente, come già anticipato, che lo sviluppo della forza intellettuale dovesse avvenire in maniera progressiva e non pariforme, distendendosi ed infiltrandosi «per tutti gli strati della società»<sup>45</sup>.

Un contesto che evidenziava altresì l'azione della forza bruta che può essere anzi «un'arma di lotta necessaria, sia rispetto alle classi inferiori, sia nelle relazioni internazionali»<sup>46</sup>.

Tutto ciò perché il prevalere di una forza su di un'altra non comporta l'esclusione della lotta ma modifica soltanto le condizioni. Un dato quest'ultimo valutato dalla maggior parte dei giuristi e dei sociologi che ritengono che tali situazioni determinino un diverso giudizio sulla effettività del principio di uguaglianza, tale da considerarlo una mera utopia.

È altresì evidente che l'utilizzo della forza intellettuale deve avvenire senza «eccedere dai giusti confini»<sup>47</sup>. Se, ad esempio, l'utilizzo della forza intellettuale consente la nascita di una aristocrazia del pensiero finalizzata ad un proprio beneficio per dar vita ad una casta o ad una dinastia dominante con lo scopo di sostituire quella dei principi e dei grandi feudatari, tutto ciò comporterà una rivincita della forza materiale per riaffermare il suo dominio<sup>48</sup>.

In altri termini la prospettiva della forza intellettuale è quella di tutelarsi dal pericolo di abusare di se stessa e di distruggersi a causa dell'abuso.

Alla fine di questo percorso ricostruttivo Mortara riteneva che la vittoria della forza intellettuale, sia pur limitata, su quella materiale comporta il «trionfo del principio dell'uguaglianza di diritto»<sup>49</sup>.

#### 4. Uguaglianza di diritto e uguaglianza di fatto

Questa parte dell'analisi di Lodovico Mortara è stata giudicata quanto mai attualissima tanto da essere considerata come «la direttiva alla quale si ispirarono i costituenti», più che un commento dell'art. 3 della Costituzione italiana<sup>50</sup>.

---

<sup>43</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 154.

<sup>44</sup> Cfr. L. Mortara, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 154.

«Le meravigliose scoperte dell'età moderna, a cominciare da quelle che rischiararono la generale conoscenza dell'universo e di ciò ch'è in esso il nostro pianeta, venendo a tutte le innumerevoli conquiste della scienza, poste al servizio dell'industria, del commercio, della istruzione, conferirono, progressivamente alla forza intellettuale un siffatto grado di autorità e una siffatta potenza di mezzi d'azione, da bastare essa sola per garantire il trionfo immancabile dell'uomo, nella lotta che egli deve sostenere per lo svolgimento delle sue facoltà e per il miglioramento del suo essere».

<sup>45</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 155.

<sup>46</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 155.

<sup>47</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 157.

<sup>48</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 158. L'Autore ritiene che per «non creare adunque ipotesi capricciose e prive di senso pratico, siamo in dovere di immaginare una società composta di membri non ugualmente dotti, non ugualmente saggi, ma nella quale però l'altezza della coltura toccando un apice elevatissimo in alcuni individui vada lentamente e quasi insensibilmente disgradando per i vari strati del corpo sociale, di guisa che la scala dell'incivilimento proceda dall'imo al sommo per breve corso, senza salti e senza interruzione di gradi. Per una società cosiffatta è solamente ammissibile la concezione del dominio puro ed incontrastato della forza intellettuale».

<sup>49</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 157.

<sup>50</sup> Cfr. F. CIPRIANI, *Le "poche cose" e la lunga vita di Lodovico Mortara*, cit., 105.

Dopo aver sostenuto con fermezza la tesi secondo la quale l'uguaglianza di diritto è determinata dalla vittoria della forza intellettuale, il Mortara si poneva come prospettiva di valutare il rapporto tra l'uguaglianza di diritto e l'uguaglianza di fatto per giungere alla conclusione che il principio dell'uguaglianza di diritto «non ha valore pratico se non in quanto suppone le disuguaglianze di fatto»<sup>51</sup>.

Anzi l'esistenza delle disuguaglianze di fatto, che sono per natura inevitabili, consente all'uguaglianza di diritto di svolgere una doppia funzione: di incidere sulle situazioni di disuguaglianza stabilendo «una necessaria tendenza» alla loro diminuzione e di costituire «una necessaria aspirazione» alla più ampia riduzione di quelle situazioni.

L'Autore era consapevole delle difficoltà relative alla realizzazione di questi obiettivi anche per le generazioni future<sup>52</sup>.

Le difficoltà sussisteranno fino a quando si realizzerà «il trionfo definitivo» della forza intellettuale che, nella ricostruzione offerta dall'analisi di Mortara, appare come un obiettivo strategico in quanto la lotta fra le diverse forze non si concluderà con la sostituzione di una forza sull'altra. Questa situazione non determinerà la fine dello scontro che, come già evidenziato, continuerà a sussistere, ma modificherà le condizioni della lotta<sup>53</sup>.

L'individuazione del principio di uguaglianza, teso ad intervenire sulle disuguaglianze di fatto, visto come elemento qualificante della forma di stato moderno, è presente, peraltro, anche in Santi Romano nel suo discorso per l'inaugurazione dell'a.a. 1909 dell'Università di Pisa<sup>54</sup>.

Una consapevolezza evidenziata anche dal costituente repubblicano nel determinare norme e principi espressi nella Costituzione italiana, e soprattutto nel delineare il progetto per la realizzazione del modello di società prefigurata nell'art. 3 cost.

Una norma che, come ha evidenziato la cultura costituzionalistica, è carica di significati ed implicazioni, rappresentando un dato normativo che va interpretato nella complessità del sistema identificato dalla Costituzione, utilizzando gli strumenti interpretativi offerti per valutare i sistemi normativi complessi<sup>55</sup>.

In questa prospettiva, con una visione non “riduzionistica”, si può affermare che nel progetto del Costituente la norma ha la finalità di dar vita alla trasformazione della società necessaria a

---

<sup>51</sup> L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 160.

<sup>52</sup> «Tendenza ed aspirazione che gli uomini dell'età nostra non possono arrogarsi il diritto a giudicare se e quanto siano nel lontano avvenire realizzabili. Né probabilmente potranno arrogarselo parecchie fra le generazioni che ci seguiranno. E per noi, come pei nostri prossimi discendenti, sarebbe non minore sconsideratezza vagheggiare l'immediata attuazione di un forzato regime di uguaglianza di fatto». Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 160.

<sup>53</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 160.

<sup>54</sup> Cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico nella Regia Università di Pisa*, cit., 12, che dopo aver citato le parole del sofista Trasimaco: «Io dico in verità che il giusto è ciò che conferisce al più potente», evidenzia che lo Stato attualmente «pareggia innanzi al diritto...i deboli e i forti, gli umili e i potenti, mentre dovrebbe secondare e rispecchiare gl'istinti della conquista, dello eroismo, della lotta fra gl'individui, fra le diverse classi e fra le diverse razze. Traviamento il fine, che si propongono le vigenti istituzioni, di cercare il benessere collettivo a favore di un gregge che non ne sarebbe degno; traviamento, per conseguenza, ogni costituzione che non sia rigorosamente ed esclusivamente aristocratica, anzi, più esattamente, oligarchica. E se queste dottrine abbiamo qui richiamate nella loro estrema e, possiamo ben dire, mostruosa formulazione, non bisogna dimenticare che esse non soltanto hanno ispirato i filosofi dionisiasti, ma si rinvengono, larvate sotto apparenze più positive, e con caratteri più attenuati, in concezioni sociologiche, in verità molto pedestri, ma non perciò poco diffuse. È indipendentemente poi da ogni influenza teorica, il sentimento di esagerato egoismo e il mancato concetto di giustizia, che sta a base di esse, si palesa in alcune manifestazioni della moderna vita sociale...così che può essere non inutile l'additarlo. Se i tempi nostri infatti hanno accentuato quei sentimenti di equità, di umanità, di solidarietà, cui guardano con disprezzo i sostenitori della morale eroica, non è ben vero che questi sentimenti corrono pericolo di mostrarsi vani, proprio quando dovrebbero soccorrere, cioè quando i contrasti sociali più si accentuano, come nell'ora presente». Per una valutazione del pensiero di Santi Romano su questi aspetti si rinvia alle riflessioni di C. PINELLI, *La Costituzione di Santi Romano e i primi maestri dell'età repubblicana*, in *Rivista AIC*, n.2, 2012; A. MUSUMECI, *Santi Romano un giurista tra due secoli*, cit., 336.

<sup>55</sup> Cfr. C. S. BERTUGLIA, F. VAIO, *Complessità e modelli. Un nuovo quadro interpretativo per la modellizzazione nelle scienze della natura e della società*, Torino, 2011, 518 ss.

consentire che le libertà giuridiche e politiche ampiamente riconosciute, non «siano rese inutili dalle disuguaglianze economiche»<sup>56</sup>, realizzando in tal modo una Costituzione contestualmente di «bilancio e di programma»<sup>57</sup>.

Pertanto, per raggiungere gli obiettivi che il sistema si propone, la norma individua due modelli di società: un modello di società rifiutata e un modello di società prefigurata da realizzare.

Quest'ultima prevede un processo dialettico finalizzato alla ricerca continua degli ostacoli economici e sociali che impediscono la realizzazione dei valori che il sistema costituzionale si è proposto di raggiungere.

Un contesto normativo che rispecchia in maniera evidente le linee fissate dal pensiero di Lodovico Mortara.

### *5. I diritti delle donne e la parità di genere nell'attività di giudice e di politico di Lodovico Mortara*

L'esigenza che tutto il sistema costituzionale debba essere improntato sul principio di uguaglianza e che tutte le norme, sia costituzionali, sia legislative debbano essere interpretate in conformità di questo principio, trova un'effettiva realizzazione nel lavoro svolto successivamente da Lodovico Mortara come giudice e come politico nella qualità di Ministro di giustizia e affari di culto nel primo governo Nitti (23 giugno 1919 – 29 maggio 1920).

Nell'ampia attività compiuta dal Mortara, va presa in considerazione, in modo particolare, quella volta al riconoscimento alle donne del diritto di voto e alla realizzazione della parità di genere<sup>58</sup>.

La vicenda, ricostruita anche in un romanzo<sup>59</sup>, trova la sua collocazione storica nel 1906, quando Lodovico Mortara, "il giudice delle donne", presiedeva la Corte di Appello di Ancona.

Il 26 febbraio 1906, un'intellettuale, Maria Montessori, nota anche per il suo impegno per la emancipazione femminile, pubblicava sul quotidiano "La vita" un "Proclama alle donne italiane", già affisso sui muri di Roma, in cui si leggeva, fra l'altro: "Donne tutte sorgete! Il vostro primo dovere in questo momento sociale è di chiedere il voto politico".

Un proclama che, quindi, aveva come finalità quello di esortare le donne ad iscriversi nelle liste elettorali, ribadendo che tale operazione non era vietata da alcuna legge.

L'invito ebbe successo, tanto che furono molte le iscrizioni richieste alle 11 commissioni elettorali provinciali. Nell'anconetano 10 maestre elementari, 9 di Senigallia e 1 di Montemarciano, le c.d. maestre di Senigallia, chiesero l'iscrizione alla commissione elettorale nella provincia di Ancona, che il 28 maggio 1906 accolse la richiesta<sup>60</sup>.

Le iscrizioni furono impugnate dai procuratori presso le rispettive Corti di appello con ricorsi che vennero accolti, salvo quello di Ancona dove la Corte era presieduta da Lodovico Mortara che, con sentenza del 25 luglio 1906, assegnò il diritto di voto alle iscritte<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *Discorso sulla Costituzione*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, 1, La Costituente e la democrazia italiana, Firenze, 1969, 119 ss.

<sup>57</sup> Cfr. M. ATRIPALDI, *La tutela del risparmio popolare nell'ordinamento italiano, dinamiche attuative dell'art. 47, Il comma, cost.*, Napoli, 2014, 22 ss.

<sup>58</sup> Sul punto, v. A. PERTICI, *Il difficile cammino dell'uguaglianza di fronte alle differenze di genere. Disuguaglianze e discriminazioni nelle "stagioni" dell'ordinamento italiano*, in *Annuario 2019. Eguaglianza e discriminazione nell'epoca contemporanea*, cit., 291 ss.; G. SCARSELLI, *Lodovico Mortara, l'avvocato che diventò Primo Presidente della Corte di Cassazione*, in R. Tiscini, F.P. Luiso (curr.), *Scritti in onore di Bruno Sassani*, Tomo II, Pisa, 2022, 1879 ss. e bibliografia ivi cit.; N. Sbanò (cur.), *Donne e diritti. Dalla sentenza Mortara del 1906 alla prima avvocata italiana*, Bologna, 2004.

<sup>59</sup> Cfr. M.R. CUTRUFELLI, *Il giudice delle donne*, Milano, 2016.

<sup>60</sup> Su queste vicende, si rinvia anche a M. SEVERINI, *Dieci donne. Storia delle prime elettrici italiane*, Monza, 2012.

<sup>61</sup> Cfr. sent. 25 luglio 1906, in *Il Foro italiano*, 1906, vol. XXXI, parte I: giurisprudenza civile e commerciale, 1060 ss. Per una valutazione della sentenza, si rinvia alle riflessioni di A. PERTICI, *Il difficile cammino dell'uguaglianza di fronte alla differenza di genere. Disuguaglianze e discriminazioni nelle "stagioni" dell'ordinamento italiano*, cit., 293 ss.

Nella motivazione della sentenza, redatta dallo stesso Lodovico Mortara, si legge in via di premessa che la questione era stata «esaminata e decisa colla scorta dei criteri puramente giuridici ed esegetici, senza divagare in discussioni teoriche pertinenti alla scienza ed all'ufficio del legislatore»<sup>62</sup>.

La decisione della Corte trovava il suo fondamento nell'art. 24 dello Statuto albertino, secondo il quale «Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili, e militari, salve le eccezioni determinate dalle Leggi»<sup>63</sup>.

Veniva respinta la interpretazione del P.M. secondo la quale nel sostantivo «regnicoli» non era compreso il cittadino di sesso femminile, che, fra l'altro, non poteva essere considerato titolare di diritti politici. Con una disamina dei diversi dati normativi espressi dallo Statuto<sup>64</sup>, si dimostrava il riconoscimento alle donne dei fondamentali diritti politici, ribadendo, inoltre, che andava rigettata ogni interpretazione che considerasse i diritti politici «soltanto quelli che si estrinsecano nell'esercizio di pubbliche funzioni o nella investitura di cariche pubbliche»<sup>65</sup>.

Anche il diritto elettorale andava, pertanto, visto come un diritto politico che, sulla base dell'indicazione dell'art. 24 dello Statuto, spettava a tutti i regnicoli, salve le eccezioni fissate espressamente dalla legge.

Inoltre, nel suo percorso argomentativo la sentenza respingeva anche il richiamo che da parte avversa era fatto al testo unico del 28 marzo 1895 n. 83 che all'art. 1 stabiliva che per poter essere elettore bisognava godere dei diritti civili e politici, aver compiuto il 21 anno di età, saper leggere e scrivere, possedere specifici requisiti di istruzione o censo.

Secondo la Corte se è vero che la legge elettorale «richiede il godimento dei diritti politici e civili nel Regno, non è vero che col porre la seconda di tali condizioni escluda *ipso iure* le donne dal diritto elettorale»<sup>66</sup>.

Vero è che quando il legislatore aveva voluto determinare tale esclusione lo aveva sancito espressamente, così come aveva fatto in riferimento all'esercizio del diritto elettorale amministrativo previsto dall'«art. 26 della legge com. e prov. 20 marzo 1865, contenente la identica disposizione mantenuta poi nell'art. 22 lettera b del testo unico 4 maggio 1898 ora vigente»<sup>67</sup>.

Con altrettanta fermezza la sentenza respingeva le argomentazioni sostenute dal P.M. appellante, secondo il quale l'interdizione andava desunta dalle disposizioni di cui all'art. 8 e 12 della legge elettorale politica in base alle quali per il conferimento del diritto elettorale al marito «si tiene conto delle imposte pagate dalla moglie non separata legalmente (art.8)» e «che la vedova o la moglie separata legalmente possono delegare il loro censo, a scopo elettorale, od al figlio od al genero (art.12)». Secondo la Corte le disposizioni non bastavano «da sole a dimostrare che alla donna, a qualunque titolo, sia negato» il diritto di voto ma miravano soltanto ad affermare che il censo della moglie fosse assegnato «ai maschi della famiglia come titolo pel diritto elettorale»<sup>68</sup>.

Queste stesse disposizioni presenti nella legge elettorale politica erano, peraltro, previste anche in quelle destinate all'esercizio elettorale amministrativo e non furono considerate sufficienti per

---

<sup>62</sup> Cfr. sent. 25 luglio 1906, cit., 1060 ss.

<sup>63</sup> Cfr. sent. 25 luglio 1906, cit., 1061 ss.

<sup>64</sup> La sentenza è quanto mai esaustiva per dimostrare, fra l'altro, che la libertà individuale, la inviolabilità del domicilio, la libertà di manifestare la propria opinione per mezzo della stampa, il diritto di riunirsi pacificamente e senza armi, determinati dagli artt. 26, 27, 28 e 32 dello Statuto sono imputabili ai due sessi. Ed è «altrettanto certo che questi sono eguali nel godimento dei diritti garantiti dagli artt. 29 (inviolabilità della proprietà privata), 30 (illegittimità di tributi non imposti per legge), 31 (inviolabilità degli impegni dello Stato verso i suoi creditori), i quali, sebbene si riferiscano al patrimonio, pure, in quanto sono regolati dallo Statuto nei rapporti con lo Stato, hanno carattere di diritti politici»: cfr. sent. 25 luglio 1906, cit., 1064.

<sup>65</sup> Cfr. sent. 25 luglio 1906, cit., 1064.

<sup>66</sup> Cfr. sent. 25 luglio 1906, cit., 1064.

<sup>67</sup> Cfr. sent. 25 luglio 1906, cit., 1064.

<sup>68</sup> Cfr. sent. 25 luglio 1906, cit., 1064.

escludere l'elettorato alle donne, tanto è vero che il legislatore aveva ritenuto opportuno formulare la dichiarazione esplicita che le donne non sono né elettori, né eleggibili.

Né si poteva sostenere, che data la maggiore importanza del voto politico in confronto di quello amministrativo, ciò avrebbe dovuto consentire di utilizzare l'argomentazione *a minori ad maius* e ritenere ammissibile un trasferimento della clausola prevista dalla legge amministrativa a quella politica.

Valutazioni di carattere generale portavano ad escludere questa ipotesi: «il voto politico è determinato dalle grandi e semplici linee fondamentali che dividono i partiti», quello amministrativo riguarda ambiti e finalità diverse<sup>69</sup>.

Alla fine del suo itinerario la Corte concludeva che sostanzialmente non vi erano argomenti esegetici che potessero indurre «necessariamente a ritenere» che la legge elettorale «interdica alle donne il diritto elettorale»<sup>70</sup>.

Comunque, prima di giungere a queste conclusioni, la Corte controbatteva un'ultima argomentazione proposta dalla parte avversa che cercava di dimostrare, attraverso l'esame dei lavori preparatori, la contrarietà del legislatore della legge elettorale al riconoscimento del diritto di elettorato alle donne. Una posizione imputata all'on. Zanardelli che «oltre ad esprimere la propria opinione contraria al voto femminile, si arrischiò perfino a suffragarla colla supposta contrarietà delle donne a reclamare il diritto al voto»<sup>71</sup>.

La sentenza rigettava la possibilità di utilizzare questo elemento al fine di interpretare il dato normativo: «per l'art. 3 delle disposizioni preliminari al codice civile la intenzione del legislatore va ricercata nel testo della legge e non fuori di esso»<sup>72</sup>. D'altronde se è vero che la legge «non si cristallizza in una forma iniziale per sempre irriducibile, ma vive la vita stessa della civiltà, ed è animata dallo spirito di questa», l'esigenza di indagare «il significato, indicarne le intenzioni è compito del magistrato innanzi a cui sorge la controversia su tale proposito ed in relazione al caso dal quale essa è occasionata»<sup>73</sup>.

La sentenza fu annotata dal Prof. V. E. Orlando con un intervento che, a tutt'oggi, offre dati di riflessione<sup>74</sup>. Innanzitutto, l'estensore della nota cercava di evidenziare che, con la emanazione della sentenza, la questione non si poneva più come esclusivamente politica ma quale tema da valutare sul piano del diritto positivo. Tutto ciò non solo per «la natura e il grado» della giurisdizione della Corte di Ancona ma anche «per l'altissimo valore dell'estensore, giustamente stimato come uno dei più forti giuristi dell'Italia contemporanea».

Ma malgrado tutto, lo Studioso restava convinto che il diritto di elettorato alle donne non fosse consentito dalle leggi. Secondo le argomentazioni dell'Autore, la soluzione della questione doveva dipendere dalla valutazione di tutto un sistema di diritto e non «da qualche allusione particolare fatta dalle leggi a particolari propositi»<sup>75</sup>. Pertanto, per la soluzione del problema andavano ricercati gli elementi nel «sistema dei principi fondamentali del diritto pubblico interno»<sup>76</sup>.

La sentenza a tal fine poneva al centro della riflessione i principi determinati dall'art. 24 dello Statuto albertino che proclamava l'uguaglianza di tutti i cittadini e la legge elettorale politica che, al fine di riconoscere l'elettorato, richiedeva il godimento dei diritti politici.

L'Autore negava un valore esegetico all'art. 24 dello Statuto in quanto sosteneva che la indicazione normativa aveva solo un valore storico altissimo e solenne. «Dal lato esegetico, una disposizione legislativa ha valore, non in quanto è pura astrazione, ma in quanto è norma concreta,

---

<sup>69</sup> Si è in presenza di situazioni che richiedono la «coscienza» e «la retta valutazione di complessi problemi di indole economica, amministrativa, tecnica, sanitaria, finanziaria ecc., i quali devono essere risolti direttamente da coloro che vengono eletti a comporre i Consigli dei Comuni e delle Provincie». Cfr. sent. 25 luglio 1906, cit., 1067.

<sup>70</sup> Cfr. sent. 25 luglio 1906, cit., 1066.

<sup>71</sup> Cfr. sent. 25 luglio 1906, cit., 1066.

<sup>72</sup> Cfr. sent. 25 luglio 1906, cit., 1066.

<sup>73</sup> Cfr. sent. 25 luglio 1906, cit., 1067.

<sup>74</sup> Cfr. sent. 25 luglio 1906, cit., 1060.

<sup>75</sup> Cfr. sent. 25 luglio 1906, cit., 1061.

<sup>76</sup> Cfr. sent. 25 luglio 1906, cit., 1061.

capace di immediate e reali applicazioni»<sup>77</sup>. Nello stesso tempo andava rigettata ogni tesi che riconoscesse alla donna in Italia il godimento dei diritti politici. Alla donna era riconosciuto il diritto di alcune libertà ma ciò non comportava il godimento dei diritti politici in quanto i c.d. diritti di libertà erano diversi dai diritti politici «che tendono ad assicurare al cittadino una partecipazione effettiva al governo dello Stato»<sup>78</sup>. Di qui il dissenso fondamentale sulla pronuncia della Corte di Appello.

La decisione della Corte di Appello di Ancona fu cassata dalla Cassazione di Roma con sentenza 15 dicembre 1906<sup>79</sup>.

Anche la Corte di cassazione poneva al centro del suo itinerario argomentativo l'art. 24 dello Statuto per rilevare che, se esso riconosceva, senza alcuna distinzione di sesso, il godimento dei diritti civili e politici a tutti i regnicoli, nel contempo il dato normativo faceva «espressa salvezza delle eccezioni determinate dalle leggi»<sup>80</sup>.

Secondo la Corte era altrettanto rilevabile che anche alla donna sono imputabili quei diritti politici «determinati dal solo fatto della cittadinanza» ma accanto a questa categoria si evidenziava l'esistenza di un'altra categoria dei diritti politici che non potevano essere attribuiti alle donne «quando manca una espressa disposizione di legge che ne conceda anche a loro l'esercizio»<sup>81</sup>.

Fra questi diritti rientrava il diritto elettorale che, anche per gli uomini non era legittimato «dalla sola generica dichiarazione statutaria contenuta nel citato art. 24, ma dalle apposite leggi venute posteriormente»<sup>82</sup>.

Ricollegandosi al dato normativo espresso dall'art. 24 dello Statuto, la sentenza riteneva che il diritto all'elettorato delle donne rappresentasse una di quelle eccezioni determinate dalla legge che non erano solo quelle «espressamente formulate in qualche testo di legge» ma che risultavano «dalle regole fondamentali e dallo spirito informatore di tutta la legislazione in materia di pubblico diritto»<sup>83</sup>. Ed era incontestabile, secondo la Corte, che il sistema normativo nel suo complesso non consentiva che le donne fossero ammesse «ad una qualsiasi partecipazione di funzioni e cariche attinenti alla vita politica dello Stato»<sup>84</sup> e che, pertanto, non poteva essere attribuito l'esercizio di diritto di elettorato che «ha per fondamento la partecipazione dei cittadini alla pubblica cosa mediante la nomina di coloro che devono esercitare la funzione legislativa»<sup>85</sup>.

Un itinerario argomentativo tutto teso a sostenere questa interpretazione: il non aver concesso alla donna il diritto di voto costituiva un «presupposto indispensabile della legge elettorale politica»<sup>86</sup>.

L'esistenza di questo presupposto era confermata da alcune disposizioni come quelle determinate dall'art. 8 e 12 del testo unico 28 marzo 1895 che dimostravano che le donne non potevano essere elettrici anche quando fossero in possesso del censo richiesto. Il che valeva anche per le disposizioni che escludevano espressamente l'elettorato delle donne dal voto amministrativo finalizzate ad allontanare «il dubbio che, nella limitata sfera degli interessi municipali, si potesse ritenere ammissibile un'eccezione alla regola generale»<sup>87</sup>.

Alla fine del suo itinerario la Corte di cassazione sollecitava il sistema politico a riflettere sulla eventuale introduzione di una legge chiamata a riconoscere l'elettorato alle donne. Un'operazione di questo tipo non poteva «farsi senza una lunga e studiata preparazione, e senza una matura

---

<sup>77</sup> Cfr. sent. 25 luglio 1906, cit., 1062.

<sup>78</sup> Cfr. sent. 25 luglio 1906, cit., 1062.

<sup>79</sup> Cfr. sent. 15 dicembre 1906, in *Il Foro italiano*, 1907, vol. 32, parte I: giurisprudenza civile e commerciale, 73 ss.

<sup>80</sup> Cfr. sent. 15 dicembre 1906, cit., 76 ss.

<sup>81</sup> Cfr. sent. 15 dicembre 1906, cit., 78.

<sup>82</sup> Cfr. sent. 15 dicembre 1906, cit., 78.

<sup>83</sup> Cfr. sent. 15 dicembre 1906, cit., 79.

<sup>84</sup> Cfr. sent. 15 dicembre 1906, cit., 78.

<sup>85</sup> Cfr. sent. 15 dicembre 1906, cit., 78.

<sup>86</sup> Cfr. sent. 15 dicembre 1906, cit., 79.

<sup>87</sup> Cfr. sent. 15 dicembre 1906, cit., 80. Una riforma tesa in tal senso a concedere un limitato diritto di voto in questa area non è riuscita a «farsi strada» per le ragioni che la sentenza cerca di dimostrare.

ponderazione di tutte le conseguenze che in qualunque senso potranno da esse derivare e ripercuotersi su tutta la vita dello Stato»<sup>88</sup>.

Alla fine, sulla base di questo complesso di considerazioni, la Corte accoglieva il ricorso, cassava la sentenza della Corte di appello di Ancona e rinviava la causa alla Corte di Appello di Roma, che con decisione dell'8 maggio 1907, ordinava la cancellazione dalle liste elettorali delle 10 maestre di Sinigallia.

La sentenza della Corte fu decisamente contestata dalla nota del Prof. M. Siotto Pintor, pubblicata a margine della sentenza<sup>89</sup>. In via di premessa, lo Studioso pose l'esigenza di valutare la questione sulla base di indicazioni di ordine giuridico ed esegetico, contestando le divagazioni «dai termini essenziali del problema»<sup>90</sup>.

Se la prospettiva era quella di verificare se la donna, secondo il diritto italiano, potesse essere iscritta nelle liste elettorali politiche, il primo punto di riferimento doveva essere il testo unico del 28 marzo 1895 che considerava tra le condizioni per essere elettore, il godere dei diritti civili e politici senza far riferimento al sesso tra le condizioni generali e speciali e tra i motivi di esclusione.

La domanda che quindi l'interprete doveva porsi successivamente doveva riguardare la individuazione dei soggetti cui spettava il godimento dei diritti civili e politici. Il richiamo allo Statuto era quanto mai decisivo: precisamente all'art. 24, secondo il quale tutti i regnicoli godevano ugualmente dei diritti civili e politici, salvo le eccezioni determinate dalle leggi.

Essendo nel termine regnicoli compreso tutti i cittadini che contribuivano indistintamente ai carichi dello Stato ne conseguiva che «si impone ineluttabilmente, in base all'obbiettivo e sicuro esame di testi limpidissimi, la risposta affermativa alla domanda formulata»<sup>91</sup>.

Il risultato raggiunto avrebbe dovuto consigliare l'interprete a non «procedere a ricerche, a considerazioni, a discettazioni ulteriori» e a «proporsi il problema in altri termini, che, esorbitano dalla pura e semplice indagine della configurazione reale del diritto positivo»<sup>92</sup>.

«Ma l'autorità di chi li ha formulati, e il largo consenso che hanno trovato» inducono l'Autore «a prendere in considerazione almeno i più significanti e suggestivi»<sup>93</sup>.

In questa prospettiva l'Autore volge il suo interesse ad interpretare correttamente la formula prevista dall'art. 24 dello Statuto che fa «salve le eccezioni determinate dalle leggi»<sup>94</sup>.

Secondo l'Autore, l'esclusione che, nelle invocate leggi non era pronunciata, non esisteva come presupposto giuridico ma come presupposto di fatto in quanto si riteneva che le donne non aspirassero ad occupare le cariche politiche. «Ma a nessuno certo verrebbe in mente di scambiare codesto presupposto di fatto per un presupposto giuridico!».

È altrettanto significativo il tentativo non riuscito di individuare le disposizioni con le quali il legislatore avrebbe in modo esplicito, per quanto indiretto, manifestato il proposito di precludere alle donne l'accesso all'elettorato politico. Esistevano nella disciplina normativa in materia di elettorato politico, ipotesi in cui il diritto positivo preferiva in alcuni casi i maschi alle femmine.

---

<sup>88</sup> Cfr. sent. 15 dicembre 1906, cit., 80 ss. Il tutto con la consapevolezza che «trattandosi di riforme di ordine pubblico, soltanto il legislatore è in grado di riconoscere, e senza che la medesima innovazione possa essere circondata da quei temperamenti e da quelle cautele che si reputassero necessarie e convenienti»: cfr. sent. 15 dicembre 1906, cit., 81.

<sup>89</sup> Cfr. M. SIOTTO PINTOR, *Nota a sentenza della Corte di Cassazione di Roma*, Udienza 15 dicembre 1906, in *Il Foro italiano*, 1907, vol. 32, 73 ss.

<sup>90</sup> Cfr. M. SIOTTO PINTOR, *Nota a sentenza della Corte di Cassazione di Roma*, cit., 73 ss.

<sup>91</sup> Cfr. M. SIOTTO PINTOR, *Nota a sentenza della Corte di Cassazione di Roma*, cit., 73.

<sup>92</sup> Cfr. M. SIOTTO PINTOR, *Nota a sentenza della Corte di Cassazione di Roma*, cit., 73.

<sup>93</sup> Cfr. M. SIOTTO PINTOR, *Nota a sentenza della Corte di Cassazione di Roma*, cit., 74.

<sup>94</sup> Cfr. M. SIOTTO PINTOR, *Nota a sentenza della Corte di Cassazione di Roma*, cit., 79. A tal fine respingeva con fermezza la tesi della Cassazione. Secondo la Cassazione, come si è già rilevato, «le eccezioni contemplate dall'art. 24 dello Statuto non sarebbero soltanto quelle esplicitamente formulate in qualche testo di legge ma quelle altresì risultanti dalle regole fondamentali e dallo spirito informatore di tutta la legislazione di diritto pubblico»: cfr. M. SIOTTO PINTOR, *Nota a sentenza della Corte di Cassazione di Roma*, cit., 75.

Tutto ciò non consentiva di affermare l'esistenza di un presupposto politico che escludesse in modo generico le donne dall'esercizio dei diritti politici<sup>95</sup>.

Alla fine del suo itinerario di analisi, l'Autore sente «di dovere ormai far punto», essendosi «fermamente proposto di non divagare»<sup>96</sup>.

Un secondo episodio che la cultura giuridica<sup>97</sup> attribuisce anche all'azione di Lodovico Mortara, quando era Ministro di giustizia ed affari di culto nel primo governo Nitti, risale al 1919 allorché il Parlamento approva la legge 17 luglio 1919 n. 1176 che stabiliva norme circa la capacità giuridica della donna, conosciuta soprattutto in quanto annullava l'istituto dell'autorizzazione maritale<sup>98</sup>.

Il contesto storico nel quale nasce la legge è ricostruito puntualmente dalla dottrina<sup>99</sup> che evidenzia come il nuovo Codice civile del 1865 avesse consacrato la posizione di inferiorità della donna all'uomo.

Le indicazioni normative finalizzate a sopprimere l'istituto dell'autorizzazione erano contenute nell'art. 1 della legge con il quale venivano abrogati, fra gli altri, gli artt. 134, 135, 136, 137 ed il capoverso dell'art. 1743 del Codice civile del 1865.

Il dato normativo espresso dall'art. 134 del Codice civile descriveva compiutamente l'istituto: «la moglie non può donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, né transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti, senza l'autorizzazione del marito.

Il marito può con atto pubblico dare alla moglie l'autorizzazione in genere per tutti o per alcuni di detti atti, salvo a lui il diritto di revocarla».

Accanto alla soppressione dell'istituto, la legge prevedeva altri interventi innovativi a favore delle donne. Fra questi, viene giustamente considerato quello previsto espressamente dall'art. 7 secondo il quale «le donne sono ammesse, a pari titolo degli uomini, ad esercitare tutte le professioni ed a coprire tutti gli impieghi pubblici, esclusi soltanto, se non vi siano ammesse espressamente dalle leggi, quelli che implicano poteri pubblici giurisdizionali o l'esercizio di diritti e di potestà politiche, o che attengono alla difesa militare dello Stato secondo la specificazione che sarà fatta con apposito regolamento»<sup>100</sup>.

Secondo la dottrina il Regolamento adottato in attuazione dell'art. 7 della legge sulla capacità giuridica della donna n. 1176 del 1919 aveva ridimensionato la portata innovatrice della legge<sup>101</sup>.

Comunque, la relazione del Guardasigilli al Regolamento di esecuzione, nel determinare le professioni e gli impieghi pubblici dai quali le donne fossero escluse, rilevava che l'indagine era stata limitata «a quelle per le quali esiste una disciplina giuridica e sono, quindi, prescritti particolari requisiti di esercizio con iscrizione a speciali collegi e ruoli o pubbliche matricole e registri»<sup>102</sup>.

Su queste premesse, la relazione riteneva che non esisteva ragione di esclusione delle donne per la professione di avvocato e procuratore, consentendo in tal modo a Livia Poët, alla quale la Corte

---

<sup>95</sup> Sui tentativi successivi di approvare una legge per il riconoscimento del diritto alle donne si rinvia alla ricostruzione effettuata da A. PERTICI, *Il difficile cammino dell'uguaglianza di fronte alle differenze di genere. Disuguaglianze e discriminazioni nelle "stagioni" dell'ordinamento italiano*, cit., 296.

<sup>96</sup> Cfr. M. SIOTTO PINTOR, *Nota a sentenza della Corte di Cassazione di Roma*, cit., 77.

<sup>97</sup> Cfr. G. SCARSELLI, *Lodovico Mortara, l'avvocato che diventò Primo Presidente della Corte di Cassazione*, cit., 1087 ss.

<sup>98</sup> Su queste vicende si rinvia anche a M. BONI, *Il figlio del rabbino. Lodovico Mortara, storia di un ebreo ai vertici del Regno d'Italia*, Roma, 2018.

<sup>99</sup> Si rinvia a tal fine alle analisi di A. PERTICI, *Il difficile cammino dell'uguaglianza di fronte alle differenze di genere. Disuguaglianze e discriminazioni nelle "stagioni" dell'ordinamento italiano*, cit., 286 ss.

<sup>100</sup> Il r.d. 4 gennaio 1920 n. 39, con la relazione del Guardasigilli, Ministro, Segretario di Stato per la giustizia e gli affari di culto, che approva il Regolamento in esecuzione dell'art. 7 della legge 17 luglio 1919 n. 1176, sulla capacità giuridica della donna, è pubblicato nella *G.U.* dell'11 febbraio 1920 n. 34.

<sup>101</sup> Cfr. A. PERTICI, *Il difficile cammino dell'uguaglianza di fronte alle differenze di genere. Disuguaglianze e discriminazioni nelle "stagioni" dell'ordinamento italiano*, cit., 288.

<sup>102</sup> Cfr. *G.U.* 11 febbraio 1920 n. 34, 453.



d'Appello di Torino<sup>103</sup> e la Corte di Cassazione<sup>104</sup> avevano negato il diritto di iscriversi all'ordine degli avvocati, di ottenere quel diritto all'età di 65 anni<sup>105</sup>.

### 6. Quali "linee guida" per il corso di Diritto Costituzionale

Alla fine del suo percorso teso a dimostrare che l'uguaglianza di diritto degli uomini non è un'utopia che «va gradualmente svolgendosi di pari passo con le conquiste della forza intellettuale»<sup>106</sup>, Mortara pur non elaborando «una sua esposizione sistematica del diritto costituzionale del suo tempo»<sup>107</sup>, individuava alcune linee relative al corso di diritto costituzionale per il quale aveva svolto la prolusione.

Innanzitutto, coerentemente all'impostazione sul ruolo e sul contenuto del diritto costituzionale, decisamente collegato con la scienza politica, poneva al centro della sua costruzione lo Stato ed il suo rapporto con la società per verificare come «la missione dello Stato» andasse a «disegnarsi in forme radicalmente diverse da quelle nella cui contemplazione si compiaceva l'antica scienza politica»<sup>108</sup>. Ne conseguiva che tutte le tematiche connesse (sovranità, legislazione, opera governativa, ecc.), finalizzate a definire il ruolo dello Stato, dovessero esaminare la soluzione di un presente che, pur assistendo al prevalere della forza dell'intelligenza su quella della materia, costituisce «il campo in cui si combatte la loro lotta»<sup>109</sup>.

Si evidenzia un quadro che ha come punto di riferimento quella visione del sistema costituzionale sul quale Mortara aveva costruito già precedentemente la sua analisi, dando alle stampe il volume «Lo Stato moderno e la giustizia»<sup>110</sup>.

L'Autore, nella ricostruzione delle idee fondamentali del sistema, aveva la consapevolezza che si trattasse di nozioni che si possono considerare elementari ma che non essendo «così universale lo accordo intorno ad esse», emergeva l'esigenza di uno «studio per chiarirle e acquistar loro un maggior numero di adesione alla pubblica coscienza»<sup>111</sup>.

Era, pertanto, evidente, nelle prospettive dell'insegnamento programmato da Lodovico Mortara, la necessità di porre al centro del sistema rappresentativo il concetto di sovranità per coglierne l'essenza e per costruire il modello di Stato con una visione di tipo sociocentrico.

Non si può considerare più la sovranità come il dominio dello Stato su tutti i membri della società, così come era concepito non solo nella idea pagana ma anche nelle Costituzioni teocratiche e nelle monarchie medievali. Ma la sovranità non può essere altrettanto considerata nel modo in cui appare nelle istituzioni democratiche come «il dominio del volere dei più», senza far perdere a se stessa il suo carattere di «tirannia» che diventerebbe tirannia della maggioranza<sup>112</sup>.

La strategia del potere sovrano, nel contesto di una democrazia rappresentativa, è quella di svolgere una missione nella società, temperando gli eccessi dell'azione espletata individualmente e consentendo alla società di far nascere «quel particolare ente politico che denominiamo Stato»<sup>113</sup>, al

---

<sup>103</sup> Corte d'Appello di Torino, sent. dell'11 novembre 1883.

<sup>104</sup> Corte di Cassazione di Torino, sent. del 18 aprile 1884.

<sup>105</sup> Cfr. A. PERTICI, *Il difficile cammino dell'uguaglianza di fronte alla differenza di genere. Disuguaglianze e discriminazioni nelle "stagioni" dell'ordinamento italiano*, cit., 288 ss.

<sup>106</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 160.

<sup>107</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, *Prefazione*, in L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., 13.

<sup>108</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 161.

<sup>109</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 161.

<sup>110</sup> Cfr. L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., 23 ss. Un sistema costituzionale che «l'Italia ha potuto, con fortuna più unica che rara, inaugurare ed applicare pacificamente tosto uscita dallo Stato di secolare divisione che aveva resi stranieri fra di loro i suoi figli».

<sup>111</sup> Cfr. L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., 34.

<sup>112</sup> Cfr. L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., 30.

<sup>113</sup> Cfr. L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., 31.

quale la sovranità dà «tutto il potere di *fare le leggi*» determinando la disciplina di tutti i diritti «in via di massima e con criterio uguale per tutti»<sup>114</sup>.

Ma un'altra finalità della sovranità è quella di «provvedere alla vita dello Stato e al governo delle relazioni che si formano tra esso ed i cittadini» e di vigilare sulla osservanza delle leggi, «di imporle coattivamente ove ne sia bisogno».

In altri termini sono necessari alla sovranità poteri esecutivi o amministrativi nonché un potere giudiziario<sup>115</sup>.

Comunque, al di là di queste considerazioni, Lodovico Mortara sollecitava a prevenire gli equivoci. Pertanto, affacciandosi allo studio della scienza politica, andava evitato che questa diventasse «vaniloquio di sognatori», cercando di studiare, soprattutto il presente e «non già l'avvenire».

«La scienza di Stato che non s'informa alle necessità reali della vita è fomite d'anarchia e di distruzione del vincolo civile, non regola e presidio al suo mantenimento»<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> Cfr. L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., 31.

<sup>115</sup> Cfr. L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., 31.

<sup>116</sup> Cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 161.

## Celeste Chiariello

### Voto elettronico e principio di segretezza tra regola ed eccezioni\*

**ABSTRACT:** *Against a backdrop of democratic deficits highlighted by low community participation in political decision-making, information and communication technologies open up new spaces for participation and democratic life. However, constitutional problems arise with regards to the possible introduction of unsupervised electronic voting mechanisms in political elections. Indeed, despite the fact that the Constitutional Court immediately recognized the inalienability of the requirements set forth in Article 48 of the Constitution to safeguard the exercise of the right to vote, on certain occasions, our legislator has been forced to derogate from the principle of secrecy of the vote in order to guarantee participation on equal terms and the exercise of popular sovereignty. Therefore, in light of past and future experimentation operations conducted in Italy and abroad, as well as jurisprudential interpretations, the question arises as to what margin of tolerance would allow our legislature to use e-voting to foster greater democratic participation.*

SOMMARIO: 1. La trasformazione digitale della democrazia. – 2. Vantaggi e svantaggi delle tecniche applicative del voto elettronico. – 3. Il principio della segretezza del voto in una prospettiva comparata. – 4. Una deroga al principio della segretezza del voto: il voto per corrispondenza. – 5. Prospettive in ordine al c.d. *home vote* alla luce della giurisprudenza costituzionale: una ipotetica apertura. – 6. Riflessioni conclusive: il futuro nella sperimentazione.

#### 1. La trasformazione digitale della democrazia

Non è facile stabilire se sia il diritto a essere entrato nella società tecnologica o se è la tecnologia ad avere invaso lo Stato di diritto. È tuttavia innegabile che da qualche tempo si assiste a un'evoluzione nella pratica del diritto, dovuta allo sviluppo tecnologico, tanto che il noto brocardo è stato attualizzato nella nuova versione *ubi societas technologica, ibi ius*<sup>1</sup>.

In effetti, nel silenzio del legislatore costituzionale, la Carta del 1947 ben si presta a essere interpretata in chiave evolutiva<sup>2</sup>, come messo in luce dalla nostra Corte costituzionale, che – almeno fino a oggi – ha bene affrontato le sfide che le sono state poste, facendo rientrare nei ranghi delle disposizioni costituzionali i “nuovi” diritti emergenti dal mutato contesto sociale<sup>3</sup>. Sebbene infatti i



<sup>1</sup> T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2020, 3, 465 ss. Si parla oggi di un “nuovo costituzionalismo”, che proietta su un piano diverso le forme dei legami tra le persone, che assumono una nuova veste. Così anche S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritto*, Roma-Bari, 2012, 7. Per una prospettiva più perplessa, v., peraltro, P. COSTANZO, *La "democrazia digitale" (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto pubblico*, 2019, 71 ss.

<sup>2</sup> F. FAINI, *Regolazione della società e protezione dei diritti nell'era tecnologica*, in G. CASSANO, S. PREVITI, *Il diritto di internet nell'era digitale*, Milano, 2020, 22 ss. Ci si chiede se le Costituzioni debbano essere integrate con nuove disposizioni, ovvero se sia sufficiente l'interpretazione ermeneutica di quelle esistenti. Invero, le Costituzioni più recenti hanno potuto assorbire l'impatto della tecnologia, alludendo o prevedendo nuove forme di libertà (Brasile, Paraguay, Messico); le Costituzioni anteriori alla rivoluzione digitale hanno invece dovuto introdurre nuove norme, ovvero – come nel caso dell'Italia – interpretare in chiave evolutiva il testo esistente. In particolare, nel nostro ordinamento è possibile fondare i nuovi diritti collegati alle tecnologie informatiche sull'art. 2 Cost., che richiama il concetto di «svolgimento della personalità» dell'individuo, e sull'art. 3 Cost., che tutela il pieno sviluppo della persona, la dignità umana e l'uguaglianza formale e sostanziale.

<sup>3</sup> La Corte costituzionale è chiamata a svolgere un ruolo fondamentale nel processo di riconoscimento e affermazione dei nuovi diritti emergenti dal contesto digitale. Del resto, la Corte ha già avuto modo di ricomprendere la tecnologia tra i mezzi attraverso i quali la Repubblica adempie al proprio obbligo costituzionale di promuovere lo sviluppo della cultura. Segnatamente, con [sent. n. 307 del 2004](#), la Consulta ha riconosciuto come la previsione di un contributo finanziario statale per l'acquisto di *personal computer* abilitati alla connessione internet corrisponda a finalità di interesse generale, quale per l'appunto «lo sviluppo della cultura, nella specie attraverso l'uso dello strumento

Padri costituenti non potessero immaginare la velocità e la direzione dello sviluppo tecnologico, economico e sociale del Paese nei decenni a seguire, la Costituzione fu pensata e scritta in modo che potesse adattarsi all'evoluzione dei tempi.

Il processo di innovazione digitale che invade ormai ogni settore della vita pubblica e privata del singolo – inteso sia come individuo, sia come cittadino – è da valutarsi nella sua portata funzionale al raggiungimento degli obiettivi<sup>4</sup>. Segnatamente, il c.d. *e-Government*<sup>5</sup> consiste nell'uso «delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle Pubbliche Amministrazioni, coniugato a modifiche organizzative e all'acquisizione di nuove competenze al fine di migliorare i servizi pubblici e i processi democratici e di rafforzare il sostegno alle politiche pubbliche<sup>6</sup>». Pertanto, l'esigenza di implementare l'uso della tecnologia nel settore pubblico è avvertita dalle istituzioni nazionali e sovranazionali, in quanto strumento potenzialmente idoneo ad assicurare una maggiore accessibilità, efficienza, semplificazione, trasparenza delle funzioni e dei servizi resi dallo Stato<sup>7</sup>.

Nel complesso, i benefici dati dall'ingresso della tecnologia *in primis* nelle maglie della nostra amministrazione – intesa sia come organizzazione, sia come attività – hanno indotto politici e giuristi a domandarsi se gli strumenti informatici possano rivelarsi funzionali a una migliore soddisfazione anche dei diritti e delle libertà dell'individuo, come riconosciuti dalla nostra

---

informatico, il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte le sue articolazioni (art. 9 della Costituzione)» (par. 3.1 del *Considerato in diritto*). Tale sentenza merita menzione anche in quanto l'Avvocatura dello Stato aveva svolto un interessante ragionamento: oltre a ricondurre la materia dell'alfabetizzazione informatica dei giovani al diritto di istruzione, nell'attuale assetto sociale l'accesso ai mezzi informatici andrebbe considerato alla stregua di «“un vero e proprio diritto sociale”, strumentale all'esercizio di altri diritti fondamentali»<sup>3</sup>, conseguendone che la garanzia di un livello minimo di accesso «dovrebbe qualificarsi come misura diretta ad assicurare un “livello essenziale” di “diritti civili e sociali”».

<sup>4</sup> P. PIRAS, *Itinerari dall'idea di semplificazione al percorso di innovazione tecnologica. L'equivoco di una fusione concettuale*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2006, 4-5, 537 ss.

<sup>5</sup> Il concetto di *e-Government* evolve in relazione al progresso delle ICT, che infatti costituiscono un settore soggetto a un continuo e rapido cambiamento. F. MARTINES, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in [MediaLaws](#), 2018, 2, 2. Successivamente, la Commissione ha precisato che «L'e-Government supporta i processi amministrativi, migliora la qualità dei servizi e aumenta l'efficienza interna del settore pubblico. (...) Inoltre, l'utilizzo delle tecnologie digitali come parte integrante delle strategie di modernizzazione della pubblica amministrazione può comportare ulteriori vantaggi economici e sociali per la società nel suo complesso», Comunicazione della Commissione COM (2016)179, *Piano d'azione dell'UE per l'e-government 2016-2020. Accelerare la trasformazione digitale della pubblica amministrazione*. In ogni caso, la dottrina ha cercato di delinearne il significato: l'*e-Government* è stato così identificato nella fornitura telematica di informazioni e servizi da parte del governo, 24 ore al giorno, 7 giorni a settimana (D.F. NORRIS, M.J. MOON, *Advancing the e-government the grassroots: tortoise or hare?* in *Public Administration Review*, 2005, 64); ovvero come una miriade di strumenti e applicazioni, dai fax ai computer, ai social media, alle strategie di *open government*, dando vita a un fenomeno tecnico-sociale. Sostanzialmente due sono le concezioni di *e-government*: da una parte, infatti, può apparire come un concetto rivoluzionario, che si sviluppa nel contesto dell'evoluzione della *governance*; dall'altra parte può invece essere visto solo come la sola etichettatura del vecchio fenomeno dell'uso della tecnologia nell'attività amministrativa, R.J. GIL GARCIA, *Enacting electronic government success: an integrative study of government-wide websites, organizational capabilities, and institutions*, New York, 2012. Sul tema, A.V. ROMAN, *Realizing E-Government: Delineating Implementation Challenges and Defining Success*, in E.F. Halpin, D. Griffin, C. Rankin, L. Dissanayake, N. Mahtab (a cura di), *Digital Public Administration and E-Government in Developing Nations: Policy and Practice*, Hershey, 2013, 112.

<sup>6</sup> Comunicazione della Commissione COM(2003) 567 del 26 settembre 2003, *Il ruolo dell'eGovernment per il futuro dell'Europa*, par. 3.

<sup>7</sup> È stato tuttavia rilevato come l'attuazione dell'amministrazione elettronica non può prescindere dal garantire a tutti i cittadini un accesso concreto alle nuove tecnologie, ma queste ultime possono costituire una "occasione" per accentuare le disparità sostanziali tra i cittadini e favorire l'introduzione di nuove categorie di emarginati. A tal fine, si rivelano necessarie politiche pubbliche coerenti, per garantire ai cittadini l'effettiva accessibilità ai mezzi e ai servizi telematici, e favorire una diretta interazione tra cittadino e pubblica amministrazione. P. PIRAS, *Organizzazione, tecnologie e nuovi diritti*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2005, 3, 591 ss. Sulla complessiva problematica, v. P. Costanzo, P. Magarò, L. Trucco (curr.), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Napoli, 2022.

Costituzione, ovvero se la tecnologia abbia determinato la nascita di nuove forme di libertà<sup>8</sup>, che erompono in quella che è stata definita «la nuova civiltà digitale»<sup>9</sup>.

Segnatamente, l'avvento degli elaboratori elettronici, unitamente con l'accesso a internet, ha consentito di parlare di diritto alla partecipazione alla società virtuale, in cui ogni individuo è sovrano delle proprie decisioni, è libero di comunicare, diffondere e ricevere opinioni e materiali di ogni sorta. Il risultato di tale processo ha consentito l'accentuazione delle forme partecipative politiche, in quanto la cittadinanza si trova a essere maggiormente coinvolta – seppure, almeno fino a oggi, prevalentemente a scopo consultivo – nelle scelte che direttamente la riguardano.

Pertanto, con l'affermazione di internet e dei nuovi strumenti tecnologici, la stessa configurazione della democrazia appare mutare, influenzata soprattutto dalla libertà con cui circolano le informazioni, indirizzandosi verso una nuova democrazia di massa – che comporta una partecipazione dell'opinione pubblica al *decision making process* – e una trasformazione della democrazia elettorale, in particolare delle tecniche di votazione<sup>10</sup>. Infatti, nella c.d. *e-democracy*<sup>11</sup> le tecnologie sono poste al servizio delle strutture democratiche esistenti, anche solo per rendere la macchina amministrativa più trasparente e costruire spazi di partecipazione attiva alternativi: le piattaforme telematiche accessibili tramite internet sembrano costituire quello spazio pubblico ideale – la c.d. “agorà telematica” – in cui i cittadini si confrontano per assumere decisioni informate e consapevoli, sebbene vada evidenziato come in tale contesto il cittadino corra il rischio

---

<sup>8</sup> T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nella società tecnologica*, cit., 466 ss. Si è diffusa la dottrina della c.d. “libertà informatica”, che è divenuta una libertà in senso attivo, ossia di valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere. In particolare, in alcuni Stati si è affermato il diritto di accesso a internet quale nuova declinazione del principio della libertà di espressione (cfr., per gli Stati Uniti, *American Civil Liberties Union v. Reno* [E.D. Pa 1996]; per la Francia, *Conseil constitutionnel* n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009); la libertà di manifestazione del pensiero è stata interpretata quale libertà individuale senza mediazioni di sorta; il diritto alla *privacy* si è evoluto nella forma del diritto di disporre dei propri dati (reso più complesso dai c.d. *big data*); il diritto all'oblio si è affermato – in giurisprudenza – a tutela della dignità della persona. Lo stesso Autore, altrove, ha successivamente evidenziato come la diffusione di internet, e soprattutto delle tecnologie, ha rappresentato uno sviluppo delle libertà, che si sono espanse verso nuove frontiere dell'agire umano. T.E. FROSINI, *Internet e democrazia*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2017, 4-5, 658. La nuova società tecnologica è caratterizzata in particolare da una nuova forma di libertà, che è la libertà informatica, positivizzata in alcune Carte fondamentali, quali la Costituzione spagnola (art. 18.4 della Costituzione del 1978) e quella portoghese (art. 35 della Costituzione del 1976). Riferimenti si trovano anche nelle più recenti Costituzioni del Sudafrica, della Federazione di Russia, nella Costituzione Federale della Confederazione Svizzera e in alcune Costituzionali dell'America latina (Brasile, Paraguay, Repubblica Bolivariana del Venezuela). T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 3, 487 ss.

<sup>9</sup> Sul tema, G. GHIDINI, D. MANCA, A. MASSOLO, *La nuova civiltà digitale. L'anima della doppia tecnologia*, Milano, 2020.

<sup>10</sup> Le nuove forme di democrazia hanno assunto diverse denominazioni: democrazia “elettronica”, che tuttavia si riferisce allo strumento e non all'agente; democrazia “virtuale”, in cui l'indicazione politica risulta indebolita; democrazia “continua”, per il suo carattere di *referendum* perenne; “nuova democrazia di massa”, con riferimento all'antica democrazia diretta. T.E. FROSINI, *Internet e democrazia*, cit., 2017, 4-5, 661.

<sup>11</sup> Tale espressione erediterebbe dal termine “democrazia” le caratteristiche della polisemia e della genericità, ma comunque il suo significato potrebbe essere definito come l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione come mezzo per lo svolgimento delle procedure egualitarie di autogoverno del popolo. G. GOMETZ, *E-democracy. Forme e problemi della democrazia elettronica*, in T. Casadei, S. Pietropaoli (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche*, Milano, 57. L'*e-democracy* consisterebbe in particolare in un sistema volto a rivitalizzare – grazie alle opportunità che le nuove tecnologie offrono e alle modificazioni nei rapporti sociali – la relazione fra istituzioni e cittadini, per far sì che questi ultimi siano inclusi nella vita politica e partecipino con continuità ad essa, condividendo, nel rispetto dei ruoli, la responsabilità delle scelte e della gestione della cosa pubblica. Sul tema, D. PITTEI, *Democrazia elettronica*, Bari, 2007. Secondo una definizione più generale, la democrazia “computerizzata” si identificherebbe con la democrazia diretta, e pertanto all'accesso alle informazioni che riguardano il mondo politico, l'offerta di luoghi di discussione pluralistica e la possibilità dei cittadini di intervenire nei processi decisionali che li riguardano. In altri termini, la democrazia elettronica diverrebbe sinonimo di connettività, garantita a ciascun soggetto che voglia accedere alla rete. A. CENSORIO, *E-democracy, i caratteri innovativi della democrazia in Rete*, in F. Politi (a cura di), *Democrazia deliberativa e Rappresentanza politica. L'esperienza del débat public ed il dibattito sulla democrazia in Europa*, Torino, 2022, 84.

di essere visto più come consumatore che come titolare della sovranità popolare<sup>12</sup>. In altre parole, le tecnologie dell'informazione e della comunicazione hanno contribuito al rafforzamento di due elementi fondamentali della democrazia, si vuole dire l'informazione e la partecipazione, grazie a una maggiore trasparenza dei processi politici, un efficace scambio di informazioni e una più attiva partecipazione alla vita pubblica.

Il legislatore nazionale ha ormai da tempo avvertito il bisogno di regolamentare il funzionamento della pubblica amministrazione alla luce del processo di digitalizzazione, mediante l'adozione del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale. In particolare, di tale testo merita menzione l'art. 9, ove prescrive che le pubbliche amministrazioni e i gestori dei pubblici servizi «favoriscono ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all'estero, al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili»<sup>13</sup>. Invero, tale disposizione si limita a introdurre un obbligo a carattere programmatico, rimettendo poi alla discrezionalità dell'amministrazione stabilire più che l'*an* – che sembra dovuto – il *quomodo* della trasformazione digitale.

Più in particolare, le tecnologie possono essere utilizzate per rafforzare e aggiornare gli strumenti di partecipazione, controllo e decisione democratici<sup>14</sup>, innovando i consueti percorsi della rappresentanza, della formazione e dell'espressione del consenso<sup>15</sup>. Va però sin da subito posto in luce che, se da una parte i cittadini diventano parte di un processo di *policy making*, dall'altra parte spetta sempre a chi governa la responsabilità ultima della decisione. Pertanto, come già diceva Bobbio, i sistemi della democrazia rappresentativa e della democrazia diretta ben possono integrarsi mediante l'aumento degli spazi in cui il cittadino può esercitare il proprio potere di elettore<sup>16</sup>: più che cambiare i modelli istituzionali, occorrerebbe dunque ricondurre i moduli tipici della democrazia rappresentativa e della democrazia diretta in un circuito in cui la democrazia elettronica assuma un ruolo di primo piano.

Tale forma evolutiva della democrazia dovrebbe permettere agli elettori di agire quali elementi attivi del sistema decisionale, senza al contempo disconoscere la funzione assolta dalle assemblee rappresentative. Così, i nuovi spazi di partecipazione e di vita democratica dovrebbero essere alternativi e integrativi rispetto ai canali di rappresentanza tradizionali, senza sostituirsi a essi, ma idonei eventualmente a correggerli e integrarli, al fine di colmare il *deficit* democratico evidenziato dalla scarsa partecipazione della collettività alle decisioni politiche. In altri termini, in un contesto di crisi della democrazia rappresentativa, in considerazione della richiesta di un maggiore

---

<sup>12</sup> M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 2, 275 ss. Il soggetto è portato a condividere in rete ogni aspetto della propria personalità, conseguendone una sostanziale dissoluzione dei confini tra sfera pubblica e sfera privata. Il cittadino, infatti, è indotto a scegliere all'esito di un costante monitoraggio delle sue attitudini, delle sue inclinazioni e dei suoi bisogni.

<sup>13</sup> Tale norma non appare in contraddizione con l'art. 2, comma 6, dello stesso CAD, ove prescrive che le rispettive norme non si applicano alle consultazioni elettorali, in quanto quest'ultima si limita a non applicare le disposizioni del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, alle materie a esso sottratte, non prevedendo dunque nessun divieto al voto elettronico.

<sup>14</sup> P. COSTANZO, *La democrazia elettronica. (Note minime sulla c.d. e-democracy)*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 3, 465 ss. Si tratta della c.d. "elettronica nella democrazia", in cui il legislatore – eventualmente anche costituzionale – dovrebbe intervenire sulle modalità di funzionamento della forma di governo e probabilmente anche della forma di Stato; ciò porterebbe alla c.d. "democrazia elettronica in senso pregnante". Tuttavia, la c.d. democrazia elettronica potrebbe essere intesa anche come "elettronica democratica", che consiste nella disponibilità generalizzata delle nuove tecnologie informative e delle reti; ovvero come "democrazia nell'elettronica", ossia come riconoscimento e garanzia delle condizioni di libertà e di uguaglianza nella rete, grazie all'assenza di restrizioni e interventi censori sui contenuti.

<sup>15</sup> Si parla infatti di *participative e-democracy*, *consultative e-democracy*, *deliberative e-democracy*, cui si aggiunge la *administrative e-democracy*, frutto di politiche di riforma dell'amministrazione che istituzionalizzano meccanismi di consultazione elettronica e di *e-networking*, nell'ottica della *good administration*. F. AMORETTI, *La Rivoluzione Digitale e i processi di costituzionalizzazione europei. L'e-democracy tra ideologia e pratiche istituzionali*, in *Comunicazione Politica*, Milano, 2006, 49 ss.

<sup>16</sup> N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995, 46 ss.

riconoscimento e spazio per la partecipazione democratica, la democrazia elettronica permetterebbe l'esercizio di diritti e libertà, individuali e collettivi, insoddisfatti dall' utilizzo dei soli strumenti partecipativi tradizionali.

In tale ottica, premesso che le tecnologie dell'informazione e della comunicazione possono rivelarsi un importante strumento di incentivazione alla partecipazione in qualsiasi tipo di consultazione, più o meno politica (si pensi, per esempio, alla piattaforma Rousseau<sup>17</sup>), nel presente lavoro si intende concentrare l'attenzione sui benefici e sui limiti di una innovazione delle modalità di esercizio del diritto di voto alle elezioni politiche, che non può essere completamente assecondata per ragioni di compatibilità costituzionale, oltreché per la "naturale" resistenza che ogni forma di cambiamento porta con sé (soprattutto in ambito pubblico)<sup>18</sup>.

Il fine è verificare se il principio della segretezza del voto, in un sistema costituzionale come il nostro, debba essere considerato elemento imprescindibile per la democrazia: o meglio, considerate le deroghe che il nostro ordinamento già prevede per favorire l'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale, ci si chiede quanto e in che termini sia ragionevole ritenere che l'utilizzo della tecnologia al fine di promuovere la partecipazione democratica incontri il limite della segretezza del voto.

## 2. Vantaggi e svantaggi delle tecniche applicative del voto elettronico

Dalla democrazia elettronica – o, meglio, dall'elettronica nella democrazia – al voto elettronico il passo sembrerebbe breve. Del resto, se l'*e-government* è democratico se prevede la partecipazione digitalmente mediata dei cittadini alla determinazione delle decisioni relative allo specifico modo in cui realizzare gli scopi stabiliti dalla Costituzione e dalle leggi, la democrazia elettronica muove dall'esigenza di risolvere i problemi di ordine materiale, logistico e temporale che impediscono ai cittadini di manifestare la volontà generale, trasformandola in legge<sup>19</sup>.

Tuttavia, con l'espressione *e-voting* si intendono tecniche di votazione profondamente diverse tra loro, che portano a diverse conseguenze in termini di effettività dell'esercizio del voto. Bisogna infatti guardarsi dalla erronea, ma diffusa credenza che le tecnologie digitali, così come internet, abbiano proprietà e caratteri fissi e immutabili, attribuendo per l'appunto alla rete particolari virtù democratiche, così come all'opposto bisogna evitare di enfatizzare i pericoli di controllo e manipolazione da parte dei gestori della rete. In effetti, ogni tecnologia deve essere esaminata alla luce del contesto economico, sociale e politico in cui può essere utilizzata<sup>20</sup>, per essere messa al servizio delle strutture democratiche esistenti.

---

<sup>17</sup> La digitalizzazione pervade anche l'organizzazione delle formazioni politiche, al punto che oggi si parla anche di "partiti digitali"; lo strumento della rete diventa la dimensione naturale per lo svolgimento dell'azione politica. In particolare, lo Statuto del MoVimento 5 Stelle del 2017 prevedeva che le consultazioni degli iscritti e le votazioni dovessero svolgersi attraverso la "piattaforma Rousseau". In particolare, gli iscritti, tramite la Piattaforma, erano tenuti a eleggere il comitato direttivo e gli altri organi interni, scegliere il candidato alle elezioni, approvare il programma elettorale, approvare le proposte di legge, sfiduciare il comitato direttivo, revocare il garante. Sul tema, e in particolare per un approccio critico all'effettivo trasferimento del potere "alla base", in ragione del paradosso per cui «i partiti digitali permettono un maggior coinvolgimento dei cittadini e al contempo accrescono le possibilità di centralizzazione», cfr. G. DI COSIMO, *In origine venne Rousseau. Le regole dei partiti sull'uso delle tecnologie digitali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, 3, 969 ss.

<sup>18</sup> Nel settore privato, già con la Direttiva 2007/36/CE, *on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies* (recepita in Italia con d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27) è stata introdotto, per le società per azioni, il diritto alla partecipazione telematica alle assemblee degli azionisti e l'utilizzo del voto elettronico

<sup>19</sup> G. GOMETZ, *E-democracy. Forme e problemi della democrazia elettronica*, in T. Casadei, S. Pietropaoli (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche*, cit., 62.

<sup>20</sup> M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, cit., 276.

Giova ricordare che storicamente, salvo alcuni limitati casi, il diritto di voto è stato espresso unicamente presso il seggio, mediante una apposita scheda elettorale predisposta dallo Stato in formato cartaceo, in condizioni tali da garantire la segretezza dell'operazione<sup>21</sup>. Tuttavia, in ragione del processo di innovazione tecnologica in atto, è stata avanzata la possibilità di introdurre, mediante il voto elettronico, un meccanismo in grado di velocizzare le operazioni di voto, fino addirittura a raggiungere i cittadini presso le rispettive abitazioni, evitando loro la necessità di recarsi al seggio, con un evidente risparmio di risorse e di tempo.

I modelli di voto elettronico cui oggi si fa solitamente riferimento sono due<sup>22</sup>. Il modello del c.d. voto *in loco* (o voto presidiato) prevede la sostituzione di quanto sinora espresso per il tramite di una matita e di una scheda in formato cartaceo con una tecnologia di *Direct electronic system* (per esempio, con un *touch screen*): segnatamente, vengono adottate procedure informatiche di voto, da svolgersi sempre all'interno dei seggi, in cui le schede elettorali vengono sostituite da elaboratori elettronici dotati di appositi programmi per l'espressione del voto. Tale tecnica di votazione non desta particolari problemi e comporta evidenti vantaggi, in quanto non solo permette di evitare gli errori materiali senza che sia intaccata la segretezza del voto, mitigando – se non azzerando – il rischio di invalidità del voto, ma consente altresì un conteggio delle schede più rapido ed efficiente. Inoltre, non è necessario il collegamento alla rete e i seggi rimangono controllati dal personale addetto a garantire l'identificazione del votante e la segretezza e libertà del voto. Ai fini di un effettivo miglioramento delle tecniche di votazione, è necessaria e sufficiente l'adozione di adeguati accorgimenti tecnici per impedire *a posteriori* l'identificazione del votante, la manipolazione dei voti nella fase della loro trasmissione dal seggio alle sedi in cui vengono assemblati e computati, nonché la correttezza dello scrutinio effettuato con strumenti elettronici. Pertanto, il pericolo che possano verificarsi operazioni tali da violare la libertà e segretezza del voto non appare diverso, ma piuttosto inferiore rispetto a quello che si corre nel caso di votazione secondo il tradizionale metodo della scheda elettorale cartacea.

Tali considerazioni hanno portato molti Stati ad adottare l'automazione del voto, sia in Europa (come, per esempio, in Belgio<sup>23</sup> o in Germania<sup>24</sup>), sia negli Stati extra-europei a maggiore capacità demografica. Oltre a India e Brasile, negli Stati Uniti (ove ciascuno Stato può stabilire le modalità di votazione) nel 2002 il Congresso ha approvato l'*Help America Vote Act*, per apportare riforme radicali al processo di voto della nazione. Con l'*HAVA* il voto elettronico è stato reso

---

<sup>21</sup> La normativa preposta al funzionamento del meccanismo elettorale si rinviene in particolare del d.p.r. 30 marzo 1957, n. 361, *Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati*.

<sup>22</sup> M. MANCARELLA, *Il voto elettronico*, in G. CASSANO, S. PREVITI, *Il diritto di internet nell'era digitale*, cit., 35. I meccanismi di *e-voting* sarebbero invero quattro, caratterizzati da diverse modalità di registrazione e trasmissione del voto: a) il voto elettronico semplice (o voto *in loco*), espresso tramite un elaboratore elettronico al seggio, privo di connessione alla rete internet; b) il voto *online* (*Internet Voting* o *i-Voting*), espresso attraverso la rete, a prescindere dal luogo in cui ci si collega; c) il voto tramite dispositivi mobili (*mobile Voting* o *m-Voting*), espresso tramite telefono cellulare; d) il voto tramite telecomando, espresso mediante l'utilizzo di una televisione interattiva o digitale. Gli ultimi tre sistemi di voto rappresentano forme di voto non presidiato, in quanto la preferenza viene espressa dall'elettore a distanza, in assenza di un pubblico ufficiale o funzionario elettorale.

<sup>23</sup> In Belgio, le macchine per il voto elettronico sono state introdotte per le elezioni legislative e provinciali del novembre 1991 in due dei 208 distretti elettorali del Paese. La legge dell'11 aprile 1994 sull'organizzazione del voto automatizzato, che si applica a tutte le elezioni, ha permesso la graduale estensione del voto elettronico. Dalle elezioni legislative del giugno 1999, il 44% degli elettori ha votato con questo dispositivo, ma non vi sono stati ulteriori sviluppi. La *Loi organisant le vote électronique avec preuve papier* del 7 febbraio 2014 prevede la possibilità di utilizzare un sistema di voto elettronico con prova cartacea durante le elezioni legislative, durante le elezioni per il rinnovo dei parlamenti comunitari e regionali e durante le elezioni per il rinnovo del Parlamento europeo.

<sup>24</sup> In Germania il voto elettronico *in loco*, così come il voto per corrispondenza, ha conosciuto ben presto ampia diffusione, sebbene il Tribunale costituzionale tedesco abbia stabilito che l'apertura al voto automatizzato deve comunque consentire all'elettore di stabilire se il suo voto venga conteggiato in modo genuino e incluso nel risultato finale al pari di tutti gli altri voti espressi (cfr. Tribunale costituzionale tedesco BVerfG, 2 BvC 3/07, sent. del 3 marzo 2009). In senso critico, A. GRATTERI, *Germania: Le garanzie minime necessarie per il voto elettronico secondo il Tribunale costituzionale*, [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2009.



apparentemente obbligatorio e sono stati introdotti nuovi standard minimi che gli Stati sono tenuti a rispettare in diverse aree chiave dell'amministrazione elettorale<sup>25</sup>.

Anche in Italia, soprattutto a livello regionale, sono state introdotte previsioni, a carattere per lo più sperimentale, volte a valutare l'impiego di tali tecniche per le votazioni di tipo elettivo. Si ricorda, a titolo esemplificativo, la legge regionale della Valle d'Aosta 24 ottobre 1997, n. 34, che prevede che, per i turni di elezione diretta del Sindaco, del Vicesindaco e del Consiglio comunale, le operazioni di votazione e scrutinio negli uffici elettorali di sezione debbano svolgersi mediante l'uso di apparecchiature elettroniche, presso l'"urna elettronica". È stata invece abrogata la l.r. Lombardia 23 febbraio 2015, n. 3, *Introduzione del voto elettronico per il referendum consultivo. Modifiche alla legge regionale 28 aprile 1983, n. 34 (Nuove norme sul referendum abrogativo della Regione Lombardia – Abrogazione L.R. 31 luglio 1973, n. 26 e successive modificazioni)*, che in particolare prevedeva, *inter alia*, al fine della verifica da parte dell'elettore del voto espresso, la possibilità di stamparne una copia cartacea, da riporre all'interno dell'urna al momento della conclusione dell'operazione di voto. Ancora, in Friuli-Venezia Giulia, con legge regionale 27 luglio 2007, n. 18, *Norme sullo svolgimento dei referendum consultivi in materia di circoscrizioni comunali. Voto e scrutinio elettronico*, è stata disciplinata l'introduzione di sistemi elettronici di procedure automatiche nell'espressione del voto e nello scrutinio per lo svolgimento dei referendum consultivi in materia di circoscrizioni comunali, mediante l'inserimento, in ogni seggio elettorale, di almeno una macchina elettronica collocata in modo da garantire i requisiti della segretezza e personalità del voto.

Più problematico dal punto di vista costituzionale è il secondo modello di voto elettronico, la formula cioè del voto a domicilio, ossia il c.d. *home vote* (anche "voto non presidiato"), per il rischio di brogli e di controllo del voto. In particolare, un'adeguata strumentazione in rete permetterebbe agli aventi diritto di esprimere il proprio voto a distanza attraverso un personale *device*, ma appare evidente come tale tecnica al contempo esponga al rischio di una violazione dei principi inderogabili stabiliti per l'esercizio del diritto di voto ai sensi dell'art. 48 Cost.

Infatti, la nostra Costituzione prevede alcuni requisiti irrinunciabili a garanzia del suffragio universale, quali la personalità, l'uguaglianza, la segretezza, l'unicità e il dovere civico del voto. In particolare, il voto deve essere esercitato personalmente (e, quindi, non per procura<sup>26</sup>) salvo nei casi in cui l'elettore sia fisicamente impedito; il voto espresso deve avere lo stesso "peso elettorale" per tutti i votanti; l'elettore non deve subire alcuna forma di pressione affinché sia votato un particolare partito e candidato.

Ebbene, il meccanismo del voto non presidiato non riesce a garantire la libera espressione della volontà dell'elettore in merito al proprio orientamento politico, ossia non sembra sufficientemente assicurare il rispetto dei requisiti della personalità, libertà e della segretezza del voto.

Più in particolare, il voto elettronico allargherebbe certamente lo spettro degli ambiti di partecipazione democratica alla vita politica, consentendo ai governanti di acquisire le opinioni dei governati sulle più disparate proposte: questi ultimi, infatti, si troverebbero nelle condizioni di esprimere il proprio giudizio in qualsiasi momento, da qualsiasi luogo<sup>27</sup> e su qualsiasi argomento. Con specifico riferimento alle elezioni politiche, il voto elettronico si rivelerebbe dunque funzionale

---

<sup>25</sup> *Help America Voting Act*, Washington, 23 gennaio 2002, H.R. 3295. Gli standard previsti per i sistemi di voto devono applicarsi anche ai sistemi di voto a scansione ottica o di voto elettronico a registrazione diretta. Il sistema di voto deve usare, per ogni seggio elettorale, almeno un sistema di voto elettronico a registrazione diretta o altro sistema di voto attrezzato per le persone con disabilità (H.R. 3295-40, *Title III, Uniform and nondiscriminatory election technology and administration requirements, Subtitle A, Requirements, Sec. 301. Voting systems standards*, 1-3).

<sup>26</sup> Non sono mancate posizioni che hanno ritenuto il voto per procura astrattamente compatibile con la nostra Costituzione, in quanto non si tratterebbe della cessione di un diritto a un soggetto terzo, ma di un esercizio di quel diritto per il tramite di una persona di fiducia. S. FURLANI, *Elettorato attivo*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1960, 449.

<sup>27</sup> S. D'ANCONA, P. PROVENZANO, *Gli strumenti della Carta della cittadinanza digitale*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'Amministrazione pubblica digitale: con le novità del D.L. Semplificazioni (D.L. n. 76/2020 come convertito in legge)*, Torino, 2020, 242.

a una maggiore partecipazione attiva dei votanti, agevolando l'esercizio di un diritto costituzionale soprattutto in un contesto di sempre minore affluenza alle urne. Si pensi, per esempio, al problema – di estrema attualità – del diritto di voto per gli studenti e i lavoratori fuori sede: la difficoltà (anche di carattere economico) di rientrare nel luogo di residenza per recarsi fisicamente alle urne preclude di fatto l'esercizio del diritto di voto, che è anche un dovere civico, in quanto permette al singolo di partecipare alla funzione pubblica elettiva<sup>28</sup>.

Sul punto, giova ricordare che il dibattito circa la natura del voto risale a ben prima dell'entrata in vigore della Costituzione, considerato che già in epoca pre-repubblicana si riteneva che lo stesso potesse essere considerato ora come diritto, ora come funzione, come competenza o facoltà<sup>29</sup>. In Assemblea Costituente l'obbligatorietà del voto fu uno dei temi più dibattuti<sup>30</sup>: alla tesi che vedeva il voto quale preciso dovere del cittadino si contrapponeva quella di coloro che in esso vedevano nient'altro che un dovere morale. Si cercò dunque di conciliare le divergenze attribuendo all'esercizio del voto la formula di “dovere pubblico”, poi mutata – su suggerimento dell'On. Moro – in “dovere civico”<sup>31</sup>, al cui mancato adempimento la Costituzione non accompagna alcuna sanzione<sup>32</sup>. Stante l'assenza di una normativa primaria a carattere sanzionatorio, ciascun soggetto appartenente al corpo elettorale è libero, dunque, di scegliere se partecipare al voto o meno. Del

---

<sup>28</sup> M. OLIVETTI, *I diritti fondamentali. Lezioni*, Bari, 2015, 511. Anche Grabenwater, con riferimento al diritto di voto di cui all'art. 3 del Protocollo addizionale alla Cedu, rubricato *Right to free elections*, rileva come non si tratti di un diritto individuale del singolo, bensì di una «*obligation of the Member States*», C. GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights. Commentary*, 403.

<sup>29</sup> Sulla natura giuridica del voto, cfr. A. CASERTANO, *Il diritto di voto. Storia, dottrina, funzione*, Napoli, 1911, 282 ss. Il diritto di voto, qualunque sia l'interpretazione che a esso venga riconosciuta (e specificamente diritto, funzione, competenza o facoltà), è comunque un diritto politico e non un diritto naturale, in quanto formato con la storia e con la graduale evoluzione dello Stato. Diversamente, per Santi Romano diritto e funzione non si confondono, in quanto il primo presuppone la seconda, ma la seconda non presuppone il primo. Il voto viene considerato dunque un diritto subbiiettivo, ben lungi dal concetto di voto come diritto naturale. S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Primo trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. Orlando, I, Milano, 1900. Secondo Laband (la cui teoria viene confutata da Casertano nel richiamato scritto) il diritto di voto non è un diritto politico, ma un riflesso del diritto costituzionale, dal quale origina la possibilità per i cittadini di cooperare alla formazione dell'organo statale (P. LABAND, *Das staatsrecht des deutschen reiches*, Tubingen, 1911).

<sup>30</sup> Seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, seduta del 10 settembre 1946. Si discuteva della stessa rilevanza costituzionale dell'obbligatorietà del voto. L'On. Fabbri sottolineò come fosse «opportuno stabilire o escludere che il voto sia obbligatorio»; l'On. Mortati invece rilevava come «stabilire o il negare il voto obbligatorio» fossero «elementi che definiscono la fisionomia di un ordinamento politico e non possono perciò essere rimandati alla legge ordinaria»; dello stesso avviso era l'On. Bozzi, mentre l'On. Lami Starnuti ne escludeva la rilevanza costituzionale.

<sup>31</sup> Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, seduta del 15 novembre 1946. Le due tesi riflettevano due opposte strategie politico-istituzionali: coloro che insistevano per riconoscere la configurazione del voto come dovere giuridico erano i partiti meno organizzati e con un elettorato meno mobilitati – ossia i partiti di destra (Democrazia cristiana e Partito liberale) -, sperando così di portare al voto il ceto medio e i conservatori. Il Partito socialista italiano di Unità popolare e il Partito comunista italiano, invece, potendo contare su una larga partecipazione elettorale di massa, ritenevano sufficiente il generico riferimento a un obbligo morale. M. RUBECHI, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, Torino, 2016, 128 ss. A ogni modo, inizialmente, su proposta dell'On. Mancini, la formula fu modificata nel senso che l'esercizio del voto rappresentava «un dovere civico e morale». Successivamente, in Assemblea Costituente, l'On. Rodi per primo propose la soppressione della ridetta formula, in quanto al cittadino doveva essere lasciata la libertà di voto, sicché il popolo potesse abituarsi all'esercizio del libero voto (seduta del 19 maggio 1947). Infine, contestazioni furono avanzate circa la possibilità per il legislatore di introdurre obblighi “moralì”; l'aggettivo morale fu dunque espunto per evitare ambiguità di sorta, lasciando soltanto la formula di “dovere civico”, demandando poi al legislatore l'eventualità di prevedere sanzioni in caso di mancato esercizio del diritto di voto da parte degli elettori.

<sup>32</sup> Inizialmente, con d.p.r. 30 marzo 1957, n. 361, veniva stabilita l'esposizione per la durata di un mese nell'albo comunale dell'elenco degli astenuti, senza giustificato motivo, alle elezioni per la Camera dei deputati e, per il periodo di cinque anni, la menzione «non ha votato» veniva iscritta nei certificati di buona condotta (art. 115). L'articolo fu abrogato ai sensi dell'art. 3, d.lgs. 20 dicembre 1993, n. 534.

resto, oggi si è propensi a ritenere che il riconoscimento del diritto di esprimere liberamente il proprio voto comprenda anche la tutela del c.d. “*right not to vote*”<sup>33</sup>.

Forse anche in ragione della natura obbligatoria ma non sanzionabile del voto, il rispetto dei principi costituzionali tutelati dallo stesso art. 48 Cost., sino a oggi sembra prevalere nel bilanciamento con il diritto alla partecipazione democratica dei cittadini<sup>34</sup>. Infatti, nonostante alcune forme di sperimentazione a livello locale<sup>35</sup>, il c.d. *home vote* non ha avuto (ancora) una concreta applicazione nel nostro Paese, proprio per la intrinseca impossibilità di garantire il rispetto della personalità e della segretezza del voto. In altre parole, per un voto segreto, libero e genuino rilevano condizioni non solo giuridiche, ma anche ambientali, affinché il cittadino abbia fiducia in un sistema trasparente, affidabile ed efficiente<sup>36</sup>.

Innanzitutto, per quanto concerne il requisito della personalità del voto, non si è ancora in grado di assicurare che il soggetto che effettivamente esprime il voto sia l’avente diritto. Invero, tale ostacolo potrebbe essere superabile in un futuro non lontano, qualora si riescano a sviluppare tecnologie che garantiscono un sufficiente grado di certezza sulla identità del votante (per esempio, attraverso avanzati lettori di impronte digitali o la lettura dei dati biometrici).

Privo del tutto di tutela appare invece il principio della segretezza del voto – che si colloca tra i principi su cui si fonda il costituzionalismo moderno –, rivelandosi necessario al corretto funzionamento dei sistemi di democrazia rappresentativa, oltreché baluardo della libertà e dell’uguaglianza dei cittadini<sup>37</sup>. Non si riesce infatti a immaginare come anche i più raffinati strumenti tecnologici possano scongiurare la possibilità per l’elettore di essere esposto allo sguardo altrui e subirne pertanto (quantomeno) il condizionamento; a ciò poi si aggiunga il rischio che il voto possa essere successivamente riconosciuto in rete, con irreparabile danno in termini di sicurezza e affidabilità nei confronti del sistema elettorale.

### 3. Il principio della segretezza del voto in una prospettiva comparata

Al di là delle previsioni dei singoli ordinamenti nazionali, il principio della segretezza del voto è espressamente riconosciuto anche dalle Carte sovranazionali<sup>38</sup>, quale strumento garante della

---

<sup>33</sup> M. ROSPI, *Segretezza del voto e democrazia. Le diverse declinazioni di un rapporto complesso*, Napoli, 2020, 29. In particolare, si fa riferimento all’art. 3 del Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia del diritto dell’uomo e delle libertà fondamentali, ai sensi del quale «Le Alte Parti contraenti si impegnano a organizzare, a intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell’opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo».

<sup>34</sup> Per quanto riguarda il requisito della personalità, in caso di *home vote*, non sarebbe agevole l’individuazione di strumenti tecnici, alla portata di tutti, in grado di assicurare che chi concretamente partecipa al voto sia l’avente diritto. Con riferimento ai requisiti minimi della libertà e segretezza, non si potrebbe invece assicurare che l’avente diritto esprima il suo voto in solitudine e libero da condizionamenti; inoltre, il voto potrebbe essere successivamente riconosciuto dalla rete. M. RUBECHI, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, cit., 134.

<sup>35</sup> È stata la città di Avellino ad avviare per prima, a livello europeo, la sperimentazione del voto elettronico a distanza in occasione del referendum costituzionale del 7 ottobre 2001. In particolare, tale iniziativa si inseriva nell’ambito di un vasto progetto europeo di ricerca e sviluppo denominato *E-POLL (Electronic Poll)*, cofinanziato dalla Commissione europea, in cui tutti i votanti di una intera sezione elettorale, su base volontaria, potevano esprimere il proprio voto presso il “seggio elettronico”. Pertanto, i cittadini hanno avuto modo di votare sia in maniera tradizionale, sia con le nuove tecniche elettroniche (sebbene l’unica votazione valida fosse ancora quella espressa sulla scheda elettorale). Inoltre, un secondo punto elettorale veniva installato presso i locali del Comune, consentendo così all’elettore di votare senza recarsi presso un seggio prestabilito.

<sup>36</sup> M. SCHIRIPPA, *Il voto elettronico: strumento di partecipazione ed efficienza o pericoloso marchingegno da evitare*, in *Rassegna parlamentare*, Roma, 2019, 42.

<sup>37</sup> M. ROSPI, *Segretezza del voto e democrazia*, cit., 30.

<sup>38</sup> Cfr. art. 21, par. 3, Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo; art. 3, par. 1, Prot. add. alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo; art. 25 Patto internazionale sui diritti civili e politici; art. 1, Convenzione sui diritti politici della donna.

“genuinità” del voto, cui particolare rilievo è attribuito dall’art. 21, par. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo<sup>39</sup>. L’art. 3 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo impone poi alle Alte Parti contraenti di organizzare, a intervalli ragionevoli, «libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell’opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo».

A livello europeo il pieno riconoscimento del principio della segretezza del voto si è avuto con il Trattato di Lisbona e con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea che, ai sensi dell’art. 6, par. 1, TUE, ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati. Segnatamente, l’art. 39, par. 2, della Carta prevede che «I membri del Parlamento europeo sono eletti a suffragio universale diretto, libero e segreto». Tale principio, al di là della positivizzazione in una specifica disposizione costituzionale, non può essere sovvertito da parte degli Stati membri in quanto rappresenta uno standard minimo di tutela delle democrazie rappresentative, posto a fondamento sia del funzionamento dell’Unione europea sia delle tradizioni costituzionali democratiche degli Stati europei.

Nel nostro ordinamento, l’affermazione del principio della segretezza del voto ha radici lontane e si lega al tema della graduale estensione del suffragio, quale volano del principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, garantita per l’appunto dall’esercizio del voto al sicuro da pressioni esterne<sup>40</sup>. Sinteticamente, dopo essere stato dato per presupposto quale elemento essenziale per garantire le libere elezioni nella prima legge elettorale della Camera dei deputati<sup>41</sup>, il voto segreto ha avuto formale riconoscimento con la legge 22 gennaio 1882, n. 593<sup>42</sup>. Con la riforma elettorale avviata nel 1910 e l’estensione del suffragio agli analfabeti, divenne poi forte l’esigenza di una riforma che garantisse la segretezza – e dunque la libertà – del voto, culminata nell’approvazione del testo unico di cui al r.d. 26 giugno 1913, n. 821<sup>43</sup>, come più volte modificato. Il meccanismo elettorale prevedeva la votazione mediante apposite buste, all’interno delle quali veniva riposta la scheda elettorale con il relativo bollo (busta, scheda e bollo dovevano corrispondere al tipo unico specificamente indicato dalla legge).

Tuttavia, con l’avvento del regime fascista questa rincorsa verso la democrazia subì una forte battuta d’arresto anche sotto il profilo della segretezza del voto. Infatti, con l’approvazione della legge 18 novembre 1923, n. 2444 – meglio nota come legge Acerbo – fu introdotta la scheda di Stato e abolita la busta, sicché lo Stato medesimo (e non più i partiti) si preoccupava di predisporre le schede elettorali, di modo che gli elettori potessero comprendere la primarietà del Partito nazionale fascista e delle liste a esso collegate.

Successivamente, con la Costituzione del 1947 e la consacrazione della sovranità popolare mediante il suffragio universale, il riconoscimento del diritto di voto personale, libero e segreto ha dato attuazione al principio di uguaglianza, di talché potesse essere assicurata «la par condicio dei cittadini nel momento in cui, con l’espressione del loro voto, in sostanza, danno concreto contenuto alla sovranità popolare<sup>44</sup>». Non vi furono remore in Assemblea costituente per l’approvazione delle

---

<sup>39</sup> Art. 21, par. 3, Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo: «The will of the people shall be the basis of the authority of government; this will shall be expressed in periodic and genuine elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret vote or by equivalent free voting procedures». Il concetto della genuinità del voto è stato ripreso anche dalla nostra Corte costituzionale: *ex multis*, [Corte cost., sent. n. 43 del 1961](#).

<sup>40</sup> S. SONNINO, *Il suffragio universale in Italia*, Firenze, 1870, in ID., *Scritti e discorsi extra-parlamentari 1870-1902*, (a cura di B. Brown), 1972, 30. A differenza di quanto ritenuto precedentemente da Mill, per Sonnino il diritto di ogni cittadino a essere rappresentato nel governo non poteva essere condizionato alla capacità di leggere e scrivere.

<sup>41</sup> Regio editto elettorale del 17 marzo 1848, n. 680.

<sup>42</sup> Artt. 65 e 66, l. 22 gennaio 1882, n. 593, *Legge elettorale politica*. L’elettore, recatosi alle urne, dopo aver compilato la scheda elettorale, «la consegna piegata al presidente che la depone in una seconda urna di vetro trasparente (...)».

<sup>43</sup> R.d. 26 giugno 1913, n. 821, *Che approva l’annesso testo unico della legge elettorale politica in sostituzione di quello approvato con la legge 30 giugno 1912, n. 66*.

<sup>44</sup> [Corte cost., sent. n. 39 del 1973](#), par. 2 del *Considerato in diritto*.

caratteristiche del voto, in quanto fu pacificamente recepito l'invito della Commissione di Studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (c.d. Commissione Forti<sup>45</sup>) di introdurre una disposizione costituzionale che prevedesse l'esercizio del voto uguale, libero, segreto e personale.

Se però l'art. 48 della Costituzione italiana riconosce in via generale il principio della segretezza del voto, in altre Costituzioni la tutela del voto segreto è garantita espressamente soltanto per le elezioni parlamentari (per esempio, in Germania o in Danimarca)<sup>46</sup>. Altrove, invece, una apposita previsione costituzionale manca e la relativa statuizione è dunque rimessa alla legislazione in materia elettorale: è, per esempio, il caso del Regno Unito che, com'è noto, non possiede una Costituzione in senso formale e dove il voto segreto per le elezioni parlamentari è stato introdotto per la prima volta dal *Ballot Act* del 1872.

In altri termini, il principio della segretezza non è applicato allo stesso modo, e con la medesima rigidità, in tutte le democrazie contemporanee, posto che gli Stati membri godono di un ampio margine di discrezionalità nella scelta del sistema elettorale e delle condizioni per assicurare il suffragio universale<sup>47</sup> (purché comunque legittime e proporzionate<sup>48</sup>). È comunque vero che il Consiglio europeo già nel 2004 ha emanato apposite Raccomandazioni affinché il meccanismo dell'*e-voting* sia compatibile con i principi democratici<sup>49</sup>. Inoltre, soprattutto laddove previsto nei testi costituzionali, il principio della segretezza del voto viene considerato una pietra miliare della

---

<sup>45</sup> La Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato fu istituita quale Commissione di studio e d'inchiesta il 21 novembre 1945 per l'esecuzione di uno dei compiti affidati al Ministro per la Costituente, ossia di «predisporre gli elementi per lo studio della nuova Costituzione che dovrà determinare l'assetto politico dello Stato» (d.lgs. 31 luglio 1945, n. 435, artt. 2 e 5). Sempre sotto la presidenza di Ugo Forti, docente di diritto amministrativo presso l'Università di Napoli, questa Commissione si differenziava dalla precedente Commissione per la riforma dell'amministrazione innanzitutto per il fatto di avvalersi non soltanto di tecnici, ma anche di esperti designati dai partiti; si divideva poi in cinque Sottocommissioni (problemi costituzionali; organizzazione dello Stato; autonomie locali; enti pubblici non territoriali e organizzazione sanitaria). All'inizio dei lavori si pose il quesito sulla possibilità di redigere una bozza di Costituzione, alla quale tuttavia il Ministro Nenni rispose negativamente, in ragione della natura esclusivamente tecnica della Commissione: la scelta del modello istituzionale avrebbe infatti presupposto una discussione su questioni politiche sottratte alla competenza della Commissione e del Ministero medesimo, in quanto riservate esclusivamente all'Assemblea Costituente. La Commissione non fece comunque in tempo a giungere a una sintesi del proprio lavoro, sicché la Relazione presentata all'Assemblea costituente, datata 30 maggio 1946, si presentò come la raccolta delle relazioni elaborate dalle Sottocommissioni e dalle rispettive conclusioni. Sui lavori della c.d. Commissione Forti, G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana: i lavori preparatori della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (1945-1946)*, Bologna, 1979; M.S. GIANNINI, *Nenni al Ministero per la Costituente*, in *Nenni dieci anni dopo*, Roma, 1990; G. ZAGREBELSKY, *La commissione Forti e i suoi giuristi*, in AA.VV., *Il Parlamento italiano 1861-1988, XIII, 1943-1945. Dalla Resistenza alla democrazia. Da Badoglio a De Gasperi*, Milano, 1989, 159 ss.

<sup>46</sup> A titolo esemplificativo, si richiamano: art. 38 della Legge fondamentale tedesca, ai sensi del quale «I deputati della Dieta federale germanica sono eletti con elezione generale libera, eguale e segreta. Essi sono rappresentanti di tutto il popolo, non sono vincolati da mandato od istruzioni e sono soggetti soltanto alla loro coscienza»; art. 53 della Costituzione dei Paesi Bassi, secondo il quale le elezioni per i membri delle due Camere «si svolgono a scrutinio segreto»; art. 31 della Costituzione della Danimarca, che prevede che «I membri del Parlamento sono eletti a suffragio universale, diretto e segreto»; art. 1 del Cap. III della Costituzione svedese, ai sensi del quale «Il Riksdag è eletto con votazioni libere a suffragio diretto e segreto».

<sup>47</sup> EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Report on the compatibility of remote voting and electronic voting with the standards of the Council of Europe*, Venezia, 12-13 marzo 2004.

<sup>48</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 2 marzo 1987, *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, par. 52. Gli Stati membri possono imporre condizioni per l'esercizio del diritto di voto, nonché del diritto di candidarsi, purché non siano vietate dall'art. 3 del Protocollo n. 1 alla Cedu, il cui rispetto spetta alla Corte giudicare. In particolare, tali condizioni non possono limitare i diritti in questione in misura tale da pregiudicarne l'essenza e da privarli della loro effettività; devono perseguire un fine legittimo; i mezzi impiegati non sono sproporzionati.

<sup>49</sup> Raccomandazione Rec(2004)11, *Legal, operational and technical standards for e-voting*, adottate il 30 settembre 2004 dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa. In particolare, le tecniche di *e-voting* devono garantire lo stesso livello di affidabilità e sicurezza che caratterizza le elezioni che non fanno uso di strumenti elettronici. Segnatamente, il suffragio deve essere universale, uguale, libero, segreto; le procedure devono essere trasparenti, verificabili, affidabili e sicure. Tale Raccomandazione è stata aggiornata a opera della Raccomandazione CM/Rec(2017)5.

democrazia, al punto che nella pratica molti Paesi europei che inizialmente avevano dimostrato una apertura per le forme di votazione elettronica, alla fine hanno optato però per il loro abbandono e il ritorno al sistema di votazione cartacea<sup>50</sup>.

Esempio emblematico di un sistema all'avanguardia sotto il profilo della digitalizzazione è quello dell'Estonia, ove la legge elettorale, in alternativa al voto espresso al seggio, ammette l'esercizio del voto a distanza, garantito peraltro dalla possibilità per lo stesso elettore di modificare il proprio voto fino al giorno stesso delle elezioni, sia dal seggio che da remoto, proprio a garanzia della segretezza e sicurezza del voto<sup>51</sup>. Pertanto, in attuazione sia del principio della massima agevolazione del voto, sia di quello della massima libertà di scelta da parte dell'elettore, all'elettore estone è rimessa la facoltà di scegliere se esprimere la propria preferenza in via digitale o mediante il tradizionale metodo di votazione cartacea. Invero, preme in questa sede avanzare talune perplessità in ordine al funzionamento di tale meccanismo – considerato l'esempio di un sistema che valorizza la partecipazione elettorale<sup>52</sup> –, in quanto i principi della segretezza e sicurezza del voto potrebbero essere sovvertiti dall'intervento di un soggetto terzo che, fino al momento delle elezioni, ben potrebbe condizionare la correzione di un voto liberamente espresso in prima istanza.

Infine, merita menzione la Svizzera ove, dopo una fase sperimentale durata circa quindici anni, con oltre trecento prove eseguite in un totale di quindici Cantoni, il voto elettronico non è più disponibile. Tuttavia, il 26 giugno 2019 il Consiglio federale ha incaricato la Cancelleria federale di provvedere a riorganizzare la fase sperimentale del voto elettronico in collaborazione con i Cantoni, al fine di raggiungere un'operatività stabile con sistemi di ultima generazione interamente verificabili<sup>53</sup>.

#### 4. Una deroga al principio della segretezza del voto: il voto per corrispondenza

Alla luce di quanto sin qui esposto, è indubbio che il principio della segretezza del voto rappresenti un punto fermo nella interpretazione costituzionale della legislazione elettorale, posto che, come riconosciuto dalla Corte costituzionale, «la garanzia di segretezza del voto (..) si risolve anche in garanzia di libertà ed è perciò assolutamente inderogabile<sup>54</sup>»; si pone a tutela della libertà del voto, e dunque condizione necessaria per la sua effettiva garanzia, posto che, ove l'opzione dell'elettore fosse conoscibile, questi potrebbe essere indirizzato nella sua scelta. Segretezza e

---

<sup>50</sup> Così è stato in Irlanda nel 2004, in ragione dell'incapacità di garantire l'affidabilità del voto; nei Paesi Bassi nel 2008, in ragione dell'alto rischio di frodi su larga scala; nel Regno Unito nel 2008, per la scarsa fiducia dell'elettorato nella nuova procedura di votazione e per le difficoltà tecniche emerse durante le operazioni elettorali; in Norvegia nel 2014, oltre che per la scarsa fiducia dell'elettorato, anche perché le sperimentazioni non avevano dimostrato una variazione in positivo della partecipazione alle urne. Per un approfondimento, *Le nuove frontiere del diritto di voto. Uno studio di diritto comparato*, Milano, 2021, 63 ss.

<sup>51</sup> Nel 2005, l'Estonia è stato il primo Paese a prevedere la votazione su internet per le elezioni nazionali. Il sistema *i-Voting* consente agli elettori di votare da qualsiasi computer collegato a internet in qualsiasi parte del mondo. Durante un determinato periodo di pre-votazione, l'elettore si collega al sistema utilizzando la propria e-ID rilasciata dal governo ed esprime il proprio voto. L'identità dell'elettore viene rimossa dalla scheda prima che questa raggiunga la Commissione elettorale nazionale per il conteggio, garantendo così l'anonimato. A metà 2019, il voto via internet era già stato utilizzato in undici occasioni e già oltre il 40% degli elettori preferisce questo metodo (*i-Voting*).

<sup>52</sup> M. SCHIRIPA, *Le nuove frontiere del diritto di voto. Uno studio di diritto comparato*, cit., 42 ss.

<sup>53</sup> Il progetto *Vote électronique*, avviato circa quindi anni orsono, è parte integrante della strategia di *e-Government* della Svizzera, secondo la quale gli elettori devono poter votare avvalendosi di sistemi accessibili, mobili e tracciabili, nel rispetto di severi requisiti di sicurezza previsti dal diritto federale. Nella prima tappa della riorganizzazione avviata nel 2019 sono state rivedute le basi legali del voto elettronico. Segnatamente, la revisione parziale dell'ordinanza sui diritti politici (ODP) e la revisione totale dell'ordinanza della Cancelleria federale concernente il voto elettronico (OVE) sono entrate in vigore il 1° luglio 2022; su questa base i Cantoni possono chiedere nuovamente al Consiglio federale di autorizzarli, nell'ambito della fase sperimentale, a proporre il voto elettronico (*Vote électronique*).

<sup>54</sup> *Corte cost., sent. n. 96 del 1968*, par. 4 del *Considerato in diritto*.

libertà costituiscono dunque due garanzie consolidate nei sistemi elettorali contemporanei, al punto da essere considerati prerequisiti della democraticità stessa dell'ordinamento<sup>55</sup>, i quali garantiscono altresì l'attendibilità del risultato elettorale e, dunque, la composizione degli organi rappresentativi. Da qui discende anche l'indisponibilità del voto, come dimostrato dal fatto che è sanzionata con la nullità la votazione che avviene al di fuori della cabina elettorale<sup>56</sup>, ovvero espressa su una scheda elettorale che presenti un segno di riconoscimento del votante<sup>57</sup>.

Tuttavia, è altrettanto vero che, prima ancora del voto elettronico, il nostro ordinamento ha previsto forme di "agevolazione" del voto applicabili a particolari porzioni di elettorato, ai quali è consentito di votare a distanza, con buona pace del principio della segretezza: è quanto avviene infatti per gli elettori che si trovano in difficili situazioni fisiche o lavorative, e siano residenti all'estero<sup>58</sup>. In particolare, in tali circostanze, sono ammesse tecniche di votazione alternative a quelle della presenza fisica al seggio elettorale, che pongono un problema di certezza in ordine all'identificazione dell'elettore, alla libera espressione della sua preferenza elettorale, alla riservatezza del voto (posto che la scheda viene trasmessa per mezzo del servizio postale e potrebbe essere intercettata). Il legislatore ha dunque operato un bilanciamento tra i valori costituzionali, trovando un nuovo equilibrio tra l'effettività del voto (ossia, l'adempimento al dovere civico del voto e dunque al diritto al voto) e l'uguaglianza sostanziale tra i cittadini nella partecipazione alla vita politica del Paese, da un lato, e la tutela della sicurezza del voto nel suo libero esercizio, dall'altro.

Invero, già a partire dalla fine del XIX secolo, in tutte le principali democrazie elettorali si andava ad affermare il voto "a distanza", anche mediante servizio postale, previsto in via esclusiva ovvero alternativa al voto al seggio<sup>59</sup>. Come noto, con specifico riferimento al nostro Paese, attualmente è la legge n. 459 del 27 dicembre 2001 (e il suo regolamento di attuazione di cui al d.P.R. 2 aprile 2003, n. 104) a prevedere la disciplina per l'esercizio del diritto di voto dei cittadini italiani residenti all'estero<sup>60</sup>, che consente loro di votare per corrispondenza, in alternativa al voto in Italia nella circoscrizione del territorio nazionale relativa alla sezione elettorale in cui sono iscritti.

Tale meccanismo di voto - esteso ai cittadini italiani che, per motivi di lavoro, studio o cure mediche (e i loro conviventi), si trovano, per un periodo di almeno tre mesi nel quale ricade la data di svolgimento della medesima consultazione elettorale, in un Paese estero in cui non sono anagraficamente residenti - viene adottato nel perseguimento dell'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale, per rimuovere gli ostacoli che limitano il libero espletamento del diritto di voto, e dunque del suffragio. Infatti, l'elettore che si trova all'estero stabilmente potrebbe essere impossibilitato a recarsi alle urne nel territorio italiano, considerato peraltro che dovrebbe sostenere anche le spese di viaggio.

---

<sup>55</sup> M. RUBECCHI, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, cit., 91.

<sup>56</sup> Art. 62, d.p.r. 30 marzo 1957, n. 361.

<sup>57</sup> Art. 70, d.p.r. 30 marzo 1957, n. 361.

<sup>58</sup> Le origini del voto non in presenza sono piuttosto antiche, in quanto già alla fine dell'Ottocento, con la progressiva estensione del suffragio universale, le grandi nazioni, al fine di garantire l'effettività del diritto di voto, sperimentarono forme di voto a distanza per coloro che non potevano votare nel proprio distretto elettorale di residenza (per esempio, i militari). F. CLEMENTI, *Il voto "elettronico" tra deliberazione ed elezione al tempo del coronavirus*, in G. CARVALE, S. CECCANTI, L. FROSINA, P. PICIACCHIA, A. ZEI, *Scritti in onore di Fulco Lanchester*, Napoli, 2022, 392.

<sup>59</sup> L. TRUCCO, *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2011, 1, 48. Il voto per corrispondenza sarebbe apparso per la prima volta nei collegi elettorali delle Università inglesi nel 1865, per poi trovare compiuta attuazione in Australia e negli Stati Uniti (in quest'ultimo caso, soprattutto per agevolare la votazione dei militari impegnati nella guerra civile). Infine, nel XX secolo, ha iniziato ad apparire anche in alcuni Stati europei.

<sup>60</sup> Ai sensi dell'art. 4-bis, l. n. 27 dicembre 2001, n. 459, possono votare per corrispondenza nella sezione Estero i cittadini italiani che, per motivi di lavoro, studio o cure mediche (e i loro conviventi), si trovano, per un periodo di almeno tre mesi nel quale ricade la data di svolgimento della medesima consultazione elettorale, in un Paese estero in cui non sono anagraficamente residenti ai sensi della legge n. 470 del 1988.

È intuitivo come tale meccanismo non tuteli sufficientemente la segretezza del voto, atteso che la normativa non prevede pressoché alcun accorgimento né per accertare l'identità del votante, né per verificare che quest'ultimo abbia liberamente espresso la sua preferenza: infatti, non vi è possibilità per gli elettori di recarsi a un seggio nello Stato di residenza, sicché questi sono tenuti a esprimere il proprio voto sulla scheda elettorale trasmessa dagli uffici elettorali competenti, che dovrà essere inserita nella busta sigillata (da introdurre a sua volta nella busta affrancata, unitamente al tagliando staccato dal certificato elettorale comprovante l'esercizio del diritto di voto<sup>61</sup>).

Ma vi è di più. A partire dal 2012, ai cittadini italiani residenti all'estero è stata riconosciuta la possibilità di votare non soltanto a distanza, ma anche mediante l'utilizzo della tecnologia informatica, specificamente per le elezioni per il rinnovo dei Comitati degli italiani all'estero (COMITES) e del Consiglio generale degli italiani all'estero (CGIE), sempreché ciò avvenga «nel rispetto dei principi di personalità e segretezza del voto» e premunendosi dai rischi del c.d. *digital divide*<sup>62</sup>. Per tali procedure elettorali, pertanto, il bilanciamento operato dal legislatore sembra essersi concluso in favore del principio dell'effettività del voto, “superando” dunque il problema della segretezza. Pertanto, il legislatore ha considerato il problema della segretezza del voto recessivo nel caso in cui l'elettore si trovi a una oggettiva lontananza dal seggio<sup>63</sup>: pur nella consapevolezza del potenziale *vulnus* che il voto a distanza – sia esso elettronico o cartaceo – intrinsecamente comporta al principio della segretezza del voto, tale sacrificio deve essere stato inteso alla stregua di una contropartita “tollerabile” per garantire l'esercizio di un diritto che altrimenti incontrerebbe ostacoli di ordine materiale difficilmente superabili. In altri termini, la strada del voto per corrispondenza è stata considerata quasi obbligata per realizzare quella partecipazione in condizioni di uguaglianza che realizza la sovranità popolare alla base del nostro ordinamento costituzionale, date le difficoltà pressoché insormontabili derivanti dall'unica alternativa astrattamente possibile ma impraticabile, quale appunto la istituzione di appositi seggi in territorio straniero per consentire l'esercizio del c.d. *voto in loco*.

La medesima considerazione non sarebbe valida in caso di applicazione generalizzata dell'*home vote*<sup>64</sup>, nonostante le analogie tra le due situazioni in termini di ipotetica violazione dei principi di segretezza, libertà e personalità del voto. Invero, la differenza tra le due situazioni sarebbe “quantitativa”, dipendendo dal numero limitato di elettori cui viene consentito il ricorso al voto a distanza; e “qualitativa”, poiché nel caso degli elettori all'estero sarebbe oggettivamente difficile organizzare una votazione in presenza presso un seggio elettorale da istituire in altro Stato.

---

<sup>61</sup> Art. 12, l. 27 dicembre 2001, n. 459.

<sup>62</sup> Segnatamente, ai sensi dell'art. 1, comma 1, d.l. 30 maggio 2012, n. 67, *Disposizioni urgenti per il rinnovo dei Comitati e del Consiglio generale degli italiani all'estero*, conv., con modif., nella l. 23 luglio 2012, n. 118: «Con regolamento da adottare ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, su proposta del Ministro degli affari esteri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro delegato all'innovazione tecnologica e allo sviluppo della società dell'informazione, sono stabilite le modalità di votazione e scrutinio nei seggi costituiti presso la sede dell'ufficio consolare o, ove possibile, anche in altri locali predisposti dal comitato elettorale, tenuto conto del numero degli elettori, della loro dislocazione e della disponibilità di personale, anche mediante l'utilizzo di tecnologia informatica, nel rispetto dei principi di personalità e segretezza del voto, in modo da garantire che il relativo onere non superi il tetto di spesa indicato al comma 3 del presente articolo, che il sistema di voto con tecnologia informatica sia sicuro da attacchi deliberati o comunque non autorizzati, garantisca il funzionamento del voto da qualunque inefficienza del materiale o del programma tecnologico e consenta all'elettore di poter ottenere conferma del suo voto. Con il medesimo regolamento è stabilita la disciplina delle operazioni di scrutinio nel rispetto del principio di segretezza del voto, adeguate all'adozione del sistema di votazione mediante l'utilizzo di tecnologia informatica, nonché la modalità di partecipazione al voto con tecnologia informatica mediante la disponibilità di postazioni di accesso per gli elettori che non dispongono di un personal computer ovvero che si trovano in Paesi in cui la trasmissione cifrata dei dati è interdetta o impossibile».

<sup>63</sup> M. MANCARELLA, *Il voto elettronico*, in G. CASSANO, S. PREVITI, *Il diritto di internet nell'era digitale*, cit., 40.

<sup>64</sup> M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, cit., 275 ss.



Pertanto, per gli elettori all'estero, il ricorso al voto elettronico consentirebbe oltre che l'effettività del diritto, anche una maggiore speditezza, economicità e sicurezza nel calcolo dei risultati.

Infine, altra forma di cedevolezza *in toto* della segretezza del voto, sempre finalizzata a garantirne l'esercizio, è data dalla possibilità, per determinate categorie di elettori, di ricorrere al voto assistito. Questi sono i soggetti affetti da una disabilità fisica tale da rendere impossibile l'esercizio del voto in autonomia, sebbene il legislatore abbia previsto taluni accorgimenti e cautele per assicurare – per quanto possibile – la genuinità dell'elettore<sup>65</sup>. In tali casi, infatti, come precisato dalla giurisprudenza amministrativa, «il diritto alla riservatezza sarebbe recessivo rispetto all'interesse pubblico, inderogabile, che sia pubblicamente dichiarata la ragione per cui si deroga alla personalità e segretezza del voto<sup>66</sup>». Invero, va osservato come in tali casi la tecnologia potrebbe intervenire proprio per garantire la segretezza del voto, fornendo una strumentazione alternativa: oltre al linguaggio *braille* per gli ipovedenti, si potrebbero prevedere meccanismi di robotica – già utilizzati per soggetti disabili per la comunicazione in diversi contesti – che consentono, per esempio, la lettura della volontà dell'infermo mediante il movimento degli occhi.

### 5. Prospettive in ordine al c.d. *home vote* alla luce della giurisprudenza costituzionale: una ipotetica apertura

Alla luce di quanto fin qui esposto, sembrerebbe agevole concludere che una eventuale apertura generalizzata del nostro sistema al c.d. *home vote* per le elezioni politiche debba ritenersi effettivamente incostituzionale. Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale in materia elettorale – pur non intervenendo nel merito sulla legittimità di leggi che potessero avere effettivamente violato il principio della segretezza del voto – offre spunti di riflessione che consentono di mettere quantomeno in dubbio questa affermazione, al netto di ulteriori potenziali criticità date dai rischi connessi alle procedure informatiche, i quali potrebbero comportare un sentimento di sfiducia nei cittadini (per esempio, i rischi di *blackout*, di attacchi di *hackers*, di furto o dirottamento di voti).

In particolare, la Corte costituzionale, chiamata a intervenire sulla legittimità costituzionale delle previsioni di cui alla legge n. 459 del 2001 che permettono il voto per corrispondenza, proprio in relazione all'art. 48, commi 2 e 3 Cost., sia nella fase della sua manifestazione, sia in quella successiva della sua comunicazione, con [ordinanza n. 63 del 2018](#), sebbene non sia intervenuta nel merito della questione (avente a oggetto un mero accertamento giudiziale della concreta volontà della legge), non ha mancato di sottolineare le «oggettive criticità della normativa denunciata quanto al bilanciamento della “effettività” del diritto di voto dei cittadini residenti all'estero con gli imprescindibili requisiti di personalità, libertà e segretezza del voto stesso, con riferimento ai parametri di cui, rispettivamente, ai commi terzo e secondo dell'art. 48 della Costituzione<sup>67</sup>».

---

<sup>65</sup> Art. 55, d.p.r. 30 marzo 1957, n. 361: «I ciechi, gli amputati delle mani, gli affetti da paralisi o da altro impedimento di analoga gravità esercitano il diritto elettorale con l'aiuto di un elettore della propria famiglia o, in mancanza, di un altro elettore, che sia stato volontariamente scelto come accompagnatore, purché l'uno o l'altro sia iscritto in qualsiasi Comune della Repubblica».

<sup>66</sup> *Ex multis*, Consiglio di Stato, V, sent. 19 aprile 2007, n. 1812: «l'impedimento, che consente il voto con accompagnatore (c.d. voto assistito) è soltanto quello che riguarda l'uso delle mani o della vista, e che esso deve risultare dal verbale o dal certificato medico "eventualmente" esibito. Appare ovvio che l'indicazione di simili impedimenti non ha nulla che possa confliggere con il diritto alla riservatezza, perché non si vede come possa essere circondato dal segreto il fatto che una persona è priva delle mani o della vista; ma in ogni caso il diritto alla riservatezza sarebbe recessivo rispetto all'interesse pubblico, inderogabile, che sia pubblicamente dichiarata la ragione per cui si deroga alla personalità e segretezza del voto. Diversamente, come il caso in esame mostra all'evidenza, si cade nell'abuso dell'istituto del voto assistito, che da mezzo per consentire il voto alle persone fisicamente impedito si trasforma in una deplorabile umiliazione delle persone anziane, prese a pretesto per votare due volte».

<sup>67</sup> [Corte cost., ord. n. 63 del 2018](#). La questione è stata dichiarata inammissibile in quanto appariva insufficientemente motivato il riferimento all'accertamento della pienezza del diritto di voto dei cittadini residenti

Invero, la Corte sembra affermare che, in linea teorica, ove la questione non avesse tratto origine da questioni di carattere referendario, sarebbe stata ipoteticamente ammissibile un'azione di accertamento del diritto di voto, onde evitare che le leggi elettorali possano essere altrimenti sottratte al controllo di costituzionalità<sup>68</sup>. La Consulta, dunque, non esclude che vi sia un profilo di incostituzionalità per irragionevole bilanciamento tra i valori costituzionali in conflitto, ma non arriva a pronunciarsi sulla questione e la normativa è ormai vigente da oltre venti anni.

Merita altresì menzione il richiamo ad un'altra decisione della Corte costituzionale, che pure è intervenuta in materia elettorale concludendo con una dichiarazione di inammissibilità della questione, lasciando tuttavia taluni dubbi interpretativi pendenti. Si tratta della [sentenza n. 193 del 2015](#), in cui la Corte era stata chiamata a pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale della disciplina della legge regionale Lombardia<sup>69</sup> che prevedeva l'assegnazione del premio di maggioranza per l'elezione del Consiglio regionale, in particolare riconoscendo valore determinante al risultato conseguito dal candidato eletto alla carica di Presidente. Al di là del merito, ciò che qui rileva è che la Corte ha motivato la dichiarata inammissibilità della questione sul presupposto che la disposizione censurata, nella sua applicazione al caso concreto, non aveva prodotto alcuno degli effetti incostituzionali paventati dal rimettente: la maggioranza assoluta dei seggi non era stata attribuita a una coalizione votata da una frazione minima dell'elettorato; il Presidente a cui le liste erano collegate non era stato eletto con un numero esiguo di voti; il voto disgiunto aveva comportato voti per le liste collegate inferiori a quelli del Presidente. Tale conclusione non permette però di comprendere se la normativa oggetto di scrutinio sia astrattamente illegittima, in quanto ai fini della declaratoria di una sua eventuale incostituzionalità rileverebbero gli effetti concretamente prodotti.

Gli assunti della Corte nelle sentenze sopra richiamate presentano talune forme di analogia con la tematica che ci occupa. Al pari del voto per corrispondenza, in astratto anche una eventuale normativa che preveda la possibilità del voto elettronico in assenza di presidio presenterebbe oggettive criticità in termini di bilanciamento del principio di effettività del diritto di voto con i requisiti costituzionali del voto stesso, come positivizzati nell'art. 48 Cost. Ma la disciplina contrasterebbe con la Costituzione soltanto ove in concreto si verificassero i temuti brogli? In altre parole, a voler attenersi a quanto la Corte ha sin qui affermato in materia elettorale, non appare agevole individuare i contorni di una eventuale questione di costituzionalità (ove ammissibile<sup>70</sup>), in

---

all'estero; in secondo luogo l'incertezza sulla pienezza del diritto di voto in una procedura referendaria non può essere ritenuta costituzionalmente insuperabile «nel senso di non poter essere risolta, sul piano costituzionale, se non ammettendo un'azione del tipo di quella proposta nel giudizio a quo» (nel caso del referendum costituzionale, infatti, è espressamente prevista la reclamabilità delle operazioni di voto all'Ufficio centrale per la circoscrizione Estero). Merita menzione ai fini della presente indagine che l'Avvocatura dello Stato, in difesa della Presidenza del Consiglio, ha rilevato nel merito che quella del voto per corrispondenza «è stata, in realtà, una scelta "obbligata" dato che il voto per procura è oggettivamente contrario al principio di personalità, mentre il voto in loco, mediante la predisposizione di sezioni elettorali sul territorio degli Stati ospitanti, avrebbe creato problemi irrisolvibili di organizzazione e, in molti casi, sarebbe stato vietato dagli Stati stessi per il rischio di veder lesa la propria sovranità».

<sup>68</sup> M. ROSPI, *Segretezza del voto e democrazia*, cit., 234.

<sup>69</sup> In particolare, la questione aveva a oggetto, tra l'altro, la legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 24, della legge della Regione Lombardia 31 ottobre 2012, n. 17, *Norme per l'elezione del Consiglio regionale e del Presidente della Regione*.

<sup>70</sup> Con [sentenza n. 35 del 2017](#) la Corte costituzionale, nel richiamare la pronuncia n. 1 del 2014, ha precisato che la rilevanza delle questioni sollevate nell'ambito di giudizi introdotti da azioni di accertamento aventi a oggetto la «pienezza» ([sentenza n. 110 del 2015](#)) – ossia la conformità ai principi costituzionali – delle condizioni di esercizio del diritto fondamentale di voto nelle elezioni politiche, richiede: la presenza nell'ordinanza di rimessione di una motivazione sufficiente, e non implausibile, in ordine alla sussistenza dell'interesse ad agire dei ricorrenti nel giudizio principale; il positivo riscontro della pregiudizialità; la peculiarità e il rilievo costituzionale del diritto oggetto di accertamento nel giudizio *a quo* (nella specie, il diritto fondamentale di voto); l'esigenza che non siano sottratte al sindacato di costituzionalità le leggi, quali quelle concernenti le elezioni della Camera e del Senato, che definiscono le regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo.

quanto non si comprende se una normativa favorevole al voto elettronico “a distanza” per le elezioni politiche possa essere considerata in astratto incostituzionale, ovvero se ai fini della incostituzionalità rilevino gli effetti più o meno concretamente prodotti (ossia, se nel caso specifico il voto sia stato coartato da pressioni esterne).

In ordine alla ammissibilità della questione, la Corte stessa ha chiarito che, differentemente da quanto avviene in altri casi (quali per esempio per le elezioni del Parlamento europeo), in relazione alle elezioni politiche nazionali «il diritto di voto non potrebbe altrimenti trovare tutela giurisdizionale in virtù di quanto disposto dall’art. 66 Cost. e dall’art. 87 del d.P.R. n. 361 del 1957<sup>71</sup>». Pertanto, un incidente di costituzionalità in merito a una normativa elettorale illegittima per le elezioni politiche è teoricamente ammissibile, ma potrebbe incontrare il limite della implausibilità delle ragioni addotte dal giudice *a quo* in ordine al concreto interesse ad agire nella soluzione della questione e «della situazione soggettiva e/o oggettiva che risulterebbe, nel caso concreto, potenzialmente impeditiva della segretezza del voto<sup>72</sup>».

Infine, giova ricordare che la Corte costituzionale ha sempre riconosciuto al legislatore un’ampia discrezionalità nella scelta del sistema elettorale «che ritiene più idoneo al contesto storico-politico in cui tale sistema è destinato ad operare», riservandosi una possibilità di intervento limitata ai casi in cui la disciplina introdotta sia manifestamente irragionevole<sup>73</sup>. Il volto della società attuale è indubbiamente mutato in ragione della rivoluzione digitale e sarebbe irrealistico per il legislatore – e, in seconda battuta, per il Giudice costituzionale – ignorare l’avvento delle tecnologie, del *web* e dei benefici che questi comportano.

D’altro canto, compito dello Stato è quello di garantire ai cittadini la possibilità di partecipare alle decisioni collettive, in quanto titolari della sovranità, esercitata attraverso i rappresentanti che, per l’appunto, devono essere espressione del corpo elettorale. La circostanza che attualmente l’affluenza alle urne sia in netto calo di elezione in elezione rende attuale l’esigenza di promuovere la partecipazione dei cittadini al processo democratico, facilitando l’esercizio dei diritti politici e civili.

## 6. Riflessioni conclusive: il futuro nella sperimentazione

Con il presente lavoro, senza la pretesa di avanzare soluzioni al problema del calo di partecipazione democratica alle competizioni elettorali che designano i rappresentanti della collettività, si è inteso avanzare alcuni spunti di riflessione sui possibili risvolti che l’adozione di una tecnica di voto elettronico a distanza possa comportare.

Alla luce dei (pochi) precedenti giurisprudenziali, della normativa nazionale sul voto a distanza già in parte derogatoria al principio della segretezza, e del contesto attuale caratterizzato dall’inarrestabile progresso tecnologico, ulteriormente accelerato dalla diffusione della pandemia da Covid-19, ci si chiede quanto concreti siano – e quanto incidano sul risultato elettorale – i rischi di coartazione del voto espresso telematicamente, ossia dove si collochi per il voto elettronico quel margine di tolleranza che consentirebbe di sacrificare il principio della segretezza sull’altare della partecipazione democratica. Del resto, la democrazia funziona soltanto se i cittadini partecipano al processo decisionale, e ciò è possibile unicamente attraverso l’uso dello strumento del voto.

In assenza di altri rimedi in grado di risolvere il *trend* decrescente della partecipazione attiva della popolazione, l’interrogativo che si pone è se il non voto sia effettivamente meglio del voto a

---

<sup>71</sup> [Corte cost., sent. n. 35 del 2017](#), par. 3.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>72</sup> In questi termini, [Corte cost., ord. n. 63 del 2018](#).

<sup>73</sup> *Ex multis*, [Corte cost., sentt. n. 35 del 2017](#); [n. 1 del 2014](#); [n. 242 del 2012](#); [n. 271 del 2010](#); [n. 107 del 1996](#); [n. 438 del 1993](#); [ord. n. 260 del 2002](#).

distanza<sup>74</sup>. Infatti, non va trascurato che la questione concerne l'esercizio di un diritto riconosciuto come inviolabile, che è anche una funzione pubblica<sup>75</sup>. Dall'altro lato, tuttavia, si pone un principio – quello della segretezza – che, almeno fino ai tempi correnti, è considerato uno dei prerequisiti fondamentali della democraticità di una nazione, posto a presidio del suffragio universale e dell'effettiva garanzia delle libertà civili e politiche, in maniera uguale per tutti.

In tale ottica, nonostante i forti limiti – apparentemente inderogabili – evidenziati, non si può quantomeno non provare a cogliere le opportunità intrinseche delle nuove tecnologie dell'informazione. L'auspicio è quello di innovare i meccanismi di tutela dei diritti per renderli efficaci al mutato contesto sociale, mediante un'opera di bilanciamento che garantisca il funzionamento democratico della società contemporanea. In altri termini, la tecnologia non deve servire ad arrecare un pregiudizio alla rappresentanza, quanto piuttosto ad agevolarla.

Se l'eccezione non potrà sostituirsi alla regola, è altrettanto vero che gli strumenti tecnologici possono rivelarsi comunque utili al fine della rimozione di quegli ostacoli che impediscono la partecipazione di tutti i cittadini all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Forme di discriminazione, infatti, possono derivare dal genere, dal ceto sociale, da condizioni personali: la mancata previsione di sistemi elettorali in grado di garantire l'effettiva e maggiore partecipazione anche di questi soggetti può infatti rappresentare una forma di disuguaglianza sostanziale con riferimento ai cittadini italiani residenti all'estero. È il caso, per esempio, di un lavoratore che si trova sul territorio italiano ma distante dal proprio comune di residenza, impossibilitato a farvi rientro per esprimere il proprio voto (sebbene va ricordato come siano già previste alcune forme di voto itinerante, in particolare per i soggetti malati, ovvero anticipato).

A tal fine, a Costituzione invariata, si rivela strategica un'opera di sperimentazione empirica, che dovrebbe portare all'adozione di misure legislative in grado di garantire l'uso migliore degli strumenti tecnologici a vantaggio dei cittadini, conciliandone i benefici con il rispetto dei principi democratici e dei diritti dell'uomo<sup>76</sup>. In particolare, negli ultimi anni il legislatore ha inteso muoversi in maniera sempre più incisiva verso questa direzione: con legge 27 dicembre 2019, n. 160 (legge di bilancio 2020), è stato avviato un più compiuto processo di sperimentazione del voto elettronico, a livello nazionale, per gli elettori italiani residenti all'estero e di coloro che, per motivi di lavoro, studio o cure mediche, si trovano in un comune o una regione diversa da quella del comune nelle cui liste elettorali risultano iscritti. Pertanto, è stata stanziata la somma di un milione di euro per l'istituzione di un Fondo per il voto elettronico per le elezioni politiche ed europee, nonché per i referendum di cui agli artt. 75 e 138 Cost., demandando a un decreto ministeriale la

---

<sup>74</sup> In un ambito parzialmente diverso, Clementi dà una risposta netta: «il voto a distanza è meglio del non voto». Invero, l'Autore si riferisce alle soluzioni adottate in epoca pandemica dagli Stati europei per permettere, con modalità informatiche, lo svolgimento a distanza dei lavori e delle votazioni parlamentari, consentendo così, al contempo, la difesa del ruolo del Parlamento, di controllore dell'azione del governo e di decisore delle spese da autorizzare, e la protezione della salute dei parlamentari. Tale soluzione tuttavia non è stata adottata dal nostro Paese, forse per mancanza, in seno al Parlamento, della forza politica di affrontare un problema così innovativo, preferendosi piuttosto convocazioni nelle forme tradizionali, con un numero ridotto di parlamentari. Tuttavia, la sostanziale rinuncia al voto in ragione delle oggettive difficoltà a lavorare ha comportato una rottura della democrazia rappresentativa più grave di quella che sarebbe derivata da un dibattito e da un voto a distanza. F. CLEMENTI, *La democrazia rappresentativa si difende pure con il voto a distanza*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, 381. In senso sostanzialmente contrario Pertici sottolinea invece come la riunione e votazione in via telematica delle Camere non convince, in quanto una interpretazione evolutiva in tal senso dell'art. 64 Cost. sarebbe destinata a valere anche oltre l'emergenza, svuotando pertanto il concetto di rappresentanza. Come infatti chiarito dai regolamenti parlamentari, la presenza dei componenti del Parlamento deve intendersi come fisica, considerato peraltro che il momento del voto del parlamentare rappresenta soltanto il punto terminale di un'ampia discussione che necessita la condivisione di uno spazio. A. PERTICI, *Riunirsi e votare in via telematica? Una soluzione che non convince*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, 383.

<sup>75</sup> M. RUBECCHI, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, cit., 81. Si tratta dunque di un diritto funzionale.

<sup>76</sup> P. COSTANZO, *La democrazia elettronica. (Note minime sulla c.d. e-democracy)*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 3, 465 ss.

definizione delle modalità attuative di utilizzo del Fondo<sup>77</sup>. A tal proposito, si rivelerà opportuno analizzare l'impatto del voto elettronico sulle operazioni elettorali, anche al fine di ipotizzarne la replicabilità a livello nazionale. Conseguentemente, con decreto interministeriale del 25 maggio 2021, sono state approvate apposite Linee guida, nonché è stato previsto l'avvio, dopo la chiusura di una prima fase di simulazione, di una fase di sperimentazione del voto elettronico a distanza in un evento elettorale ufficiale, alternativo al sistema di voto tradizionale, da effettuare per il tramite di una *web application* che permette di identificare gli elettori mediante la rispettiva identità digitale. Inoltre, con d.l. 31 maggio 2021, n. 77, la sperimentazione di cui alla legge n. 160/2019, inizialmente prevista per le elezioni europee, politiche e per i *referendum*, è stata estesa anche alle elezioni regionali e amministrative, previo il necessario adeguamento per consentire la sua attuazione per il turno elettorale del 2022<sup>78</sup>. Tuttavia, in considerazione della situazione internazionale e dei correlati rischi legati alla *cybersicurezza*, la sperimentazione è stata rinviata alle elezioni politiche del 2023, prevedendosi contestualmente un nuovo finanziamento del Fondo per il voto elettronico, pari a un milione di euro per l'anno 2023<sup>79</sup>.

Come detto, la sperimentazione è limitata ai modelli che garantiscono il concreto esercizio del diritto di voto degli italiani all'estero e degli elettori che, per motivi di lavoro, studio o cure mediche, si trovino in un comune o una regione diversa da quella del comune nelle cui liste elettorali risultano iscritti. Pertanto, con tali forme di sperimentazione, si intende verificare se la partecipazione attiva alla competizione elettorale sia maggiormente garantita nei confronti di quelle categorie che subirebbero una discriminazione dall'applicazione del solo sistema di voto tradizionale. Ove l'impatto della votazione elettronica sia positivo, si potrebbe pensare a un allargamento della categoria degli elettori cui è riconosciuta la possibilità del c.d. *home vote* in favore di quei soli soggetti che altrimenti sarebbero impossibilitati al voto. Si vuole dire che i limiti costituzionali a un'applicazione generalizzata al voto a distanza appaiono insuperabili, ma la regola può conoscere più di un'eccezione.

Giova sottolineare infine che il processo di sperimentazione del voto elettronico si inserisce oggi tra gli obiettivi dell'Unione europea per la trasformazione digitale dell'Europa, presentati con la Comunicazione 2030 *Digital Compass: the Europea way for the Digital Decade* del 9 marzo 2021. In particolare, viene perseguito il fine di garantire, entro il 2030, che la vita democratica e i servizi pubblici *online* siano completamente accessibili a tutti, anche attraverso il voto elettronico, funzionale a una maggiore partecipazione dei cittadini alla vita democratica.

La nostra società sta dunque vivendo una nuova stagione della democrazia, che sembra volersi indirizzare verso una maggiore partecipazione attiva dei cittadini. Tramite queste forme di sperimentazione, sempre più frequenti e su scala sempre maggiore, e alla luce delle esperienze straniere, il legislatore sta imboccando la giusta strada, cercando di individuare i confini dello spazio di manovra concessogli per l'introduzione delle nuove tecnologie, al fine di evitare di sovvertire in maniera irragionevole proprio quei principi posti a presidio della nostra democrazia. D'altronde, come scrivevano gli stessi Padri Costituenti, «Tutti i mezzi di facilitazione sono utilizzati, perché la universalità del suffragio sia non soltanto dichiarata formalmente ma concretamente attuata nei limiti estremi delle possibilità»<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Art. 1, commi 627 e 628, l. 27 dicembre 2019, n. 160, *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022*.

<sup>78</sup> Art.-38 bis, comma 10, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, *Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*, conv., con modif., nella l. 29 luglio 2021, n. 108.

<sup>79</sup> Art. 6, d.l. maggio 2022, n. 41, *Disposizioni urgenti per lo svolgimento contestuale delle elezioni amministrative e dei referendum previsti dall'articolo 75 della Costituzione da tenersi nell'anno 2022, nonché per l'applicazione di modalità operative, precauzionali e di sicurezza ai fini della raccolta del voto*, conv., con modif., nella l. 30 giugno 2022, n. 84.

<sup>80</sup> Ministero per la Costituente, *Atti della Commissione per la elaborazione della legge elettorale politica per l'Assemblea Costituente, Relazione della Commissione*, Roma, 1945, 7.

**Giorgio Cataldo**  
**Sulla temporaneità nell'emergenza costituzionale. Primi rilievi\***

*“Ebbene, se è vero che la dimensione temporale (al pari di quella spaziale) non è immessa nell'ordinamento, ne resta estranea e non assume, quindi, valore e significato giuridico, non può negarsi, tuttavia, che essa sia strettamente connessa al fenomeno giuridico, vi corra parallelamente, ne segue, per così dire, il ritmo vitale, la nascita e l'estensione o, con una sola parola, la storia.”*  
 Temistocle Martines, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*\*\*

**ABSTRACT:** *The essay focuses on the characteristics of the temporariness component of the emergency rule. Not to be confused with the concept of «shortness», temporariness is important in the scrutiny of proportionality. In this sense, above all, case law on coronavirus offers several systematic insights on the issue, helping to distinguish the temporariness of the emergency from that associated with ordinary contexts, which are more akin to the idea of «tolerability». In the emergency, temporariness presents itself as an increasingly stringent criterion of progressive scrutiny in which the norm's ability to respond to the evolution of the alarming fact is decisive. Thus, the component of temporariness arises in its instrumentality to the constitutional order's endurance during serious events, avoiding the establishment of a stable regime that is antithetical to the original one.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La temporaneità “indefinita” nelle più rilevanti pronunce sull'emergenza precedenti al *coronavirus*. – 3. Eterogenee espressioni della temporaneità in ulteriori casi di scuola. – 3.1 (*segue*): il principio di gradualità. – 3.2 (*segue*): il criterio di tollerabilità. – 3.3 (*segue*): il criterio di brevità. – 3.4 (*segue*): il diverso agire della temporaneità nei casi finora considerati. – 4. Gli elementi di novità presentati dall'emergenza sanitaria. – 4.1 (*segue*): casi di temporaneità emergenziale “ordinaria”. – 4.2 (*segue*): casi di temporaneità emergenziale “rinnovabile”. – 5. Diversi gradi di normativa emergenziale? – 5.1 (*segue*): la temporaneità dell'emergenza come criterio rinnovabile-progressivo. – 6. Conclusioni: l'autonoma dimensione della temporaneità dell'emergenza e la tenuta dell'ordinamento costituzionale.

### 1. Introduzione

Il lemma «emergenza» presenta una particolare derivazione etimologica. Discende anzitutto dal latino «*emèrgere*», ovvero «*venire alla superficie*»<sup>1</sup>. Nel tradursi in un generico «atto di emergere», il vocabolario Treccani sottolinea che solo a partire dalla flessione inglese del termine – «*emergency*» – si indica una «condizione di cose», un «momento critico» che «richiede un intervento immediato»<sup>2</sup>. Proprio (e solo) in riferimento a questa seconda accezione, autorevole dottrina ha evidenziato che l'emergenza consiste in «situazioni improvvise di difficoltà o di pericolo» che «comportano una crisi di funzionamento delle istituzioni operanti nell'ambito di una determinata compagine sociale», precisandone però il «carattere tendenzialmente transitorio (anche se non sempre di breve durata)»<sup>3</sup>.

\* 

\*\* T. Martines, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, vol. III, Diritto pubblico, Milano, 1978, 786.

<sup>1</sup> Voce *Emèrgere*, in *Vocabolario etimologico della lingua italiana*, a cura di O. Pianigiani, Roma-Milano, 1907, 463.

<sup>2</sup> Voce *Emergèza*, in [Treccani](#) (online).

<sup>3</sup> Così A. PIZZORUSSO, voce *Emergenza, stato di*, in *Enc. sc. soc.*, vol. III, Roma, 1993, 551. Negli ultimi decenni, il tema emergenziale si è presentato a più riprese nel dibattito giuridico e non solo. Se si comincia il conto dalla tragedia delle Torri Gemelle del 2001 e dalla successiva, conseguente, politica antiterrorismo, il mondo, soprattutto occidentale, pare continuare ad attraversare molteplici crisi. Tutte queste condizioni di non ordinarietà sembrano manifestarsi, quando più debolmente, quando più intensamente, in maniera ormai costante: emergenze economica, climatica, bellica, energetica e sanitaria continuano a intrecciarsi e a perdurare, generando effetti moltiplicatori. Tant'è che, con un efficiente ossimoro, A. MANGIA, *L'Europa dell'emergenza perenne*, in E. Mostacci, A. Somma (curr.), *Dopo le crisi. Dialoghi sul futuro dell'Europa*, Roma, 2021, 144 ss., evidenzia una condizione europea di «emergenza perenne»; analogamente, di cronicità, di «*endemia*», parla A. RUGGERI, [Le trasformazioni istituzionali nel tempo dell'emergenza](#), in questa [Rivista](#), [2021/I](#), 240. Sull'argomento del terrorismo, cfr., almeno, F. VARI, *Necessitas non habet legem? Alcune riflessioni sulle*

Quest'ultimo appunto desta l'interesse per un'indagine sull'esistenza di un criterio che possa orientare la temporaneità delle norme emergenziali, in modo da approfondire tanto la finalità quanto i tratti distintivi di questo corollario.

A tal fine, entrambe le derivazioni etimologiche del lemma «emergenza» appaiono rilevanti. Non solo il dato improvviso dell'evento, ma anche e soprattutto il suo *emergere* dalla realtà delle cose, la sua consistenza fattuale, il suo essere non ancora regolato, determinano una situazione di difficoltà per l'ordinamento<sup>4</sup>.

Da un lato, l'emergenza induce all'adozione di norme sospensive o derogatorie di quelle ordinarie. Si presenta, infatti, l'esigenza di governare un fatto in grado di alterare i caratteri che sono il presupposto delle norme ordinarie, che si percepiscono come inadeguate. Più in dettaglio, in dottrina si parla di «sospensione» nel senso di privazione dell'efficacia di una norma ordinaria da parte di una norma emergenziale<sup>5</sup>; al contempo, si parla di «deroga» nel senso di privazione di efficacia ma anche di sostituzione di una nuova disciplina<sup>6</sup>. Dall'altro lato, si avverte il bisogno di recuperare l'efficacia della norma ordinaria non appena il fatto emergenziale si concluda o sia eliminato<sup>7</sup>. Così, mentre la sospensione è *ex se* temporanea, nel contesto emergenziale si parla di deroga «a termine»<sup>8</sup>, così come di «deroga sospensiva»<sup>9</sup>. Conseguentemente, a questo tipo di interventi è negata l'attitudine a imporre una disciplina stabile o duratura, pena il cadere in una contraddizione in termini<sup>10</sup>.

La necessità di un approfondimento sul profilo della temporaneità scaturisce dall'oggetto della sospensione o della deroga. Ad esempio, con riferimento ai decreti-legge<sup>11</sup> ed alle ordinanze *extra ordinem* e di protezione

---

*situazioni di emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 189 ss.; P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2016, 1 ss.; G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, 1 ss.; A. PERTICI, *Terrorismo e diritti della persona*, in [Questione Giustizia](#), speciale settembre 2016, 26 ss.,

<sup>4</sup> Di qui il concetto di «conservazione» dell'ordinamento, su cui già C. MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 193.

<sup>5</sup> Sul concetto di «sospensione», v. C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), trad. it. a cura di A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, 153 ss.; P.G. GRASSO, *I problemi giuridici dello stato d'assedio nell'ordinamento italiano*, Pavia, 1959, 391 ss.; F. MODUGNO, D. NOCILLA, voce *Stato d'assedio*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVIII, Torino, 1971, 276; M. PATRONO, voce *Legge (vicende della)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 922; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1984<sup>5</sup>, 193; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, 7 ss.; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, 61-62; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003, 223; C. MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, cit., 277.

<sup>6</sup> Sul concetto di «deroga», cfr., almeno, G.U. RESCIGNO, voce *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 303 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 193-194;

<sup>7</sup> P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 62. In merito, v. anche V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., 134, per cui «la necessità e l'eccezione imperano solamente in funzione di un'interruzione della relazione causale tra il mezzo e lo strumento normalmente vigente, da un lato, e lo scopo o l'interesse protetto dal medesimo diritto ordinario, dall'altro; allorché il mezzo o lo strumento normalmente vigente, valido per il sistema ordinario degli atti pubblici, possa recuperare la propria efficacia, l'impero della necessità e dell'eccezione deve cessare». Più di recente, G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in [Questione Giustizia](#), 27.03.2020.

<sup>8</sup> Sulla deroga «a termine», cfr. G.U. RESCIGNO, voce *Deroga (in materia legislativa)*, cit., 304.

<sup>9</sup> Sulla «deroga sospensiva», cfr. P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 62.

<sup>10</sup> In merito, v. M.A. CABIDDU, *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, in *Amministrare*, 2/2010, 178, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in [Rivista AIC](#), 2/2020, 114, F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in [federalismi.it](#), 2020, 11; P. CARNEVALE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza. Relazione finale*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2022, 27.

<sup>11</sup> Sull'art. 77 Cost. e la decretazione d'urgenza, cfr. C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 831 ss.; L. PALADIN, *Art. 77*, in G. Branca (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1979, 69 ss.; A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, vol. I, *Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Milano, 1997, *passim*; G.F. CIAURRO, voce *Decreto legge*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, 1988, 1 ss.; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989, *passim*; A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Milano, 2003, *passim*; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., 323 ss.; A. CELOTTO, E. DI BENEDETTO, *Art. 77*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (curr.), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino, 2006, 1506 ss.;

civile<sup>12</sup>, da tempo ci si interroga sulla possibilità che i primi possano incidere su prescrizioni e diritti costituzionali<sup>13</sup>; quanto alle seconde, invece, tale finalità è generalmente preclusa, pur persistendo diversi dubbi sul grado di indeterminatezza e di discrezionalità di tali tipi di provvedimenti<sup>14</sup>.

Se l'emergenza è ricondotta in un contesto dogmatico in cui «tutto è incerto»<sup>15</sup>, l'idea di una sospensione o di una deroga senza termini in grado di incidere su ambiti protetti dalla Costituzione risulta inammissibile

---

<sup>12</sup> Su questo articolato sistema normativo, cfr., fra gli altri, G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965, 90 ss.; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., 421 ss.; G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, Jovene, 2008, 1935 ss.; A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, *passim*; G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 1/2016, 33 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il Codice della protezione civile (d.lg. 2 gennaio 2018, n. 1)*, in *Aedon*, 1/2018; E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019, *passim*; G. RAZZANO, *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, II, *Il diritto pubblico della pandemia*, Genova, 2020, 1 ss.;

<sup>13</sup> Al proposito, v. già C. MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, cit., 195. Non può, peraltro, omettersi di citare la teoria di C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, cit., 831 ss., che, tuttavia, sul punto (ma anche su altri) è stata criticata in più occasioni da parte di autorevole dottrina: su tutti, v. L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 66-69, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Genova, 1985, 78 ss., nonché ID., *Le fonti del diritto*, in G. Amato, A. Barbera (curr.), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1994, 155 ss., e più di recente anche P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, cit., 216-217). Altri studiosi, però, hanno considerato analogamente questa fonte in contesti emergenziali: *ex multis*, v. F. MODUGNO, D. NOCILLA, voce *Stato d'assedio*, cit., 290; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985<sup>6</sup>, 299-300; A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori: lezioni*, Torino, 2001<sup>3</sup>, 174-175; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, 2003<sup>3</sup>, 340-341; F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2005, 61, A. CELOTTO, E. DI BENEDETTO, *Art. 77*, cit., 1515-1516, F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, cit., 1 ss. Mette conto di richiamare anche V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 88, il quale non nasconde una certa dose di scetticismo, adducendo poca consistenza agli argomenti in favore delle succitate teorie, ma al contempo asserisce l'innegabilità del fatto che queste esprimano «un nucleo di verità e si adeguano alla funzione anche storicamente originaria ed essenziale della decretazione d'urgenza, che è di assicurare la sopravvivenza dello Stato e dell'ordinamento, facendo fronte a situazioni imprevedibili che la mettano in pericolo».

<sup>14</sup> Di «atti generali non predeterminati quanto al contenuto», parla G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., 91. Su questi aspetti v. anche A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 350-351. Similmente, V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2/2007, 379-380, evidenzia che se correttamente la normativa fa riferimento al limite dei principi generali, «le deroghe consentite (e l'applicazione che se ne è fatta) investono normative che sicuramente devono essere ascritte al rango dei principi generali del nostro ordinamento giuridico, in alcuni casi rapportabili a norme costituzionali o a norme e principi dell'ordinamento europeo». Per altri profili critici del sistema delle ordinanze contingibili, ad esempio in relazione alla carenza di un controllo di tipo democratico nei diversi livelli territoriali di intervento, cfr., per tutti, G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., 445 ss., 453 ss. e G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, cit. Diversi sono gli spunti anche in altri esponenti della dottrina, prima e dopo la riforma del Codice di protezione civile del 2018; v., ad esempio, A. SAIITA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in questa *Rivista*, 2021/III, 847, in relazione all'idoneità di questo sistema rispetto all'emergenza da *coronavirus*. Con riferimento alla normativa di protezione civile previgente, sul *deficit* delle forme partecipative, cfr. S. AGOSTA, *Il potere d'ordinanza contingibile e urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, in M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella (curr.), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Atti del convegno annuale dell'Associazione «Gruppo di Pisa», Università degli Studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011, Torino, 2011, 207-208, ma, anche per ulteriori profili di discrasia con il dettato costituzionale, in particolare sugli effetti sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato, cfr. le pagine successive; analogamente, L. D'ANDREA, *Brevi considerazioni sui limiti dei poteri emergenziali nel sistema costituzionale*, *ivi*, 307-308, e M.A. CABIDDU, *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, cit., 174-175. In maniera più sfumata, E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., 258, parla di un sistema di cui spesso si è abusato ma che se adottato nel pieno rispetto dei requisiti, può apparire ancora necessario; in relazione al Codice, *ivi*, 141, rileva, poi, che sussistono «nella nuova disciplina limiti a maglie larghe che non riescono a rendere l'istituto un semplice provvedimento amministrativo attuativo della legge». Sull'impossibilità di deroga a disposizioni costituzionali, cfr. anche F. VARI, *Necessitas non habet legem?* cit., 205-206.

<sup>15</sup> S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, 251.



nell'ottica di un ordinamento democratico-pluralista. Cioè la temporaneità partecipa a scongiurare anzitutto una sospensione dell'ordine costituzionale in sé<sup>16</sup>, imponendo deroghe adeguate all'entità del fatto.

In tale contesto, inoltre, il bisogno che la norma sia quanto più possibile circoscritta all'entità emergenziale presenta la temporaneità come premessa alle più ampia questione della proporzionalità e della ragionevolezza del sacrificio imposto. Di questi due principi, a lungo dibattuti nella dottrina<sup>17</sup>, rileva e interessa soprattutto l'accezione forse più delicata, attinente al giudizio estrinseco sulla congruità della norma rispetto al raggiungimento dello scopo prefissato<sup>18</sup> (in questo caso, il superamento della situazione di disagio).

Non solo, tuttavia. I beni costituzionali in gioco sottesi alla materia nonché la potenziale radicalità del contenuto e le finalità della norma emergenziale spingono a far avanzare l'indagine sugli stretti margini di controllo relativi alla manifesta irragionevolezza della valutazione del legislatore<sup>19</sup>, sindacando scelte palesemente arbitrarie. Ciò attiene a un giudizio che è evidentemente esperienziale e non meramente incentrato

---

<sup>16</sup> Rileva M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 26, che «La Repubblica ha attraversato varie situazioni di emergenza e di crisi – dagli anni della lotta armata a quelli della più recente crisi economica e finanziaria – che sono stati affrontati senza mai sospendere l'ordine costituzionale, ma ravvisando all'interno di esso quegli strumenti che permettessero di modulare i principi costituzionali in base alle specificità della contingenza: *necessità, proporzionalità, bilanciamento, giustiziabilità e temporaneità* sono i criteri con cui, secondo la giurisprudenza costituzionale, in ogni tempo deve attuarsi la tutela 'sistemica e non frazionata' dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione e dei relativi limiti» (corsivo aggiunto). Sulla «temporaneità» quale «razionalità rispetto allo scopo» cfr. E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà più essere come prima"?* in [federalismi.it](http://federalismi.it), 16/2020, XIII.

<sup>17</sup> Sul criterio-principio di «proporzionalità» e su quello, correlato, della «ragionevolezza», M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, reperibile sul sito [web](http://web.cortecostituzionale.it) della Corte costituzionale, 2013, spec. 2, nonché 6 ss., sottolinea come la Corte costituzionale italiana non abbia operato una vera e propria distinzione fra i due concetti. Nell'ampia dottrina sull'argomento, v. C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. III, Padova, 1973, 1573 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in R. Romboli (cur.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990, Torino, 1991, 31 ss., AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Milano, 1994, *passim*; A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, vol. XXV, Roma, 1994, 1 ss.; L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 899 ss.; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, *passim*; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, *passim*; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, *passim*; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, *passim*.

<sup>18</sup> Oltre alla dottrina richiamata nella nota precedente, v., fra gli altri, G. ZAGREBELSKY, G. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 196 ss., in cui si distingue la «irrazionalità» («la rottura dell'interna coerenza dell'ordinamento giuridico»), ravvisata a partire dal principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.) dalla «irragionevolezza» (la «difettosa armonizzazione di esigenze materiali, prescritte dal diritto e iscritte nella Costituzione»). Già, in merito, v. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 26 ss. Similmente, v. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di diritto costituzionale*, Torino, 2019, 137 ss.

<sup>19</sup> Circa il sindacato della Corte costituzionale sulla discrezionalità del potere legislativo, v., almeno, V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo* (1978), ora anche in ID., *Stato, popolo e governo*, Milano, 1985, 229 ss. e A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*. Atti del convegno, Trieste 26-28 maggio 1986, Milano, 1988, 71 ss. Sul profilo del giudizio relativo alla manifesta irragionevolezza v., per tutti, G. ZAGREBELSKY, G. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 208: «[...] non si tratta dunque di vizio derivante dall'incoerenza con altre leggi (irrazionalità), e neppure dall'incongruenza rispetto a valori e fini costituzionalmente stabiliti (irragionevolezza), ma di vizio intrinseco, per l'appunto, della funzione legislativa». Più di recente, su questi temi, *ex multis*, cfr. A. PERTICI, *La Corte costituzionale dichiara l'incostituzionalità della legge elettorale tra attese e sorprese (con qualche indicazione per il legislatore)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, spec. 4-5, A. RUGGERI, *L'uso a fisarmonica del limite della discrezionalità del legislatore nei giudizi di costituzionalità e le sue implicazioni al piano dei rapporti istituzionali ed interordinamentali*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 4/2022, 864 ss., ID., *La discrezionalità del legislatore fra teoria e prassi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2006, 1 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *La discrezionalità del legislatore in materia elettorale, la «maieutica» della consulta e il favor (negletto) verso il compromesso legislativo: continuità e discontinuità fra le sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017*, in *Rivista AIC*, 1/2018, 1 ss.

sulla interpretazione astratta della norma. Questa, come efficacemente si è detto, deve essere sondata rispetto alla sua «funzione sociale» come anche ai «casi della vita» e alle «loro esigenze normative»<sup>20</sup>.

Specialmente in relazione al necessario approccio in concreto, anche ma non solo desumibile da quest'ultimo profilo di analisi, la materia emergenziale altro non pare rappresentare se non uno dei tanti campi di riflessione in cui il «tempo» incide nell'utilizzo e nell'interpretazione degli istituti costituzionali nonché, più in generale, nella dinamica del fenomeno giuridico stesso<sup>21</sup>.

Di qui il problema da cui intende muovere l'indagine. Se è vero che il profilo della temporaneità appare costantemente (pur non sempre allo stesso modo) accostato all'emergenza, in prima battuta poco o nulla lascia intravedere se contemplato singolarmente<sup>22</sup>. Più in dettaglio, l'interesse per l'argomento sorge dalla sostanziale impossibilità di definire in anticipo il momento in cui l'emergenza cessi di produrre i suoi effetti per consentire un ritorno alla normalità<sup>23</sup>. Come è stato notato anche di recente, l'intrinseca limitatezza cronologica non si traduce per forza in una brevità, bensì, quasi in senso circolare, nella mera constatazione di una sua circoscrizione «alla durata dell'emergenza»<sup>24</sup>. «Temporaneità» – ormai è chiaro – non è sinonimo di «brevità» o di «rapidità».

Questi profili rimandano a quanto accaduto nel recente periodo della pandemia, in cui si è potuto misurare quantomeno un biennio di intensa normazione emergenziale. L'evento ha riportato *in auge* il profilo della «compatibilità di misure eccezionali, a tutela della collettività, con i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione»<sup>25</sup>. L'«irrompere di un fatto esterno», nella sua eccezionale gravità, ha messo in luce l'importanza, spesso data per scontata, di beni quali «[il] diritto, la libertà, il valore dell'individuo e delle libere spontaneità della sua vita» e del senso del vivere individuale e comunitario<sup>26</sup>.

L'interesse offerto dall'esperienza pandemica, in particolare, non emerge solo o semplicemente in relazione all'interrogativo sulla congruità temporale di una macro-disciplina così intensa. Piuttosto, la peculiarità del caso si intravede nel fatto che l'evento e i correlati provvedimenti si sono dilungati ben oltre quanto inizialmente ipotizzato. Sul punto, è stato detto che tutta la riflessione sulla proporzionalità delle misure

---

<sup>20</sup> G. ZAGREBELSKY, G. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 207.

<sup>21</sup> Sulla implicazione del tempo in relazione tanto al fenomeno giuridico quanto allo svolgimento e all'esistenza dell'ordinamento costituzionale non si può non rinviare a T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, cit., 785 ss. Ma si v. anche P. GIOCOLI NACCI, *Il tempo nella Costituzione*, Padova, 1984, spec. 10: «Il tempo assume [...] un rilievo caratterizzante non *ex se*, ma solo nella considerazione dei singoli istituti costituzionali che ne sono influenzati. Per vari rivoli, infatti, l'elemento cronologico s'infiltra nel congegno predisposto dalla costituzione». Per V. TONDI DELLA MURA, *Il tempo della sussidiarietà. Un'introduzione*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 4/2013, 2, nonché *passim*, «interessa valutare il tipo di considerazione mostrato dall'ordinamento nei riguardi del fattore temporale. Tale valutazione è speculare al più generale tipo di concezione antropologica fondante l'ordinamento medesimo. Ogni regolamentazione giuridica, del resto, ha sempre una valenza culturale, essendo subordinata a un previo giudizio di rilevanza, che l'ordinamento è chiamato a compiere sulla scorta di quei fini fondamentali il cui perseguimento costituisce la relativa ragion d'essere». In argomento v. anche L. GIANFORMAGGIO, *Tempo della costituzione, tempo della consolidazione*, in *Pol. dir.*, 4/1997, 527 ss.

<sup>22</sup> Si potrebbe riprendere quanto notato in materia di ordinanze contingibili da G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., 101, in chiave estensiva e pur con la consapevolezza della specificità dell'argomento: «Che le ordinanze volte a regolare un singolo caso siano temporanee è cosa che si intende da sé, giacché una siffatta ordinanza perderà la sua efficacia giuridica comunque, allorché il caso a cui dà regola si sia esaurito [...]; che le ordinanze generali siano anch'esse temporanee è stato confermato costantemente in dottrina e in giurisprudenza [...]. Il problema, perciò, in ogni caso non è quello di sapere se le ordinanze sono (e debbono essere) atti con efficacia temporanea, giacché questo è fuori discussione, ma quello di sapere in quale momento e come deve cessare la loro efficacia».

<sup>23</sup> G. MARAZZITA, *Emergenza costituzionale e crisi economica*, in *Ragion pratica*, 48/2017, 82.

<sup>24</sup> Di recente, in merito, E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC), 2/2021, 82.

<sup>25</sup> G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in [Unicost.it](http://Unicost.it), 2020.

<sup>26</sup> V. TONDI DELLA MURA, *Recovery Fund e Recovery Plan fra solidarietà, mercato e sviluppo: un equilibrio irrisolto*, in G. Corso, F.G. Scoca, A. Ruggeri, G. Verde (curr.), *Scritti in onore di Maria Immordino*, vol. IV, Napoli, 2022, 3663, in richiamo a G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), ora anche in ID., *Opere*, vol. V, Milano, 1959, 153 (in corsivo nel testo).

adottate avrebbe celato spesso una critica sul merito del loro contenuto, finendo per offuscare il profilo della temporaneità, invece dirimente per una riflessione sulla costituzionalità della normativa<sup>27</sup>.

Ai fini della riflessione non sembra secondario considerare il fatto che la Corte costituzionale ha avuto modo di esprimersi tanto sui recenti accadimenti quanto su altre esperienze più o meno risalenti, relative a svariate fattispecie critiche o emergenziali: si pensi alla crisi abitativa, a quella economica o a quella terroristica, solo per fare alcuni esempi. Le diverse sentenze, esprimendosi sui casi concreti prospettati dai giudici remittenti, presentano diversi spunti di ordine sistematico. Più precisamente, il criterio della temporaneità si è palesato come limite efficace alla latente pervasività della discrezionalità legislativa in quest'ambito, contribuendo alla tenuta del sistema costituzionale.

Sviluppare l'indagine a partire dalla giurisprudenza costituzionale appare, pertanto, particolarmente utile. In tale ottica, il lavoro si suddividerà in tre parti. La prima guarderà alla giurisprudenza costituzionale precedente allo scoppio dell'epidemia, prendendo in esame tanto casi paradigmatici sull'argomento emergenziale quanto altri relativi a fattispecie eterogenee. La seconda osserverà le pronunce sui variegati provvedimenti di contrasto al *coronavirus*. La terza intenderà raffrontare i diversi filoni giurisprudenziali, cercando di cogliere la presenza o meno di tratti e finalità peculiari della temporaneità emergenziale nel contesto dello Stato costituzionale.

## 2. La temporaneità “indefinita” nelle più rilevanti pronunce sull'emergenza precedenti al coronavirus

Un primo filone che può essere preso in esame è costituito dalle pronunce che hanno trattato fattispecie propriamente emergenziali e perciò unanimemente prese in considerazione dalla dottrina nella trattazione dell'argomento. Di esse, essenzialmente una ha avuto a che vedere con una fonte primaria, mentre le altre si sono occupate delle svariate tipologie di ordinanze *extra ordinem*. Il dato che le accomuna può essere rinvenibile, per ciò che interessa, nell'aver costantemente chiamato in causa la necessaria temporaneità della norma emergenziale e, al contempo, nell'aver lasciato in larga parte aperto il problema sulla consistenza di questo aspetto e sulle garanzie connesse.

Un caso paradigmatico è individuabile nella [sent. n. 15 del 1982](#), la quale può essere definita la sentenza sull'emergenza per eccellenza. La Corte fu chiamata a esprimersi sulla legittimità costituzionale di una previsione contenuta in un decreto-legge<sup>28</sup> che prolungava la durata della detenzione *ante iudicium* in procedimenti – fondamentale sottolinearlo, anche pendenti<sup>29</sup> – aventi per oggetto terrorismo e atti eversivi. Erano gli “anni di piombo”<sup>30</sup> e il sovraccarico dei processi rischiava di far spirare inutilmente i termini di diverse misure cautelari, con il conseguente pericolo di fuga o di reiterazione delle medesime o di analoghe fattispecie di reato.

Aspetto non secondario è che l'oggetto del giudizio non riguardò una legge provvisoria. Le norme in questione erano definitive e furono semplicemente abrogate qualche tempo dopo<sup>31</sup>, secondo una normale successione delle leggi nel tempo. Nonostante ciò, la risposta del Giudice delle leggi fu di rigetto. E proprio alla luce di questi presupposti le peculiarità della pronuncia affiorano sotto due profili, quello della discrezionalità politica e quello, connesso, della temporaneità.

Quanto al profilo della discrezionalità, in un famosissimo passaggio la Corte statuí che «[di] fronte ad una situazione d'emergenza, quale risulta quella in argomento, quando la questione venga collocata in un quadro più ampio di quello offerto dall'ordinanza che l'ha sollevata, Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione

---

<sup>27</sup> Così E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza*, cit., VII-VIII.

<sup>28</sup> D.l. 15 dicembre 1979, n. 625, conv., con modif., nella l. 6 febbraio 1980, n. 15, artt. 10 e 11.

<sup>29</sup> Di qui le censure, sollevate in via incidentale, vertenti – fra gli altri parametri – sull'art. 13, primo, secondo e quinto comma, sull'art. 25, secondo comma, e sull'art. 27, secondo comma, della Costituzione.

<sup>30</sup> Termine utilizzato per la prima volta nel lungometraggio omonimo diretto da Margarethe Von Trotta, uscito nelle sale cinematografiche nel 1981.

<sup>31</sup> In particolare, dalla l. 28 luglio 1984, n. 398.

d'emergenza»<sup>32</sup>. Così, dopo un monito al legislatore circa una riforma sulla durata dei processi, precisò che il suo giudizio riposava sul presupposto giuridico e non sul merito della misura e sulla sua idoneità a risolvere la problematica stessa<sup>33</sup>, quasi a richiamare implicitamente il limite dell'art. 28 della L. 11 marzo 1953, n. 87 e così asserendo, nell'ipotesi di grave emergenza, il profilo di una forte discrezionalità politica. Quanto al profilo della temporaneità, in maniera limpida aggiunse che «*l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustamente protratte nel tempo*»<sup>34</sup>.

I termini con cui la Corte si espresse furono criticati da parte della dottrina, la quale parlò di decisione «dal valore storico» qualora interpretata alla lettera, giacché simili poteri non sarebbero stati prima di allora riconosciuti, «né esplicitamente, né implicitamente ad alcun organo», con il correlato rischio di disseppellire la vetusta teoria della necessità quale fonte del diritto, assieme a tutte le conseguenze connesse<sup>35</sup>. Giudizio, questo, contestualmente mitigato dalla presa d'atto degli ulteriori profili posti dalla Corte a garanzia del contenimento degli effetti, potenzialmente abnormi, sottesi all'esercizio di un simile potere<sup>36</sup>.

Anche alla luce dei rilievi della dottrina, la sentenza risulta di estremo di interesse perché rappresenta la (quantomeno) idoneità dell'emergenza a incidere su prescrizioni costituzionali<sup>37</sup>. In altre parole, si desume in maniera plastica la dinamica sospensiva in ordine a un evento valutato come allarmante, tale addirittura da incidere – oltre che sulla libertà personale<sup>38</sup> – su uno dei principi fondanti dello Stato di diritto: la irretroattività penale di cui all'art. 25 Cost., che per inciso ha invece costituito un *controlimite* nel noto e più recente «caso Taricco»<sup>39</sup>.

---

<sup>32</sup> Corte cost., [n. 15/1982](#), §5 cons. dir.

<sup>33</sup> «È altra – e, comunque, non giuridica – la questione se il prolungamento dei suddetti termini sia il mezzo più appropriato per sradicare o, almeno, per fronteggiare con successo terrorismo ed evasione. Una valutazione in proposito è preclusa al giudice, sia pure il giudice delle leggi, perché si risolverebbe in un sindacato su una scelta operata in tema di politica criminale dal potere su cui istituzionalmente grava la responsabilità di tutelare la libertà e, prima ancora, la vita dei singoli e dell'ordinamento democratico» (Corte cost., [n. 15/1982](#), §6 cons. dir.).

<sup>34</sup> Corte cost., [n. 15/1982](#), §7 cons. dir. (corsivo aggiunto).

<sup>35</sup> L. CARLASSARE, *Una possibile lettura in positivo della sentenza n.15?* in *Giur. cost.*, 1/1982, 102-103. Similmente, V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., 211, rilevò come la Corte si fosse «spogliata del potere formale di sindacato», rimettendo il tutto alla sola discrezionalità parlamentare. In merito v. anche F. GIUFFRÈ, *Calamità naturali ed emergenza nella transizione costituzionale italiana: spunti a proposito di retaggi statualistici e nuova ispirazione autonomistica*, in *Dir. soc.*, 1/2001, 130 ss. e P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 451-452, secondo cui «una breccia al principio della rigidità della costituzione, proprio nella materia delle libertà 'inviolabili', è stata pericolosamente aperta».

<sup>36</sup> Vale a dire la particolare congiuntura storica e il rallentamento dei procedimenti, l'assenza di indicazione sui termini da parte della Carta, la temporaneità, il monito al legislatore sui tempi del processo (così L. CARLASSARE, *Una possibile lettura in positivo*, cit., 105-106).

<sup>37</sup> Così A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?* in *Giur. cost.*, 1/1982, 112, il quale rilevò come la Corte fosse stata paradossalmente più garantista nell'accettare l'idea di una sospensione di prescrizioni costituzionali circoscrivendola in dei limiti, piuttosto che negare l'evidenza di tale possibilità. *Contra*, L. CARLASSARE, *Una possibile lettura in positivo*, cit., 106. Sull'argomento, più di recente, v. anche P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in [Corti supreme e salute](#), 1/2021, 39, il quale ritiene peraltro che la normativa oggetto di scrutinio non fosse consistita in una vera e propria misura *extra ordinem*, e A. PERTICI, *Terrorismo e diritti della persona*, cit., 40 ss.

<sup>38</sup> Come notato da C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in [Rivista AIC](#), 4/2013, 30.

<sup>39</sup> Cfr. Corte cost., [ord. n. 24/2017](#) e [sent. n. 115/2018](#). In merito si v., *ex plurimis*: A. ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale è ferma sui "controlimiti", ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2/2017, 1 ss.; F. BAILO, [Il principio di legalità in materia penale quale controlimite all'ordinamento eurounitario: una decisione interlocutoria \(ma non troppo!\) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco](#), in questa [Rivista](#), 2017/I, 95 ss.; R. BIN, *Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2017, 1 ss.; G. COMAZZETTO, [Luci e ombre del dialogo tra Corti: la "saga Taricco" tra revirements e questioni irrisolte](#), in questa [Rivista](#), 2018/II, 347 ss.; P. FARAGUNA, *Roma locuta. Taricco finita*, in [Diritti Comparati](#), 2018, 1 ss.; M. ESPOSITO, *I limiti costituzionali al dovere di ottemperanza alle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in [Osservatorio costituzionale](#), 1/2017, 1 ss.; A. LONGO, *Iuxta propria principia. La Corte costituzionale tra autocomprensione identitaria, dialogo polemico tra corti e un nuovo tipo di decisione monitoria, a partire dall'ordinanza 24 del 2017*, in [Rivista AIC](#), 3/2017, 1 ss.; M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in [Osservatorio costituzionale](#), 1/2017, 1 ss.; G. PICCIRILLI, [L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a](#)

Questi argomenti, quantomai rilevanti per il diritto costituzionale, nella pronuncia non trovarono tuttavia lo sviluppo necessario. Ciò traspare proprio in relazione ai già citati profili della discrezionalità e della temporaneità.

Più in dettaglio, la preponderanza della questione dell'insindacabilità non offre chiarificazioni in relazione ai criteri e, soprattutto, ai limiti entro i quali atti normativi di tal sorta possono disporre i propri effetti. La norma sospettata di illegittimità riguardava una reazione dell'ordinamento rispetto a fatti certamente tragici e gravi, quali quelli degli anni Settanta, che però erano idonei a dar luogo a differenti modalità di intervento, anche meno incidenti su garanzie costituzionali. Si presenta anzitutto il quesito su cosa possa accadere al verificarsi di eventi ancor più gravi e di portata ancor più estesa, tali da riversarsi su più ambiti disciplinati e (nella normalità) protetti dalla Costituzione. Si schiudono, però, ben più intricati interrogativi rovesciando il ragionamento, qualora si apra all'ipotesi che, per la stessa discrezionalità, la prospettiva sospensiva possa scivolare su fattispecie meno gravi, magari fronteggiabili per il tramite di una ordinaria espressione dei poteri.

Questi aspetti si riversano sul connesso profilo temporale giacché, accanto all'affermazione che la norma emergenziale deve essere provvisoria, il presupposto dell'insindacabilità fini indirettamente per salvare una normativa non temporanea. Pertanto, in questo quadro prospettato dalla Corte, il fattore temporale solo in via astratta si rivela strumentale nell'intento di circoscrivere la portata di una previsione normativa così travolgente<sup>40</sup>. Al contempo, di pari modo da questo specifico punto di vista l'invalidamento emergenziale sembra sanzionabile solo mediante un particolare sforzo argomentativo da parte del Giudice delle leggi. Questa considerazione non fa che lasciare aperta la domanda sul controllo effettivo, anche dal punto di vista del tempo, sulla normativa emergenziale<sup>41</sup>. Difatti, il riferimento a una decisione politica quasi insindacabile per il solo assunto che sia emergenziale sta quasi a rappresentare una schermatura in grado di offuscare qualsiasi tipo di riflessione di ordine giuridico relativo alla ragionevolezza e alla proporzionalità<sup>42</sup>.

---

[una diffida](#), in questa [Rivista](#), 2017/I, 125 ss.; G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in [Diritti Comparati](#), 2017, 1 ss.; A. RUGGERI, *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?* in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2018, 1 ss.; ID., [Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controllimiti \(a margine di Corte cost. n. 24 del 2017\)](#), in questa [Rivista](#), 2017/I, 81 ss.; D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2017, 1 ss.

<sup>40</sup> In merito si v. anche: S. MANGIAMELI, [Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali](#), in questa [Rivista](#), 2006, 37; L. CARLASSARE, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in M. Galizia, P. Grossi (curr.), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990, 485, nt. 14.

<sup>41</sup> Un'altra sentenza spesso richiamata come paradigma di giurisprudenza emergenziale è la [n. 264/1996](#), in cui la Corte costituzionale dichiarò infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dall'Esecutivo avverso una legge valdostana, la quale istituiva una tariffa di circolazione su alcune strade comunali e regionali in ragione dell'elevata congestione del traffico, così proponendosi di contribuire alla salvaguardia dell'ambiente e della sicurezza della circolazione. Il Giudice delle leggi, dopo aver osservato «che l'istituzione di una tariffa d'uso per l'ingresso e la circolazione su strade extraurbane» andasse da ritenersi «da tempo superata in quanto non più conforme ai principi ed ai sistemi della moderna convivenza civile», rilevò al contempo «che, qualora una simile disciplina risponda appunto a criteri di ragionevolezza, temporaneità e di tutela di esigenze pubbliche, la stessa possa andare esente da censure d'incostituzionalità», non essendo «possibile stabilire, in modo completo, gli astratti criteri ai quali le predette limitazioni debbano conformarsi per rispondere ai predetti principi, senza violare l'art. 16 della Costituzione», e che «i medesimi devono essere in ogni caso concretamente riscontrati e valutati in base alle diverse situazioni offerte dalla realtà» (§6 cons. dir., corsivo aggiunto). Anche qui permase il forte rispetto manifestato per una decisione politica e risultò centrale il fattore-tempo in un giudizio sulla proporzionalità, in fin dei conti, molto limitato. Di recente, su questa sentenza, A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2020, 427 e G.P. DOLSO, *Emergenza sanitaria e libertà di circolazione*, in G.P. Dolso, M.D. Ferrara, D. Rossi (curr.), *Virus in fabula. Diritti e Istituzioni ai tempi del covid-19*, Trieste, 2020, 268-269. In merito, v. già I. NICOTRA, *Usa dei beni pubblici, tutela dell'ambiente e libertà di circolazione*, in *Giur. cost.*, 1996, 1190 ss. e M. RUOTOLO, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, in [Astrid Rassegna](#), 2009, 10-11.

<sup>42</sup> Ancora, sul punto, V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., 211-212: «In tale cornice, anche la statuizione della Corte sul requisito della temporaneità dell'emergenza parrebbe poco più che ammonimento verbale al legislatore. In astratto, si può proclamare la temporaneità dell'emergenza, ma la sua durata sarà comunque rimessa alla discrezionalità del legislatore». Cosicché, per l'Autore, se il legislatore può decidere di adottare disposizioni temporanee, potrebbe anche scegliere la soluzione opposta, essendo pochi gli strumenti in mano alla Corte per «garantire la transitorietà della legge di emergenza quale atto necessitato ed eccezionale».

Nel lasciare provvisoriamente il campo di indagine sulla normativa primaria, occorre aggiungere che in più di un'occasione la Corte si è espressa anche sulla temporaneità delle ordinanze *extra ordinem* e di questa giurisprudenza risulta debitore lo stesso Codice della protezione civile<sup>43</sup>, tant'è che da diverso tempo si parla di una sopravvenuta «normalizzazione» del sistema emergenziale italiano<sup>44</sup> almeno per ciò che riguarda questo settore. Come è naturale, in questo caso lo sguardo della Corte non ha potuto che soffermarsi sulle diverse fonti di primo grado che regolano l'adozione di simili atti. Pur non costituendo l'oggetto principale dell'analisi, la ricostruzione giurisprudenziale di questo tipo di provvedimenti appare utile a confermare tanto il presupposto della temporaneità all'interno della categoria emergenziale quanto le sue problematiche.

La Corte ebbe modo di pronunciarsi sull'argomento sin dai primi momenti della sua attività, in particolare con la [sentenza n. 8 del 1956](#). In quell'occasione, oggetto dello scrutinio era l'art. 2 del T.U.L.P.S., riguardante i provvedimenti prefettizi adottati per disciplinare lo strillonaggio e la vendita dei giornali nelle pubbliche vie. Il sospetto di illegittimità era, significativamente, rispetto agli artt. 76 e 77, oltre che 21, della Costituzione. La Consulta dichiarò infondata la questione, riconducendo (e tentando, non senza difficoltà, di conciliare) la norma ai canoni del sopravvenuto ordinamento costituzionale. Il cuore della motivazione si rinvia in tre profili: l'essere – i provvedimenti disciplinati dalla disposizione – «strettamente limitati nel tempo e nell'ambito territoriale dell'ufficio stesso e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico»<sup>45</sup>.

Non che la Corte non fosse consapevole dei rischi di abnormità, sul merito e sul tempo. E difatti, nella parte finale della stessa pronuncia espresse l'auspicio «che [...] il testo dell'art. 2 trovi una formulazione che lo ponga, nella misura massima possibile, al riparo da ogni interpretazione contraria allo spirito della Costituzione. Ed a tal proposito piace alla Corte ricordare come la stessa difesa delle parti private abbia messo in luce [...] l'esigenza che una nuova formulazione dell'art. 2 assicuri l'attuazione di alcuni canoni derivanti principalmente dal carattere amministrativo dei provvedimenti prefettizi di urgenza. Tali canoni, che la Corte ritiene che si debbano tener presente, possono così riassumersi: efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico»<sup>46</sup>.

Già in questa prima pronuncia è possibile osservare il pieno coinvolgimento del fattore temporale all'interno della più ampia definizione dei requisiti necessari a trattenere un potere alquanto discrezionale e perciò fragile dal punto di vista costituzionale. Tant'è che, qualche anno più tardi, con [sentenza n. 26 del 1961](#) la Corte si trovò costretta a riprendere il monito – rimasto, nel frattempo, inascolto – in occasione di un nuovo quesito sul medesimo articolo del T.U.L.P.S., laddove questo poteva essere applicato nel senso di una limitazione di prescrizioni costituzionali (in quel caso, l'ordinanza prefettizia vietava la distribuzione di giornali a fini di propaganda politica). Così, con una pronuncia che potrebbe essere collocata fra le «additive di principio» e le «interpretative di accoglimento»<sup>47</sup>, specificò che «i provvedimenti prefettizi non possono mai essere in contrasto con i detti principi [costituzionali], dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino, e precisamente non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria»<sup>48</sup>. Al più, escludendo tassativamente l'ipotesi di un intervento su ambiti coperti

---

<sup>43</sup> D.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, che, tra l'altro, ha sostituito e messo a sistema la precedente normativa in materia, in particolare la l. 24 febbraio 1992, n. 225.

<sup>44</sup> Il riferimento è ad A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza*, cit., *passim*.

<sup>45</sup> Corte cost., [n. 8/1956](#), §3 cons. dir.

<sup>46</sup> Corte cost., [n. 8/1956](#), §3 cons. dir.

<sup>47</sup> Entrambe, non così frequenti, rispondono a propositi simili. Come notato in A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di diritto costituzionale*, cit., con le «additive di principio», la Corte, «ricorrendo alla classica distinzione nomologica fra 'principi' e 'regole' [...] non immette nell'ordinamento una concreta 'regola' positiva, violando la competenza del Parlamento [non essendo possibile, per altro verso, di procedere per *rime obbligate*], ma comunque 'ricerca all'interno del sistema la soluzione più corretta', limitandosi "ad 'aiutare' il giudice *a quo* a risolvere il 'suo' caso, indicandogli solo l'interesse costituzionalmente protetto» (ivi, 198-199); d'altro canto, tramite le «interpretative di accoglimento», dichiara «l'illegittimità di una legge *se ed in quanto* si ricavi da essa una determinata norma», con effetto, sostanziale, «di rigetto», che si ricava da «un meccanismo comunemente definito della *doppia pronuncia*»: «di fronte alla persistente interpretazione difforme della legge fornita dai giudici [...] la Corte si trova costretta a cedere e quindi ad accogliere la q.l.c., ciò che deve essere visto con favore se consente ulteriori, diverse *interpretazioni* rispettose della Costituzione» (ivi, 188). Sulla sent. [n. 26/1961](#) quale pronuncia interpretativa v. E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., 56.

<sup>48</sup> Corte cost., [n. 26/1961](#), §5 cons. dir.

da riserva di legge assoluta (es., art. 13 Cost.), la Corte ammise la possibilità di incisione su materie regolate da riserva relativa (es., art. 23 Cost.), purché all'interno di un'indicazione esaustiva dei limiti del provvedimento da parte della fonte di primo grado<sup>49</sup>.

Pur non occupandosi del profilo temporale (quasi bastando il rinvio al [precedente del 1956](#)), la [pronuncia del 1961](#) risulta d'interesse perché aspirò a circoscrivere l'altra grande *vexata quaestio* dei provvedimenti *extra ordinem*, ovvero la loro capacità o meno di incisione – limitativa, sospensiva, ecc... – su disposizioni costituzionali.

Il Giudice delle leggi, inoltre, in più occasioni ribadì la natura di questi provvedimenti, le cui leggi che ne regolano l'adozione si trovano – così come il decreto-legge si rapporta all'art. 77 Cost. – nella impossibilità di predeterminarne il contenuto. Di qui la qualificazione non come «atti» in senso proprio, bensì appunto come «ordinanze». È quanto avvenne in occasione della [sent. n. 4/1977](#) in materia di ordinanze prefettizie di cui all'art. 20 del Testo Unico della Legge comunale e provinciale, laddove specificò che, non potendo innovare stabilmente il diritto, tali tipologie di provvedimenti non sono inquadrabili nemmeno come fonti in senso stretto, dato che l'eccezionale deroga alla legge trova la ragione nei «limiti, *anche temporali*, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare»<sup>50</sup>.

Non mancarono, poi, ricadute di ordine pratico relative a provvedimenti di natura più generale in materia di protezione civile, come accaduto nella [sent. n. 201/1987](#), quasi a segnare un filo conduttore dall'ambito spaziale più ristretto a quello più esteso<sup>51</sup>. In sede di conflitto di attribuzione, la Corte annullò un'ordinanza ministeriale totalmente slegata dalla legislazione di settore: «lungi dall'adottare misure meramente derogatorie, sia pure riferite ad una generalità di soggetti e di casi possibili, correlate alle dimensioni spazio-temporali dell'evento straordinario assunto come legittimante [...] il detto Ministro ha introdotto nell'intero territorio dello Stato una nuova normativa a tempo indefinito concernente lo smaltimento dei rifiuti. Il mancato proporzionamento delle misure alle dimensioni territoriali *e, così, implicitamente, a quelle temporali*, dell'evento legittimante denuncia infatti la *portata innovativa, anziché meramente derogatoria*, della misura stessa»<sup>52</sup>. Analogamente si potrebbe citare la [sent. n. 127/1995](#), stavolta direttamente sulla normativa nazionale di protezione civile precedente all'emanazione dell'attuale Codice. In quel caso la Corte ribadì «il carattere eccezionale del potere di deroga della normativa primaria, conferito ad autorità amministrative munite di poteri di ordinanza, sulla base di specifica autorizzazione legislativa», a cui si aggiunge il *profilo temporalmente limitato* delle deroghe, in quanto tali non idonee a tramutarsi in abrogazioni<sup>53</sup>. Sottolineò inoltre che la disciplina in oggetto avrebbe raccolto le precedenti precisazioni della Corte costituzionale in materia di definizione dei limiti attraverso cui si dovrebbe conformare l'atto, e sanzionò un d.p.c. i cui contenuti non si rivelavano «adeguatamente circoscritti nell'oggetto», essendo in grado di «derogare a settori di normazione primaria richiamati in termini assolutamente generici»<sup>54</sup>.

Sicuramente d'interesse, infine, appare la ben più recente [sent. n. 115/2011](#), in cui la Consulta dichiarò illegittimo l'art. 54, comma quarto, del T.U.E.L. nella parte in cui conferiva al Sindaco il potere di adottare provvedimenti «anche» contingibili e urgenti – sempre nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento – al fine di prevenire ed eliminare pericoli gravi per l'incolumità e la sicurezza urbana. L'avverbio «anche», ad avviso della Corte, si rivelava idoneo a estendere un potere altamente discrezionale in capo a un organo monocratico, che sarebbe così stato in grado di produrre effetti stabili in un determinato territorio in deroga alla legislazione vigente. Di conseguenza la temporaneità venne confermata quale profilo imprescindibile, non potendosi estendere ad altre fattispecie i poteri previsti in via eccezionale in casi specifici<sup>55</sup>.

Quest'ultima sentenza forse più delle altre mette in luce l'importanza del fattore temporale nell'adozione di ordinanze *extra ordinem*. Provvedimenti volti a far fronte a un pericolo imminente possono essere solo

---

<sup>49</sup> Corte cost., [n. 26/1961](#), §5 cons. dir.

<sup>50</sup> Corte cost., [n. 4/1977](#), §2 cons. dir. (corsivo aggiunto).

<sup>51</sup> E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., 58.

<sup>52</sup> Corte cost., [n. 201/1987](#), §6 cons. dir. (corsivo aggiunto).

<sup>53</sup> Corte cost., [n. 127/1995](#), §2 cons. dir.

<sup>54</sup> Corte cost., [n. 127/1995](#), §13 cons. dir.

<sup>55</sup> Corte cost., [n. 115/2011](#), §6 cons. dir.

contingibili, ovvero solo provvisori<sup>56</sup>, giacché esclusivamente in tal senso sono letti nella eventuale necessità di derogare la normativa ordinaria<sup>57</sup>.

Lo sforzo ricostruttivo della Corte pare decisamente indirizzato a rendere questi provvedimenti giustificabili nella loro stretta proporzionalità al fine conseguito, in cui il profilo temporale costituisce uno dei requisiti essenziali al fine della scrutinabilità<sup>58</sup>. Le pronunce in materia sono così utili a individuare anche su questo livello normativo il tempo quale elemento strutturale del provvedimento emergenziale.

Questo sistema consolidato dalla giurisprudenza costituzionale continua, tuttavia, a confermare quella che è stata definita una inevitabile e “atavica” tensione fra Stato amministrativo e Stato parlamentare<sup>59</sup>. Ciò pare trovare riscontro anche dal punto di vista della temporaneità. Se quest’ultima rappresenta un profilo cardine nell’imbrigliare le potenziali abnormità e stabilizzazione del provvedimento adottato, ciò non toglie che anche questo aspetto della decisione continui a presentare le premesse per uno scrutinio di legittimità non poco difficoltoso. Rispetto a questo, è possibile ipotizzare che il Codice della protezione civile solo in parte abbia contribuito a risolvere il problema, determinando *ex ante*, per la sua materia, il termine massimo dello stato d’emergenza<sup>60</sup>. Qui, per certi versi, il dubbio si presenta sotto differenti vesti e non appare svanire del tutto: da un lato, permane la consapevolezza che non è dato sapere in maniera predeterminata la durata di un fatto emergenziale; dall’altro, non sembra scongiurata la possibilità di intervenire ulteriormente prevedendo deroghe o modificazioni alla disciplina *de qua*<sup>61</sup> – che pur sempre legislativa rimane – allungando ancora di più lo stato d’emergenza relativo al caso concreto.

In fin dei conti, la giurisprudenza finora esaminata dà sicuramente riscontro della natura congenita della temporaneità rispetto al provvedimento emergenziale ma al contempo pare confermare tutti gli interrogativi, già accennati, sulla sua consistenza, relativi all’effettività, ai criteri, alla scrutinabilità, ecc... Più che rappresentare un punto di arrivo, dunque, si rivela l’inizio di un percorso volto alla ricerca di una maggiore definizione della materia emergenziale, anche e in special modo sotto il profilo della temporaneità. Anzi, si potrebbe dire che i casi affrontati altro non facciano che rilanciare l’interrogativo sulla capacità di incidenza di quest’ultima – nel senso di metro di legittimità – sulla decisione emergenziale. Nel lasciare aperta la questione, prima di soffermarsi ancora, è avvertito il bisogno di allargare il campo della ricerca per rintracciare altre occasioni in cui la temporaneità è entrata in gioco nella giurisprudenza costituzionale.

### 3. Eterogenee espressioni della temporaneità in ulteriori casi di scuola

La giurisprudenza costituzionale in materia emergenziale si presenta sparuta qualora si restringa l’attenzione – come finora si è fatto – sul problema dell’*extrema ratio* della sospensione temporanea di prescrizioni costituzionali. Il che può risultare sintomo della effettiva rarità di fenomeni emergenziali in grado di indurre all’adozione di misure di tal sorta.

---

<sup>56</sup> Sul concetto di «provvisorietà» quale sinonimo di «contingibilità», cfr. G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., 101.

<sup>57</sup> Su questi aspetti, M. CARRER, *Le ordinanze dei sindaci e la scorciatoia della Corte. Osservazioni, a prima lettura, alla sentenza della Corte costituzionale 7 aprile 2011, n° 115*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2011, spec. 5 ss.

<sup>58</sup> Per A. MORRONE, *Le fonti normative*, Bologna, 2018, 219, «Il principio di legalità in senso formale e il criterio materiale della proporzionalità-adequatezza costituiscono dunque i parametri alla cui stregua valutare l’esercizio dei poteri di necessità e urgenza: mediante il primo, la legittimità delle ordinanze di necessità si risolve nella loro legalità, nel duplice senso della necessità di una previa norma legislativa attributiva del potere e di un esercizio in base al diritto vivente (frutto soprattutto della giurisprudenza); mediante il secondo, è possibile apprezzare in termini di legittimità la latitudine dei poteri d’ordinanza, che va commisurata in modo proporzionato e adeguato alla situazione di fatto che si tratta di fronteggiare, e questo rapporto tra fatto e regola positiva serve per individuare sia gli atti normativi la cui efficacia giuridica è sospesa, sia la durata temporale dell’intervento, sia l’efficacia spaziale del provvedimento concreto» (corsivo aggiunto).

<sup>59</sup> A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, 2/2021, 162-163.

<sup>60</sup> Ai sensi dell’art. 24 del Codice, la durata dell’intero periodo non può superare il massimo dei dodici mesi, fatta eccezione per una sola possibilità di proroga fino a ulteriori dodici.

<sup>61</sup> È quello che è successo in occasione dell’emergenza pandemica, su cui si v. *infra* al §4.



Nondimeno, la temporaneità emerge in tante altre sentenze in cui non sempre il profilo emergenziale appare preponderante o comunque particolarmente nitido. Risulta tuttavia utile prenderne in considerazione alcune al fine di una più accurata definizione dell'ambito in oggetto.

Molto spesso l'aspetto temporale compare nella giurisprudenza costituzionale nel tentativo di conciliare la garanzia di alcuni diritti e le esigenze di bilancio. E appare significativo osservare come questo aspetto non sia solo successivo all'introduzione del principio del pareggio di bilancio avvenuta con L. cost. 20 aprile 2012, n. 1, ma affondi le sue radici in tempi più risalenti, in particolare già dalla seconda metà degli anni Settanta, quando si cominciava a toccare con mano il carattere non illimitato della disponibilità di spesa pubblica<sup>62</sup>. Almeno tre sono gli approcci registrabili, corrispondenti a fattispecie diversificate ma espressive di un filo conduttore: la gradualità, la tollerabilità e la brevità del sacrificio di un diritto.

### 3.1. (segue): *il principio di gradualità*

Appare anzitutto d'interesse soffermarsi sul principio di gradualità<sup>63</sup>. Per suo tramite, i Giudici del Palazzo della Consulta hanno in molte occasioni vagliato la legittimità di provvedimenti tesi a introdurre una *deminutio* di una prestazione sociale per contribuire alla sostenibilità del bilancio<sup>64</sup>. In tal senso, come notato, il principio in oggetto si presta a garantire un ampio raggio di discrezionalità in capo al legislatore, il quale però trova il suo limite nella drasticità della compressione del diritto<sup>65</sup>.

Ne è un esempio la giurisprudenza in materia pensionistica<sup>66</sup>. Diverse pronunce hanno accertato la non fondatezza delle questioni di legittimità relative a revisioni o riforme del sistema previdenziale. La gradualità è stata interpretata, «proprio per le difficoltà finanziarie da superare, come un modo di essere necessario ed

---

<sup>62</sup> In merito, cfr. almeno C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996, spec. 385 ss. e M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid Rassegna*, 3/2013, 6 ss.

<sup>63</sup> In generale, sull'argomento, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 107 ss., spec. 109, in cui si sottolinea che «[il] grado di attuazione dei diritti di prestazione è destinato [...] a mutare di continuo nel tempo, e non sempre né necessariamente in ragione di un lineare progresso delle prestazioni stesse: l'interesse con cui si deve sempre fare i conti è collegato alla 'risorsa' cui si attinge, le finanze pubbliche»; di qui la «gradualità» intesa dalla Corte «come un vero e proprio bilanciamento tra due interessi 'paritari'».

<sup>64</sup> Sul punto v. S. MANGIAMELI, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana*, cit., 31: «Così, se di fronte a lesioni dei diritti costituzionali, per via di omissioni del legislatore, la Corte tenta di individuare alcuni criteri in base ai quali può svolgersi il controllo di costituzionalità delle leggi, come il principio di gradualità delle riforme legislative; e se in alcune circostanze adopera ancora sentenze manipolative, come nel caso dell'inserimento nelle scuole secondarie dei portatori di *handicap*, con la crisi dello Stato sociale e della finanza pubblica, tende a fare degradare la tutela costituzionale dei diritti fondamentali e a farne le spese sono tanto i diritti sociali, quanto e soprattutto i diritti economici». Come notano Q. CAMERLENGO, L. RAMPA, *I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica*, in *Quad. cost.*, 1/2015, 72, la Corte avrebbe assecondato il principio per cui «[mentre] per i diritti inviolabili della tradizione liberale varrebbe la logica del 'tutto-o-niente', per cui essi dovrebbero essere sempre e comunque previsti, regolati e integralmente garantiti dal legislatore (o non se ne fa nulla, con conseguente violazione del dettato costituzionale), per i diritti sociali opererebbe la logica del 'più-o-meno': la loro attuazione, cioè, potrebbe essere progressiva, a stadi successivi, secondo un percorso anche reversibile, tenuto conto delle risorse finanziarie a disposizione dello Stato». Per una critica al principio di gradualità, sotto varie accezioni, cfr. I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2012, 15, C. DE FIORES, *Corte, legislatore e indirizzo politico*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (curr.), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*. Atti del seminario di Otranto – Lecce svoltosi il 4-5 giugno 2004, Torino, 2005, 196 ss. C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., 10, rileva: «Quando la crisi esplose, la misura della gradualità dell'attuazione dei diritti 'che costano', l'arretramento o l'innalzamento delle tutele già accordate, la contrazione o l'estensione della platea dei beneficiari, risultano da tempo elementi ordinariamente non sindacabili, salvo che le scelte compiute dal legislatore siano talmente irragionevoli da mettere in discussione la stessa esistenza dei diritti fondamentali».

<sup>65</sup> In merito, cfr. C. COLAPIETRO, S. BARBARESCHI, *Motivazione, tempo e strumentalità del bilancio: le coordinate giurisprudenziali sul rapporto tra diritti fondamentali e risorse finanziarie alla luce della sentenza n. 152 del 2020. Rischiose variazioni ritmiche in una straordinaria composizione*, in *Nomos*, 1/2021, 4; A. MORRONE, *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in *Rivista AIC*, 3/2014, 12-13.

<sup>66</sup> Sull'argomento, C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, cit., spec. 324-325.

interamente coerente del fenomeno visto nel suo pratico atteggiarsi», apparendo «come caratteristica, del pari necessaria e, comunque, compatibile del fenomeno stesso nella sua rilevanza costituzionale»<sup>67</sup>.

Non sempre, in tale contesto, la gradualità si è intrecciata con il profilo temporale. Ma si possono citare alcuni casi in cui la graduale limitazione di alcune prerogative è stata associata a un obbligo di procedere per stadi, per gradi, appunto, temporali, evitando attuazioni drastiche. Ad esempio, già tempo addietro la Corte sottolineò che «il discrimine *ratione temporis*» parte dal presupposto che il principio in oggetto «legittima differenze di trattamento collegate alla successione temporale delle fasi di sviluppo del sistema» e che, «[in] ciascuna fase, in relazione alle circostanze socio-economiche che la caratterizzano, il legislatore determina discrezionalmente l'ammontare delle prestazioni sociali e delle variazioni delle stesse sulla base di un razionale contemperamento delle esigenze di vita dei lavoratori che ne sono beneficiari e della soddisfazione di altri diritti pur costituzionalmente garantiti da un lato e delle disponibilità finanziarie dall'altro»<sup>68</sup>.

Si può notare come questo principio abbia giocato un ruolo decisivo anche per l'adozione di (rare) pronunce di accoglimento, allorquando l'operazione legislativa giungeva a toccare il nucleo indisponibile di un diritto. Ne è un noto esempio la sent. [n. 240/1994](#). La Consulta riprese un [precedente del 1988](#), in cui si precisò che il legislatore può ben prevedere una modifica *in peius* della disciplina del trattamento pensionistico, ma ciò non deve «trasmodare in un regolamento irrazionale ed arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza pubblica che costituisce elemento fondamentale ed indispensabile dello Stato di diritto»<sup>69</sup>. In tal senso, nella successiva pronuncia del 1994, la Corte evidenziò che quando un intervento legislativo di tal sorta finisce addirittura per comprimere le «esigenze di vita cui era precedentemente commisurata la prestazione previdenziale, il principio di solidarietà (sotteso all'art. 38 Cost.) coordinato col principio di razionalità-equità (art. 3 Cost.), impone una disciplina transitoria che assicuri un passaggio graduale al trattamento meno favorevole»<sup>70</sup>.

È così possibile osservare la duplice azione della temporaneità nella dinamica graduale: da un lato, nel suo «guardare indietro», interessandosi di posizioni consolidate (i c.d. «diritti quesiti» come quello previdenziale)<sup>71</sup>; dall'altro, nell'imporre un adeguato contemperamento in ragione delle circostanze e del tempo<sup>72</sup>, tramite provvedimenti peggiorativi non drastici ma scanditi, quindi gradualmente, consentendo l'attuazione del nuovo regime in modo il più possibile indolore.

### 3.2. (segue): *il criterio di tollerabilità*

La dinamica graduale emerge – pur implicitamente ma, per quel che interessa, in modalità ancora diverse – anche in altre pronunce, aventi sempre per oggetto la transizione da un regime vecchio a uno nuovo, come all'epoca dell'introduzione del c.d. «equo canone» ad opera della L. 27 luglio 1978, n. 392. Sull'argomento è possibile citare almeno due sentenze, la [n. 89/1984](#) e la [n. 108/1986](#).

Nella prima la Corte si espresse sulla legittimità della proroga di due anni dei rapporti di locazione non abitativa<sup>73</sup>, i quali, pur rientrando nella riforma, venivano nuovamente ancorati al precedente regime. La stessa rilevò come la riforma del 1978 fosse a sua volta una risposta del legislatore ai continui moniti relativi al fatto che la previa normativa, pur rispondente alla «gravissima ed eccezionale congiuntura del mercato edilizio» e perciò straordinaria e temporanea, «non poteva perdurare illimitatamente senza trasformare il regime del blocco in una disciplina ordinaria». Individuò quindi nell'ennesima proroga in oggetto «una non lieve anomalia», per quanto rispondente al dato fattuale consistente nell'ulteriore rischio di un'alterazione

---

<sup>67</sup> Corte cost., [n. 374/1988](#), §2 cons. dir. La Consulta aggiunse: «È riservato al legislatore ordinario il compito di determinare, con una razionale considerazione delle esigenze di vita dei lavoratori e delle effettive disponibilità finanziarie, l'ammontare delle prestazioni o le modifiche della loro misura allo scopo di rendere sempre più attuale e costante il rapporto tra quei termini che subiscono variazioni nonché la scelta dei tempi e dei modi, la completa parificazione dei trattamenti e delle discipline delle situazioni meritevoli di tutela che, fino a quel momento, erano state trattate in modo differente».

<sup>68</sup> Corte cost., [n. 1116/1988](#), §2 cons. dir.

<sup>69</sup> Corte cost., [n. 822/1988](#), §3 cons. dir.

<sup>70</sup> Corte cost., [n. 240/1994](#), §6 cons. dir. (corsivo aggiunto).

<sup>71</sup> A. MORRONE, *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, cit., 12.

<sup>72</sup> G. LANEVE, *La giustizia costituzionale nel sistema dei poteri*, vol. I, *Interpretazione e giustizia costituzionale. Profili ricostruttivi*, Bari, 2014, 226, in richiamo anche a M. MIDIRI, *Diritti sociali e vincoli di bilancio nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. III, Napoli, 2011, 2242.

<sup>73</sup> Art. 15-bis, l. 25 marzo 1982, n. 94, di conversione, con modif., del d.l. 23 gennaio 1982, n. 9.

dell'equilibrio di mercato dovuto, quell'anno, alla «massiccia scadenza di un notevole numero di locazioni di immobili non destinati ad abitazione». Perciò, interpretò la stessa scelta della proroga come «ultimo e definitivo anello di congiunzione della *graduale* attuazione della nuova disciplina, senza che possa consentirsi un ulteriore analogo intervento legislativo»<sup>74</sup>.

Ai fini dell'indagine, la differenza fra questa pronuncia e le altre prima richiamate si intravede nel legame fra la gradualità e un nuovo oggetto di specifica attenzione da parte della Consulta, quello della proroga. Non a caso, nella successiva [pronuncia n. 108/1986](#) la Corte dichiarò l'illegittimità di ulteriori dilazioni introdotte qualche anno più tardi<sup>75</sup>. Negò anche la persistenza di una crisi del mercato immobiliare ravvisando, per di più, l'opposto, cioè che «la disciplina denunciata, lungi dal sacrificare legittimamente il diritto di proprietà per la tutela degli interessi generali, si [sia risolta] obiettivamente, e di sicuro contro l'intenzione del legislatore, nell'attribuzione di un lucro ad esclusivo favore del limitato numero di conduttori a cui essa si applica»<sup>76</sup>. Di qui la centralità del carattere sopravvenuto dell'ingiustificabilità della seconda proroga rispetto a un'emergenza ormai superata, in un giudizio complessivo che è stato anche definito «in due tempi»<sup>77</sup>.

In altri termini, nelle [sentenze del 1984](#) e [del 1986](#) la gradualità del passaggio dal vecchio al nuovo ordinamento si sviluppa attorno al sindacato di legittimità della proroga, anzi, delle proroghe. Risulta ancora una volta vagliata, pur sotto un profilo diverso, la costituzionalità di un sacrificio imposto dal legislatore nei confronti di una categoria di soggetti dell'ordinamento – i proprietari – per via di una fase di passaggio che diede luogo a una difficoltà di assestamento maggiore del previsto.

Da questo punto di vista, i due casi appena considerati fanno riecheggiare altri più recenti, sempre in tema di locazioni, consistenti nelle [sentt. n. 310/2003](#) e [n. 155/2004](#). L'argomento concerneva il regime successivo all'equo canone, ovvero quello c.d. «libero». Oggetto della prima pronuncia era la disposizione statale<sup>78</sup> che prorogava, per la terza volta, la sospensione delle procedure di esecuzione forzata di rilascio di immobili ad uso abitativo nei confronti di inquilini appartenenti a categorie individuate come bisognevoli di una tutela rafforzata. Significativamente, la Corte, per un verso, riconobbe che la normativa in oggetto trovasse giustificazione nella fase transitoria del passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina, prefiggendosi di tutelare una fascia di soggetti che, nell'immediato, avrebbero incontrato maggiori difficoltà rispetto agli altri nel trovare un alloggio idoneo<sup>79</sup>. Per altro verso, sottolineò l'esigenza che la disciplina transitoria restasse, appunto, tale, temporanea, non potendo in alcun modo risultare «paralizzata indefinitamente con una serie di pure e semplici proroghe, *oltre un ragionevole limite di tollerabilità*»<sup>80</sup>. Nello stesso senso, la successiva [pronuncia n. 155/2004](#)<sup>81</sup>.

Gli ultimi casi presentano molteplici affinità con le due pronunce degli anni Ottanta. Tuttavia, non pare azzardato osservare che questa giurisprudenza più recente sembri ancor di più soffermarsi sul profilo della proroga, mettendo decisamente sullo sfondo quello della gradualità. In queste come in altre occasioni, l'attenzione risulta riposta particolarmente non sull'anomalia di una singola, successiva, proroga, bensì sulla tollerabilità di un intero arco temporale di proroghe.

Ne risulta, dunque, un approccio in larga parte distinto. Risalta un diverso e ulteriore profilo della temporaneità in ordine a una situazione di transizione, di difficoltà in cui il legislatore cerca di contemperare e conciliare interessi contrapposti.

È la tollerabilità della temporaneità a incidere, nel senso della ricerca del *quantum* cronologico della comprimibilità di un interesse costituzionalmente protetto. Particolarmente evocativa di questo aspetto è proprio la conclusione della [sent. n. 310/2003](#): «[non] si intende con ciò negare che il legislatore debba farsi carico delle esigenze di coloro che si trovano in particolari situazioni di disagio, in quanto appartenenti a

---

<sup>74</sup> Corte cost., [n. 89/1984](#), §6 cons. dir. (corsivo aggiunto).

<sup>75</sup> Furono dichiarati illegittimi: l'art. 2, l. 25 luglio 1984, n. 377; l'art. 1, commi 8, 9, 9-bis, 9-ter, 9-quater e 9-quinquies d.l. 7 febbraio 1985, n. 12, conv., con modif., nella l. 5 aprile 1985, n. 118.

<sup>76</sup> Corte cost., [n. 108/1986](#), §8 cons. dir.

<sup>77</sup> Corte cost., [n. 108/1986](#), §9 cons. dir. Sui «due tempi» v. E. OLIVITO, *La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, in M. D'Amico, F. Biondi (curr.), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 169, anche nt. 163.

<sup>78</sup> Art. 1, d.l. 27 dicembre 2001, n. 450, conv., con modif., nella l. 27 febbraio 2002, n. 14.

<sup>79</sup> Corte cost., [n. 310/2003](#), §3 cons. dir.

<sup>80</sup> Corte cost., [n. 310/2003](#), §4 cons. dir. (corsivo aggiunto).

<sup>81</sup> Che paradossalmente riguardò una norma precedente a quella oggetto di scrutinio nella [sent. n. 310/2003](#), così da indurre la Corte a replicare quanto deciso in quell'occasione.

categoria protetta, ricorrendo ad iniziative del settore pubblico o accordando agevolazioni o ricorrendo ad ammortizzatori sociali; ma non può *indefinitamente* limitarsi, per di più senza alcuna valutazione comparativa, a trasferire l'onere relativo in via esclusiva a carico del privato locatore, che potrebbe trovarsi in identiche o anche peggiori situazioni di disagio»<sup>82</sup>. Nello sfondo, sembra quasi scontato ribadirlo, c'è sempre la sopravvenuta difficoltà dello Stato nell'agire liberamente sulla spesa, riversando il carico dei sacrifici su una categoria di soggetti.

Il profilo della tollerabilità delle proroghe consente di posare lo sguardo su un ulteriore filone giurisprudenziale che appare d'interesse nella ricerca dell'agire della temporaneità in contesti emergenziali o critici.

In richiamo alle [pronunce del 2003](#) e [del 2004](#), ad esempio, è la sent. [n. 186/2013](#), avente per oggetto una disposizione temporanea che sospendeva le azioni esecutive nei confronti delle aziende sanitarie locali nelle Regioni commissariate per dissesto<sup>83</sup> e, modificata nelle more del giudizio con l'introduzione di una proroga, addirittura arrivava a prevedere l'estinzione dei pignoramenti e delle prenotazioni a debito sulle rimesse finanziarie trasferite dalle Regioni stesse<sup>84</sup>. La Corte giudicò lo *ius novum* un mero aggravio della già discutibile disciplina originaria, in quanto ribadì che un intervento legislativo atto a svuotare il contenuto di un diritto debba, fra gli altri aspetti, «ritenersi giustificato da particolari esigenze *transitorie* qualora [...] siffatto svuotamento sia limitato ad *un ristretto periodo temporale*»<sup>85</sup>. Invece, nel caso di specie, la disposizione censurata concerneva una proroga ormai protrattasi per tre anni, mettendo i creditori «nella impossibilità di trarre dal titolo da loro conseguito l'utilità ad esso ordinariamente connessa», dovendo, «altresì, sopportare, in considerazione della automatica estinzione (o, nella versione precedente, della inefficacia) delle procedure esecutive già intraprese e della liberazione dal vincolo pignoratorio dei beni già asserviti alla procedura, i costi da loro anticipati per l'avvio della procedura stessa»<sup>86</sup>.

Il percorso con cui la Corte arrivò ad accertare l'illegittimità in quell'occasione può, per ciò che interessa, essere letto come un ulteriore elemento che contribuisce a chiarire il profilo della tollerabilità di proroghe che, per far fronte a contesti di crisi, in un determinato arco temporale prevedono la sospensione o la limitazione delle pretese giuridiche di una categoria di soggetti.

In particolare, ciò che desta maggiore interesse è il profilo triennale, il quale può essere colto come metro cronologico di cui spesso si è fatto uso nello scrutinio sulla temporaneità del sacrificio di un diritto di tanto in tanto previsto dal legislatore. Il “parametro triennale”, infatti, trova conferma in molte altre note pronunce, di accoglimento come di rigo.

Nella sent. [n. 178/2015](#), ad esempio, la Corte si espresse sul blocco della contrattazione collettiva nel pubblico impiego, previsto negli anni passati<sup>87</sup>, soffermandosi ancora una volta sulla necessaria transitorietà di vincoli legali all'autonomia collettiva, pur connessi alla «salvaguardia di superiori interessi generali»<sup>88</sup>, effettivamente riconoscendo come in tale salvaguardia rientrasse anche il profilo della grave situazione economico-finanziaria<sup>89</sup>. Più in dettaglio, però, sul blocco della parte economica della contrattazione ritenne che, superando l'estensione triennale per via delle proroghe, non potesse più ritenersi conforme al dettato costituzionale, avendo ormai raggiunto uno stadio strutturale<sup>90</sup>. Di qui, proprio in relazione al tempo, la riproposizione del concetto di «tollerabilità»: «[il] carattere ormai sistematico di tale sospensione sconfinava, dunque, in un bilanciamento irragionevole tra libertà sindacale (art. 39, primo comma, Cost.) [...] ed esigenze di razionale distribuzione delle risorse e controllo della spesa, all'interno di una coerente programmazione finanziaria (art. 81, primo comma, Cost.)», da cui discende la considerazione che «[il] sacrificio del diritto

---

<sup>82</sup> Corte cost., [n. 310/2003](#), §4 cons. dir. (corsivo aggiunto).

<sup>83</sup> Art. 1, comma 51, l. 13 dicembre 2010, n. 220.

<sup>84</sup> Art. 6-bis, d.l. 13 settembre 2012, n. 158, conv., con modif., nella l. 8 novembre 2012, n. 189

<sup>85</sup> Corte cost., [n. 186/2013](#), §4.1 cons. dir. (corsivo aggiunto).

<sup>86</sup> Corte cost., [n. 186/2013](#), §4.2 cons. dir. Su questo aspetto, v. anche E. CACACE, *Tutela giurisdizionale dei creditori ed esigenze finanziarie degli enti pubblici: il diritto di difesa valore irrinunciabile*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2013, 4.

<sup>87</sup> Combinato disposto fra l'art. 9, commi 1 e 17, d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (conv., con modif., nella l. 30 luglio 2010, n. 122), l'art. 16, comma 1, d.l. 6 luglio 2011, n. 98 (conv., con modif., nella l. 15 luglio 2011, n. 111), l'art. 1, comma 453, l. 27 dicembre 2013, n. 147 e l'art. 1, comma 254, l. 23 dicembre 2014, n. 190.

<sup>88</sup> Corte cost., [n. 178/2015](#), §10.2 cons. dir., in richiamo alla [sent. n. 124/1991](#).

<sup>89</sup> Corte cost., [n. 178/2015](#), §10.3.

<sup>90</sup> Corte cost., [n. 178/2015](#), §15 cons. dir. e ss.

fondamentale tutelato dall'art. 39 Cost.» risulta «non [...] più tollerabile»<sup>91</sup>. Fu quindi adottata una sentenza di accoglimento solo *pro futuro*<sup>92</sup>.

Nuovamente in materia pensionistica, si può citare la [sent. n. 173/2016](#). In quell'occasione, proprio il sacrificio di natura triennale, imposto in via sospensiva a pensioni elevate per fini solidaristici<sup>93</sup>, venne giustificato anche nei limiti del contingente e della temporaneità: «[in] definitiva, il contributo di solidarietà, per superare lo scrutinio 'stretto' di costituzionalità, e palesarsi dunque come misura improntata effettivamente alla solidarietà previdenziale (artt. 2 e 38 Cost.)», deve «operare all'interno del complessivo sistema della previdenza», «essere imposto dalla crisi contingente e grave del predetto sistema», «incidere sulle pensioni più elevate (in rapporto alle pensioni minime)», «presentarsi come prelievo sostenibile», «rispettare il principio di proporzionalità» ed «essere comunque utilizzato come misura una tantum»<sup>94</sup>. E in questo senso, prendendo implicitamente in esame l'arco temporale della disposizione censurata, la Corte specificò che tali condizioni sussistessero, «sia pur al limite»: il circoscritto periodo di efficacia della misura, unita in chiave di proporzionalità rispetto alla fascia di soggetti destinatari titolari di pensioni elevate, consentì di superare positivamente, per il rotto della cuffia, lo scrutinio di costituzionalità<sup>95</sup>.

L'arco temporale triennale, infine, nella stessa materia trovò esplicito richiamo nella [sent. n. 234/2020](#). Anche in questo caso, a essere sospettata di illegittimità era la previsione concernente sia la riduzione triennale della rivalutazione automatica per le pensioni di elevato importo, sia la decurtazione percentuale quinquennale delle stesse, sempre per fini solidaristico-redistributivi<sup>96</sup>. Allo stesso modo, la Consulta ribadì la discrezionalità del legislatore nel prevedere misure di tal sorta. Quanto al primo profilo, il fatto che la norma avesse previsto non un «congelamento» pieno ma un «mero raffreddamento della dinamica perequativa» in un lasso di tempo circoscritto consentì a evitare la declaratoria di illegittimità<sup>97</sup>. Quanto al secondo profilo, viceversa, il suo riversarsi per un periodo superiore ai tre anni fu decisivo per una sanzione di incostituzionalità di tipo sostitutivo. La Corte chiarì che i profili di ragionevolezza, proporzionalità e temporaneità delle disposizioni sospensive vadano valutati «alla luce delle circostanze concrete e delle reciproche interazioni»<sup>98</sup>. E se in tale ottica rientravano il contesto dell'economia nazionale come anche – significativamente – l'emergenza pandemica<sup>99</sup>, lo stesso non si poté affermare circa l'aspetto, più strettamente tecnico, del ciclo di bilancio, che pur si connette al contesto di cui sopra: la durata quinquennale – sottolineò la Corte – «non solo risulta esorbitante rispetto all'orizzonte triennale del bilancio di previsione [...], ma costituisce anche un indice di irragionevolezza per sproporzione, poiché riguarda una misura che persegue le sue finalità proprio nell'arco del triennio», rammentando che «la proiezione triennale della manovra di finanza pubblica ha costituito un parametro di accertamento dell'illegittimità costituzionale della proroga del 'blocco' della contrattazione collettiva nel pubblico impiego» di cui alla già richiamata [sent. n. 178/2015](#)<sup>100</sup>.

Con la [sent. n. 234/2020](#), in altre parole, il riferimento al triennio di bilancio<sup>101</sup> quale metro di costituzionalità di una norma sospensiva sembra costituire per la Corte, a maggior ragione dopo la riforma costituzionale del 2012 ma pur in maniera non sempre costante<sup>102</sup>, uno degli appigli di tollerabilità

<sup>91</sup> Corte cost., [n. 178/2015](#), §17 cons. dir. (corsivo aggiunto).

<sup>92</sup> Corte cost., [n. 178/2015](#), §17 e §18 cons. dir.

<sup>93</sup> Art. 1, comma 486, l. 27 dicembre 2013, n. 147.

<sup>94</sup> Corte cost., [n. 173/2016](#), §11.1 cons. dir.

<sup>95</sup> Corte cost., [n. 173/2016](#), §11.2 cons. dir.

<sup>96</sup> Art. 1, commi 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267 e 268, l. 30 dicembre 2018, n. 145.

<sup>97</sup> Corte cost., [n. 234/2020](#), §15 cons. dir. e ss.

<sup>98</sup> Corte cost., [n. 234/2020](#), §18.2 cons. dir.

<sup>99</sup> Corte cost., [n. 234/2020](#), §18.3 cons. dir.

<sup>100</sup> Corte cost., [n. 234/2020](#), §18.11 cons. dir., in richiamo anche ad altre analoghe previsioni normative che circoscrivevano la loro portata temporale nel triennio.

<sup>101</sup> Sull'argomento, C. FORTE, M. PIERONI, *Nota a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 234 del 2020: legittimo il raffreddamento della perequazione per le pensioni più elevate ed illegittima la durata quinquennale del contributo di solidarietà*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2020, 584-585, ma, soprattutto, 591-592; F. ANGELINI, G. GRASSO, *"Raffreddamento della dinamica perequativa" e tempo (in) finito della solidarietà nei trattamenti pensionistici (a margine della sentenza n. 234/2020 della Corte costituzionale)*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2021, 160 ss., vedono nel triennio ancorato al ciclo di bilancio un parametro più solido per il legislatore rispetto a nuove e analoghe misure di prelievo.

<sup>102</sup> Si v. Corte cost., [n. 223/2012](#), spec. §11.7 cons. dir., in tema di raffreddamento triennale della retribuzione dei magistrati: «[...] oltre ad essere disposto non solo un raffreddamento della dinamica retributiva, bensì una riduzione di

progressiva<sup>103</sup> “concretizzata”, rispondente al bisogno di offrire contorni sempre più precisi a una – viceversa – indefinita idea di tollerabilità-temporaneità<sup>104</sup>.

### 3.3. (segue): *il criterio di brevità*

In un’ultima classe di casi giurisprudenziali la temporaneità risulta decisiva nello scrutinio di alcune disposizioni riguardanti periodi addirittura più brevi rispetto al canone triennale e al di là di eventuali proroghe. Questi casi da un lato paiono confermare l’approccio in chiave di ragionevolezza manifestato dalla Corte nelle pronunce finora esaminate, dall’altro consentono di giungere a profili di riflessione ulteriori.

Ancora in materia pensionistica, con [sent. n. 316/2010](#), la Corte costituzionale dichiarò non fondata la questione di legittimità del blocco integrale perequativo di trattamenti contributivi cospicui, cioè superiori a otto volte il minimo INPS. La motivazione si basò anche sul profilo temporale – meramente annuale – entro cui la norma agiva, ritenuto pienamente rientrante nei margini di discrezionalità del legislatore «sulla base di

---

quanto già spettante per il 2012, è stato impedito qualsiasi recupero di tale progressione, con l’imposizione di un ‘tetto’ per il conguaglio dell’anno 2015, determinato con riferimento agli anni 2009, 2010 e 2014; escludendo pertanto il triennio 2011-2013 e con un effetto irreversibile. La fissazione di un ‘tetto’ per l’acconto dell’adeguamento relativo all’anno 2014 e di un ‘tetto’ per il conguaglio dell’anno 2015, scollegato peraltro dalle esigenze di bilancio che governano il provvedimento, costituisce, infatti, un ulteriore illegittimo superamento dei limiti temporali dell’intervento emergenziale stabilito dal legislatore per il triennio 2011-2013. [...] Inoltre, l’intervento normativo in questione non solo copre potenzialmente un arco di tempo superiore alle individuate esigenze di bilancio, ma soltanto apparentemente è limitato nel tempo, se si considerano le analoghe misure pregresse che hanno interessato i meccanismi di adeguamento». Analogamente cfr. la [sent. n. 304/2013](#), relativa a un blocco triennale per la parte economica delle progressioni di carriera del personale diplomatico: «la misura adottata è giustificata dall’esigenza di assicurare la coerente attuazione della finalità di temporanea ‘cristallizzazione’ del trattamento economico dei dipendenti pubblici per inderogabili esigenze di contenimento della spesa pubblica, realizzata con modalità per certi versi simili a quelle già giudicate da questa Corte non irrazionali ed arbitrarie ([sentenze n. 496](#) e [n. 296 del 1993](#); [ordinanza n. 263 del 2002](#)), anche in considerazione della limitazione temporale del sacrificio imposto ai dipendenti ([ordinanza n. 299 del 1999](#)). [...] [Pertanto], la norma censurata non può dirsi irragionevole viste le sue finalità di contenimento della spesa pubblica per far fronte alla grave crisi economica. Spetta infatti al legislatore, nell’equilibrato esercizio della sua discrezionalità e tenendo conto anche delle esigenze fondamentali di politica economica [...], bilanciare tutti i fattori costituzionalmente rilevanti» (§4 cons. dir.). In tal senso, maggiormente problematica si rivelò, in tema di stipendi del personale universitario, Corte cost., [n. 310/2013](#), §13.2, §13.3 e §13.4 cons. dir.: «[questa] Corte, in generale, ha ravvisato nel carattere eccezionale, transeunte, non arbitrario, consentaneo allo scopo prefissato, nonché temporalmente limitato, dei sacrifici richiesti, e nella sussistenza di esigenze di contenimento della spesa pubblica, le condizioni per escludere la irragionevolezza delle misure in questione ([sentenze n. 245 del 1997](#) e [n. 299 del 1999](#), come richiamate anche nella [sentenza n. 223 del 2012](#)). [...] Nella specie, quanto all’adeguamento, il blocco è stato previsto per la durata di tre anni (poi prorogato sino al 31 dicembre 2014), con l’espressa esclusione di successivi recuperi. [...] [II] contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, attraverso cui può attuarsi una politica di riequilibrio del bilancio, implicano sacrifici gravosi, quali quelli in esame, che trovano giustificazione nella situazione di crisi economica». La Corte finì, in quel caso, per salvare dall’incostituzionalità una norma che estendeva i suoi effetti addirittura per quattro anni. Parte della dottrina non ha mancato di rilevare questo aspetto e, più in generale, ha lamentato il differente approccio manifestato nella succitata sentenza sul personale della magistratura: si v., *ex multis*, T. ABBIATE, *Ancora in materia di misure anti-crisi: il distinguishing della Corte (nota a sent. Corte cost. n. 310/2013)*, in [federalismi.it](#), 2014, spec. 4, A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in [Rivista AIC](#), 2/2015, 2, M.A. CABIDDU, “Figli e figliastri”: breve commento alla sentenza sui blocchi stipendiali dei professori universitari, in [Amministrazione in cammino](#), 2014, *passim*, C. DRIGO, *Principles at the bar of politics. Ratio decidendi delle c.d. decisioni di spesa*, in M. Salerno, M. Ferrara (curr.), *Costituzione economica e democrazia pluralista*, Milano, 2017, 224 ss., V. FERRANTE, *Diritto al giusto salario e al lavoro pubblico, ovvero del fascino dell’antico*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2014, 1 ss.

<sup>103</sup> Sull’«incostituzionalità progressiva», si v. almeno S.P. PANUNZIO, *Incostituzionalità «sopravvenuta», incostituzionalità «progressiva» ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e il 24 novembre 1988, Milano, 1989, 279 ss.

<sup>104</sup> Sulla latente indeterminatezza di tale criterio, cfr. P. CARNEVALE, *La declaratoria di illegittimità costituzionale ‘differita’ fra l’esigenza di salvaguardia del modello incidentale e il problema dell’auto-attribuzione di potere da parte del giudice delle leggi*, in *Dir. pubbl.*, 2/2015, 403, e, analogamente, R. ROMBOLI, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 616. Sul punto, già lo stesso S.P. PANUNZIO, *Incostituzionalità «sopravvenuta», incostituzionalità «progressiva»*, cit., 280.

un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali» nel «dettare la disciplina di un adeguato trattamento pensionistico, alla stregua delle risorse finanziarie attingibili e fatta salva la garanzia irrinunciabile delle esigenze minime di protezione della persona»<sup>105</sup>. Da ciò derivò l'infondatezza del richiamo al principio di eguaglianza, giacché il sacrificio in chiave redistributiva imposto «esclusivamente sulle pensioni superiori ad un limite d'importo di sicura rilevanza» venne visto come pienamente rientrante nei canoni costituzionali<sup>106</sup>.

È possibile ravvisare come l'annualità del sacrificio in rapporto a una fascia di popolazione meno esposta alle difficoltà economiche contribuì decisamente al vaglio di legittimità della normativa, sebbene pure in quell'occasione la Corte ebbe a sottolineare come un indeterminato protrarsi della sospensione del meccanismo perequativo come anche continue reiterazioni dello stesso avrebbero potuto portare facilmente a stridere con «invalidabili principi di ragionevolezza e proporzionalità»<sup>107</sup>. Si potrebbe dire, dunque, che il profilo temporale apparve determinante anche nell'ammonimento sull'illegittimità di una sua protrazione. Per di più, lo stesso si trovò a giocare un ruolo decisivo in un'ottica strumentale, giacché proprio la ragionevolezza dell'intervento del legislatore – per il resto nelle condizioni di ampia discrezionalità nel disporre meccanismi perequativi – venne letta, per tramite del profilo temporale, nella sua finalità solidaristica, in quel caso tesa al finanziamento contestuale delle pensioni di anzianità.

Nel cominciare a intendere il profilo temporale sempre più in senso strumentale, non potendo, per così dire, “bastare a sé stesso” per un richiamo generico all'obiettivo di risanamento delle finanze pubbliche, si può anche considerare il monito contenuto al termine della [sent. n. 316](#) in una prospettiva più ampia, soprattutto alla luce di successive pronunce.

Inevitabile, così, il richiamo alla nota [sent. n. 70/2015](#), questa volta di accoglimento sulla base di più d'una ragione. A essere sospettata di illegittimità, in quel caso, era la norma – biennale – che limitava la rivalutazione dei trattamenti pensionistici alle sole fasce di importo fino a tre volte il minimo INPS<sup>108</sup>. Anche in quel caso la temporaneità venne connessa alla più ampia censura relativa alla ragionevolezza. Solo in apparenza a essere tutelate erano le fasce pensionistiche più basse, perché diverse classi decisamente non elevate – pur superiori a quelle contemplate – vennero travolte dal blocco perequativo. La Corte, in richiamo al [precedente del 2010](#) – ed evidenziando la diversa dinamica nella pronuncia *de qua*<sup>109</sup> – fu chiara: «[non] solo la sospensione ha una durata biennale; essa incide anche sui trattamenti pensionistici di importo meno elevato»<sup>110</sup> in nome di una non meglio precisata «contingente situazione finanziaria», senza che emerga dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto di bilanciamento, nei cui confronti si effettuano interventi così fortemente incisivi»<sup>111</sup>. Non mancarono, poi, in chiave di raffronto, diversi richiami a fattispecie precedenti che, pur in un arco temporale più ampio – ancora una volta, spesso è il triennio a entrare in gioco – prevedevano modulazioni perequative progressive e graduate e non così drastiche<sup>112</sup>.

La pronuncia destò diverse reazioni in dottrina. Fu spesso ripreso il [precedente del 2010](#), da cui si rilevò anche un differente – e contraddittorio – approccio, vertente sul fatto che nella precedente occasione, quando ancora la crisi economica non aveva fatto intendere tutti i suoi effetti pervasivi, si ammise la legittimità di una sospensione, mentre nel 2015, con la crisi “a pieno regime”, si giunse all'opposto indirizzo<sup>113</sup>. Non mancarono

---

<sup>105</sup> Corte cost., [n. 316/2010](#), §3.2 cons. dir., in richiamo alla nota massima contenuta nella [sent. n. 30/2004](#).

<sup>106</sup> Corte cost., [n. 316/2010](#), §3.4 cons. dir. Similmente, si v. già la [sent. 245/1997](#), §3 cons. dir., riguardante anche in quel caso una sospensione annuale degli incrementi retributivi dei pubblici dipendenti: «il ‘blocco’, di cui è evidente il carattere provvedimentale del tutto eccezionale, esauriva i suoi effetti nell'anno considerato, limitandosi a impedire erogazioni per esigenze di riequilibrio del bilancio, riconosciute da questa Corte meritevoli di tutela a condizione che le disposizioni adottate non risultino arbitrarie ([sentenze nn. 417 del 1996](#), [99 del 1995](#), [6 del 1994](#)), il che in questo caso è certamente da escludere». Si v. anche Corte cost., [n. 299/1999](#) (ordinanza di manifesta inammissibilità).

<sup>107</sup> Corte cost., [n. 316/2010](#), §4 cons. dir.

<sup>108</sup> Art. 24, comma 25, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv., con modif., nella l. 22 dicembre 2011, n. 214.

<sup>109</sup> Sul punto, M. ESPOSITO, *Le inadempienze del legislatore prima e dopo la sentenza della Corte costituzionale sul c.d. blocco delle pensioni*, in *Giur. cost.*, 2/2015, 576, e G.M. SALERNO, *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in [federalismi.it](#), 10/2015, 2-3.

<sup>110</sup> Corte cost., [n. 70/2015](#), §7 cons. dir.

<sup>111</sup> Corte cost., [n. 70/2015](#), §10 cons. dir.

<sup>112</sup> Corte cost., [n. 70/2015](#), §7 cons. dir.

<sup>113</sup> A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, cit., 2.

ulteriori critiche vertenti sulla contraddittorietà del merito della pronuncia, che finì per tutelare non solo le pensioni modeste originariamente escluse dall'“ombrello” della rivalutazione, ma anche quelle superiori<sup>114</sup>.

Ciò che interessa maggiormente, tuttavia, è che nella [sent. n. 70](#) la limitatezza temporale non apparve dirimente, per la Corte, ai fini dell'esito positivo dello scrutinio di costituzionalità, giacché la disposizione statale risultò *ex se* sproporzionata nel suo contenuto. Di conseguenza, anche questa pronuncia confermò il carattere strumentale della temporaneità, il cui giudizio necessita costantemente di essere agganciato all'*an* della disposizione che la prevede<sup>115</sup>.

Il richiamo alla sent. n. 70 consente anche un cenno alla [n. 10/2015](#), di poco precedente. In quell'occasione la Corte, con una declaratoria molto discussa<sup>116</sup>, dichiarò illegittima una disposizione che prevedeva un'addizionale IRES nei confronti di imprese operanti nel settore energetico che raggiungevano un volume di ricavi elevato<sup>117</sup>. La disposizione era stata introdotta per evidenti ragioni di contributo alla sostenibilità del bilancio pubblico, gravando su settori maggiormente impermeabili alle congiunture negative del ciclo economico.

La Corte – è noto – dopo aver accolto la questione in relazione agli artt. 3 e 53 Cost., finì per disporre gli effetti della sentenza solo dal giorno successivo per le medesime ragioni di bilancio e in particolare in virtù del «rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale»<sup>118</sup>. Tuttavia, non

---

<sup>114</sup> Sul punto, A. ANZON DEMMIG, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in *Giur. cost.*, 2/2015, 552-553, S. CECCANTI, *Una sentenza che lascia due seri motivi di perplessità*, in [federalismi.it](#), 10/2015, 1 ss., S. LIETO, *Trattare in modo eguale i diseguali? Nota alla sentenza n. 70/2015*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015, 1 ss., M. MOCHEGGIANI, *La sentenza 70 del 2015: natura e limiti di ipotesi decisorie alternative*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015, 1, e A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in [federalismi.it](#), 10/2015, 6, 9.

<sup>115</sup> Come nota C. ZUCHELLI, *Corte Costituzionale 10 marzo 2015, n. 70. Illegittimità costituzionale dell'articolo 24, comma 25 del decreto legge 6 giugno 2011, n. 201, convertito con modificazioni dall'articolo 1, comma 1, della legge 22 dicembre 2011, n. 214*, in [federalismi.it](#), 21/2015, 13: «In sostanza, la Corte ritiene del tutto incostituzionale un azzeramento della perequazione per pensioni 'non significative' anche se temporaneo, mentre è costituzionale un azzeramento della perequazione per le pensioni 'più significative' purché temporaneo». Diversamente, il “seguito” della sent. n. 70, ovvero le innovazioni alla normativa apportate dai numeri 1) e 2) del comma 1 dell'art. 1 del d.l. 21 maggio 2015, n. 65 (conv., con modif., nella l. 17 luglio 2015, n. 109), superò un successivo scrutinio di legittimità. A differenza del passato, il Governo dispose per il medesimo biennio una rimodulazione perequativa scaglionata con minor sacrificio per le fasce pensionistiche più deboli. Con una sentenza che è stata definita «un vero e proprio trattato sul 'tempo' e sulla 'temporaneità' delle limitazioni dei diritti previdenziali» (così C. COLAPIETRO, S. BARBARESCHI, *Motivazione, tempo e strumentalità del bilancio*, cit., 13), la Corte statui che «[nell'attuazione] dei principi di adeguatezza e di proporzionalità dei trattamenti pensionistici tali esigenze sono preservate attraverso un sacrificio parziale e temporaneo dell'interesse dei pensionati a tutelare il potere di acquisto dei propri trattamenti. L'osservanza di tali principi trova conferma nella scelta non irragionevole di riconoscere la perequazione in misure percentuali decrescenti all'aumentare dell'importo complessivo del trattamento pensionistico, sino a escluderla per i trattamenti superiori a sei volte il minimo INPS. Il legislatore ha dunque destinato le limitate risorse finanziarie disponibili in via prioritaria alle categorie di pensionati con i trattamenti pensionistici più bassi» (Corte cost., [n. 250/2017](#), §6.5.2 cons. dir.).

<sup>116</sup> Oltre alla dottrina citata nelle note precedenti e in quelle seguenti, si v., *ex multis*: L. ANTONINI, *Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 718 ss.; A. ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale “esce allo scoperto” e limita l'efficacia retroattiva delle proprie sentenze di accoglimento*, in [Rivista AIC](#), 2/2015, 1 ss.; R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015, 1 ss.; I. CIOLLI, *L'equilibrio di bilancio è il convitato di pietra nelle sentenze nn. 10 e 70 del 2015*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 702 ss.; F. GABRIELE, A.M. NICO, *Osservazioni “a prima lettura” sulla sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015: dalla legittimità del “togliere ai ricchi per dare ai poveri” alla legittimità del “chi ha avuto, ha avuto, ha avuto...scordiamoci il passato”*, in [Rivista AIC](#), 2/2015, 1 ss.; G. GRASSO, *Le parole della Costituzione e la crisi economico-finanziaria*, in [Osservatorio costituzionale](#), 1/2016, 11; E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?* in *Giur. cost.*, 1/2015, 79 ss.; A. MORELLI, *Tutela nel sistema o tutela del sistema? Il «caso» come occasione della «tutela sistemica» della legalità costituzionale e la «forza politica» del Giudice delle leggi (notazioni a margine di Corte cost. n. 10/2015)*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015, 1 ss.; R. ROMBOLI, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, cit., 607 ss.; A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 635 ss.

<sup>117</sup> Art. 81, commi 16, 17 e 18, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv., con modif., nella l. 6 agosto 2008, n. 133.

<sup>118</sup> Corte cost., [n. 10/2015](#), §8 cons. dir.



pare irragionevole evidenziare come nella parte iniziale del considerato in diritto – quella che, beninteso, sembrava condurre a una ordinaria declaratoria di illegittimità prima del “cambio di passo” degli ultimi due punti – uno dei profili censurati riguardò proprio il carattere non temporaneo e stabile della previsione normativa.

La Corte, infatti, dopo aver citato diversi precedenti in cui furono ritenuti non illegittimi temporanei inasprimenti dell'imposizione<sup>119</sup>, individuò proprio nella mancata temporaneità un profilo «ancor più grave» rispetto al fatto che la norma colpiva l'intero reddito d'impresa e non solamente il *surplus*<sup>120</sup>.

Venne, per l'appunto, specificato: «la richiamata giurisprudenza di questa Corte è costante nel giustificare temporanei interventi impositivi differenziati, vòlti a richiedere un particolare contributo solidaristico a soggetti privilegiati, in circostanze eccezionali»; invece, «le disposizioni censurate nascono e permangono nell'ordinamento senza essere contenute in un arco temporale predeterminato, né il legislatore ha provveduto a correderle di strumenti atti a verificare il perdurare della congiuntura posta a giustificazione della più severa imposizione»; «[si] riscontra, pertanto, un conflitto logico interno alle disposizioni impugnate, le quali, da un lato, intendono ancorare la maggiorazione di aliquota al permanere di una determinata situazione di fatto e, dall'altro, configurano un prelievo strutturale destinato ad operare ben oltre l'orizzonte temporale della peculiare congiuntura»<sup>121</sup>. Anche in questa sentenza, dunque, per quanto solo in astratto se si guarda all'esito, il tempo si ripresentò come profilo decisivo nello scrutinio della scelta legislativa che prevedeva sacrifici nei confronti di particolari categorie in contesti delicati, come quello della crisi economica. Di qui la palese contraddittorietà con lo scopo perseguito dalla disposizione da parte della sua “non temporaneità”.

### 3.4. (segue): *il diverso agire della temporaneità nei casi finora considerati*

Esaminati tutti questi casi giurisprudenziali e messi a raffronto con quello paradigmatico della [sent. n. 15/1982](#) non ci si può esimere dal percepire come il criterio-limite temporale nelle eterogenee misure sospensive presenti dei tratti di volta in volta differenti.

Il diverso agire della temporaneità lascia intendere come la stessa “emergenza normativa” tenda a non concretizzarsi – anzi, generalmente non lo fa mai – nella sua portata estrema, apparendo piuttosto in termini decisamente più articolati e sfaccettati, pur sempre concernenti la limitazione di diritti e interessi costituzionali.

Ne paiono una prova le già citate [sentenze n. 89 del 1984](#) e [n. 108 del 1986](#). In dottrina quei casi sono stati – a ben ragione – letti come esemplari nell'argomento della sospensione delle libertà fondamentali in situazioni emergenziali<sup>122</sup>. Al contempo, non pare azzardato constatare come la loro dinamica non sembri collimare integralmente con quella del *leading case* della [sentenza n. 15/1982](#). Nei primi due sembra affiorare un bilanciamento fra due situazioni giuridiche soggettive (quella del creditore e quella del debitore) per tramite della sospensione; nell'ultimo, invece, pare prospettarsi una tensione “verticale” fra un diritto (quello dell'imputato, per giunta legato a un principio) e l'interesse dell'ordinamento a conservarsi e a sopravvivere, qualificato in questo modo dal provvedimento normativo.

---

<sup>119</sup> Corte cost., [n. 10/2015](#), §6.3 cons. dir. La Corte, infatti, specificò: «basti menzionare la sovrainposta comunale sui fabbricati ([sentenza n. 159 del 1985](#)), l'imposta straordinaria immobiliare sul valore dei fabbricati ([sentenza n. 21 del 1996](#)), il tributo del sei per mille sui depositi bancari e postali ([sentenza n. 143 del 1995](#)), il contributo straordinario per l'Europa ([ordinanza n. 341 del 2000](#))».

<sup>120</sup> Su questo aspetto, con diverse accezioni, I. MASSA PINTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2015, 4-8 ma *passim*, V. ONIDA, *Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?* in [Rivista AIC](#), 1/2016, 8, R. PINARDI, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in questa [Rivista](#), 2015/I, 227, M. RUOTOLO, M. CAREDDA, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin tax*, in [Rivista AIC](#), 2/2015, 3 ss., S. SCAGLIARINI, *L'incostituzionalità sopravvenuta sfuggita alla Corte*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015, 2.

<sup>121</sup> Corte cost., [n. 10/2015](#), §6.5.2 cons. dir.

<sup>122</sup> R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 319, nt. 161; P. PINNA, *Crisi costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989, rist. 1992, 486, nt. 33.

In altri casi, come quelli in materia di gradualità – effettivamente, forse i più lontani dai canoni emergenziali – addirittura non si evince una dinamica sospensiva o derogatoria di una prescrizione costituzionale. Lo si può desumere dalle più recenti pronunce in ambito pensionistico, laddove la Corte è stata chiara nello specificare che non esiste un diritto alla rivalutazione annuale del trattamento, né questo può discendere dal testo dell'art. 38 Cost.<sup>123</sup> e che il legislatore, nei limiti della ragionevolezza, può prevedere trattamenti regressivi.

Si potrebbe dire, in definitiva, che le affinità fra i diversi casi si manifestino soprattutto in relazione al loro appartenere a dei contesti di difficoltà che l'ordinamento può attraversare e che potrebbero dar luogo a delle oscillazioni dell'indirizzo politico, talvolta tese al sacrificio di particolari istanze rispetto ad altri bisogni che si impongono maggiormente: il fatto emergenziale allarmante, la crisi dei bilanci pubblici, la crisi abitativa, così via. In tutti i casi, la temporaneità gioca un ruolo determinante, ma a sua volta differenziato. Ecco come, già a questo punto, affiora quantomeno il dubbio se tutte le fattispecie finora incontrate siano riconducibili a una dinamica propriamente emergenziale ovvero se le stesse presentino dei tratti spesso ibridi, dove è facile confondere la singola difficoltà, il singolo contesto critico, con un'emergenza nel pieno senso della parola. Anche volendo abbracciare la seconda prospettiva, tuttavia, resta aperto il quesito su dove sia il *discrimen* fra le due dimensioni e, rispetto a ciò, su quale sia il contributo offerto dalla diversificata dinamica temporale.

#### 4. Gli elementi di novità presentati dall'emergenza sanitaria

Per contribuire all'approfondimento del quesito di cui si è appena fatto cenno, la giurisprudenza sulla recente epidemia da *coronavirus*<sup>124</sup> offre moltissimi spunti di riflessione.

L'ordinamento italiano è stato fra i primi, in ordine cronologico, in cui sono stati registrati fenomeni di grave contagio. L'intensità non solo del dato naturale – la facile trasmissibilità del virus – ma anche di quello giuridico – le disposizioni adottate per contrastare il problema – consentono di scorgere l'inveramento di una emergenza costituzionale di grave entità. Non a caso, in merito, si è parlato di «prima vera emergenza nazionale verificatasi nel dopoguerra»<sup>125</sup>; il che si rivela particolarmente evocativo se si pensi che momenti bui e difficili non sono certo mancati nel corso dei decenni della storia repubblicana. Si è trattata di una condizione inedita

---

<sup>123</sup> Corte cost., [n. 316/2010](#), §3.1 cons. dir.: «Dal principio enunciato nell'art. 38 Cost., infatti, non può farsi discendere, come conseguenza costituzionalmente necessitata, quella dell'adeguamento con cadenza annuale di tutti i trattamenti pensionistici. E ciò, soprattutto ove si consideri che le pensioni incise dalla norma impugnata, per il loro importo piuttosto elevato, presentano margini di resistenza all'erosione determinata dal fenomeno inflattivo. L'esigenza di una rivalutazione sistematica del correlativo valore monetario è, dunque, per esse meno pressante di quanto non sia per quelle di più basso importo».

<sup>124</sup> L'acronimo «Covid-19» sta a significare «*Coronavirus Disease 2019*». Per ulteriori informazioni cfr. WORLD HEALTH ORGANIZATION, [Novel Coronavirus\(2019-nCoV\), Situation Report – 22, 11 febbraio 2020](#). È ormai noto come il termine «*coronavirus*» indichi in realtà un concetto di virus generico. In questa sede, per comodità, se ne farà comunque uso in relazione ai fatti dell'emergenza pandemica, tanto in relazione ai ceppi virali, quanto in relazione alla patologia.

<sup>125</sup> A. SAITTA, [Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica](#), cit., 841. Cfr. anche I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in [Rivista AIC](#), 1/2022, 99, nonché EAD., *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2021, 9, che richiama la [Risoluzione del Parlamento europeo su Impatto delle misure connesse alla Covid-19 sulla democrazia, sui diritti fondamentali e sullo stato di diritto, 13 novembre 2020](#), su un evento che “non ha precedenti”, con la necessità di ripensare, in futuro, “i nostri modi di gestione delle crisi sia a livello di Stati membri che di Unione europea”. Inoltre, con diverse accezioni, sulle peculiarità dell'emergenza pandemica si v.: A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in [BioLaw Journal](#), 1/2020, 7; V. BALDINI, *Il Politico nell'emergenza (sanitaria): Divagazioni minime su un tema classico*, in [Dirittifondamentali.it](#), 3/2021, 92; P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria: dalla pandemia del coronavirus spunti per attuarla diversamente*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2020, 690 ss.; F. GABRIELE, *Spigolature sull'unità nazionale (anche “temuta” e/o “rifiutata”) e il suo spirito nelle istituzioni, nelle forze politico-parlamentari, nella società civile, nei media e nei social durante la pandemia (con seguito di lampi e tamburi di guerra, crisi climatica ed energetica ed inflazione verso le due cifre o della “tempesta perfetta”)*, in [Nomos](#), 3/2022, 1 ss.; A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in [Diritti Regionali](#), 1/2020, 368 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *Recovery Fund e Recovery Plan fra solidarietà, mercato e sviluppo: un equilibrio irrisolto*, cit., 3664; F. VARI, *La pandemia di COVID 19 come stress test per i diritti fondamentali. Prime note*, in [Nuove Autonomie](#), 1/2022, 175.

che ha avuto implicazioni sostanzialmente su tutti gli aspetti del vivere comune<sup>126</sup>, mettendo ancor di più in luce la già sussistente condizione di precarietà dello Stato sociale<sup>127</sup>. Per la prima volta, un fatto improvviso non ha messo in difficoltà un singolo aspetto della vita, dei momenti, dei caratteri dell'ordinamento, bensì una serie indefinita o comunque molto ampia: salute, sicurezza, relazioni sociali, lavoro, diritti, libertà, ricchezza, eguaglianza, sono solo alcuni dei tanti profili risultati in condizioni di minaccia.

La particolare gravità dell'evento è testimoniata anche dal "passaggio di testimone" fra le fonti dell'emergenza già dalle iniziali avvisaglie. Difatti, subito dopo una prima delibera dello stato d'emergenza all'interno del sistema di protezione civile<sup>128</sup> si è affiancato, divenendo preponderante, un quadro normativo principalmente regolato dalle fonti primarie volto a disciplinare gli articolati e complessi ambiti dell'ordinamento interessati dall'evento. La dottrina è stata pressoché unanime nell'attribuire al rapido e (ancora una volta) improvviso aggravarsi dei contagi la scelta di far ricorso alla decretazione d'urgenza<sup>129</sup>, per di più ravvisando una smentita "sul campo" dell'aspirazione del Codice di protezione civile a rivestire un punto di riferimento esclusivo in materia emergenziale, soprattutto in relazione a fatti *realmente* improvvisi, gravi e allarmanti<sup>130</sup>.

Da un lato, la decretazione d'urgenza ha dettato misure volte a evitare il contagio, come si desume dal combinato fra i D.I. 23 febbraio 2020, n. 6, 24 marzo 2020, n. 19 e 16 maggio 2020, n. 33 e i diversi d.p.c.m. ed ordinanze. Da un altro lato, ha dato luogo a misure maggiormente di contesto e strumentali al debellamento del virus, mediante la regolazione di diversi ambiti delle relazioni sociali, economiche e istituzionali, nonché, in connessione, dello svolgimento di funzioni e servizi pubblici.

Oltre a queste peculiarità sul piano spaziale, il caso del *coronavirus* si è rivelato inedito per l'estensione temporale dell'evento, il quale si è prolungato per almeno due anni. In relazione a ciò sono state previste diverse proroghe dello stato d'emergenza, avvenute in più occasioni per mezzo di un articolato intreccio

---

<sup>126</sup> L. VIOLANTE, *Introduzione*, in S. Pajno, L. Violante (curr.), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, Vol. I, *I problemi di governo*, Bologna, 2021, 9; G. ZAGREBELSKY, *Introduzione. È tempo di riparlarci*, in J. HABERMAS, *Proteggere la vita*, trad. it. a cura di F. D'Aniello, Bologna, 2022 (2021), 7.

<sup>127</sup> A.M. NICO, *L'emergenza sanitaria "guarisce" lo Stato sociale dai condizionamenti economici e finanziari?* in [Dir. pubbl. eur. Rassegna online](#), 1/2021, 112-113.

<sup>128</sup> Delib. Cons. ministri, 31 gennaio 2020, *G.U.*, 1° febbraio 2020, n. 26.

<sup>129</sup> In merito si v., fra gli altri e con diverse sfumature, A. ARCURI, *Cose vecchie e cose nuove sui dd. dal fronte (...dell'emergenza coronavirus)*, in [federalismi.it](#), 28/2020, 238 ss., M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020, 5-6, P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale*, cit., 41-42, A. LO CALZO, *Interazioni tra dimensione sovranazionale e dimensione nazionale nella produzione normativa: tra crisi "endemiche" e nuove emergenze*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2022, 637, 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](#), 2/2022, 352-353, A. PERTICI, *Il potere politico di fronte alle emergenze: notazioni introduttive*, in [Riv. Gruppo di Pisa](#), 2020, 5, E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo*, cit., 69, A. SAIITA, [Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica](#), cit., 843, 846-847, M. TRESCA, *Le fonti dell'emergenza L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020, 204. Più in particolare, R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, in [Diritti Regionali](#), 1/2020, 651 ss. e C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in [Amministrazione in cammino](#), 2020, 5, nonché ID., *Considerazioni sulla scelta delle fonti del diritto per fronteggiare l'emergenza sanitaria del 2020*, in [DPCE Online](#), 3/2020, 4265, evidenziano nel carattere abnorme dell'emergenza pandemica il probabile motivo che ha spinto il Governo a propendere per la decretazione d'urgenza in luogo delle ordinanze contingibili, anche atteso il rango diverso dal punto di vista della gerarchia delle fonti. Si v., analogamente, Corte cost., [n. 37/2021](#), §8.1 e §9 cons. dir. Non è mancato chi, invece, ha evidenziato un «macroscopico scostamento» dalla prassi precedente, che privilegiava l'utilizzo del sistema della protezione civile per disastri di ogni sorta (calamità, terremoti, ecc...) lasciando la decretazione d'urgenza più sullo sfondo e per finalità di tipo organizzativo-normativo, ma non certo di rientro quanto più veloce possibile dal problema: così A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2020, 315, nonché ID., *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2022, 581-582.

<sup>130</sup> Si v. E. CATELANI, *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?* in [Quad. cost.](#), 4/2020, 729.

normativo, ben al di là del termine massimo biennale previsto dal Codice della protezione civile<sup>131</sup>. Ciò ha reso evidente la particolarità del caso, giacché il criterio della temporaneità ha finito, perlomeno a primo impatto, per rivelarsi debole<sup>132</sup>; il che spinge ancor di più all'interrogativo sulle prospettive e sulle implicazioni di una progressiva estensione della disciplina emergenziale in relazione all'evolversi (e al persistere) di un fatto grave e allarmante<sup>133</sup>.

La regressione del profilo temporale appare almeno parzialmente smentita dalla giurisprudenza. A parte poche eccezioni che si considereranno, questa ha riguardato gli interventi di contesto, sindacando sulle singole scelte di bilanciamento assunte dal legislatore dell'emergenza nel corso dei due anni. Qui il profilo temporale ha giocato un ruolo importante: ancora una volta diversificato, ma espressivo di un filo conduttore in grado di estendersi – significativamente, come si tenterà di mettere in luce – anche a quelle pronunce non propriamente emergenziali che sono state già esaminate.

#### 4.1. (segue): *casi di temporaneità emergenziale “ordinaria”*

In un primo gruppo di sentenze la temporaneità sembra aver rivestito un prevalente tratto di ordinarietà, il quale solo in prima battuta può risultare paradossale, invece rivelandosi d'interesse per ricavare, ancora una volta, l'articolata sfaccettatura di questo profilo nel più ampio contesto emergenziale.

È possibile citare la [sent. n. 5/2022](#), riguardante il trattamento speciale riservato agli operatori sanitari da una legge della Regione Val D'Aosta. Oggetto del giudizio erano delle disposizioni temporalmente limitate, infra-annuali, concernenti sia l'attribuzione di indennità al personale medico e sociosanitario sia l'assunzione di personale a tempo determinato in deroga ai limiti della disciplina del pubblico impiego. La Corte ha risposto in entrambi i casi con una declaratoria di rigetto.

Quanto alla prima questione, la normativa è stata giustificata «alla luce e nella prospettiva della *eccezionale situazione determinata dalla pandemia da COVID-19*, della correlata necessità di rafforzare l'offerta sanitaria nella Regione autonoma per fronteggiarne le conseguenze del particolare impegno richiesto nella contingente situazione emergenziale agli operatori dei servizi socio-sanitari e della esigenza di riconoscere ad essi *un emolumento speciale e temporalmente delimitato con carattere indennitario e premiale*», rimarcando «l'impegno straordinario profuso dal personale sanitario, ma anche, per evidenti ragioni, da quello dei servizi assistenziali menzionati»<sup>134</sup>. In via aggiuntiva, le previsioni hanno resistito alle censure di illegittimità per il loro replicare disposizioni emanate a livello nazionale e, nel prevedere trattamenti premiali aggiuntivi, per il loro risultare interamente a carico del bilancio regionale, così non contrastando con il principio-materia del «coordinamento della finanza pubblica» di cui all'art. 117, comma terzo, della Costituzione<sup>135</sup>.

Quanto alla seconda questione, il profilo temporale è sembrato agire su un duplice piano. Dapprima, la previsione è stata giudicata in piena linea con la disciplina statale sul pubblico impiego, che consente il ricorso a contratti di lavoro flessibile «per comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale»<sup>136</sup>. In questo caso, secondo la Corte, le deroghe regionali non hanno fatto altro che riprendere il contenuto delle disposizioni statali facendo leva su fondi propri, rispondendo «alle stesse specifiche esigenze, *limitate temporalmente*, per le quali esse prevedono la possibilità di ricorso a tipologie flessibili di rapporto di lavoro nella pubblica amministrazione»<sup>137</sup>.

---

<sup>131</sup> Alle iniziali deliberazioni del Consiglio dei ministri hanno fatto seguito interventi anche direttamente per tramite di decreti-legge: si v., da ultimo, l'art. 1, comma 1, del d.l. 24 dicembre 2021, n. 221, conv., con modif., nella l. 18 febbraio 2022, n. 11, che ha prorogato lo stato d'emergenza al 31 marzo 2022.

<sup>132</sup> A. LAMBERTI, *La Corte costituzionale e il salvataggio forzato dei DPCM: osservazioni a margine di Corte cost., sent. n. 198/2021*, in [Corti supreme e salute](#), 1/2022, 14.

<sup>133</sup> Parla di elusione del principio della temporaneità M. CALAMO SPECCHIA, *Riflessioni di sintesi. Le fonti del “diritto della pandemia” tra forma e sostanza*, in [DPCE Online](#), 2021, 1870-1871. Analogamente, M. VITTORI, [I decreti-legge e i d.p.c.m. dell'emergenza sanitaria tra riserva di legge, tipizzazione del contenuto dei provvedimenti e bilanciamento dei diritti \(riflessioni non ancora desuete a margine di Corte costituzionale sent. n. 198/2021\)](#), in questa [Rivista](#), [2022/III](#), 1361.

<sup>134</sup> Corte cost., [n. 5/2022](#), §4.3.1 cons. dir. (corsivo aggiunto).

<sup>135</sup> Corte cost., [n. 5/2022](#), §4.3.2 cons. dir.

<sup>136</sup> Art. 36, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

<sup>137</sup> Corte cost., [n. 5/2022](#), §6.4 cons. dir. (corsivo aggiunto).

Così, le stesse previsioni valdostane sono state ricondotte alla luce del contesto eccezionale ed emergenziale del *coronavirus*, il quale avrebbe proceduto ad «integrare oggettivamente i requisiti di *eccezionalità e temporaneità* che il legislatore statale prevede per poter ricorrere al lavoro flessibile»; in altre parole, si è trattato di un requisito già previsto di eccezionalità e temporaneità, «declinato in funzione di emergenza sanitaria»<sup>138</sup>.

Profili simili alla [sent. n. 5/2022](#) sono individuabili nella precedente [n. 278/2020](#), circa una norma statale infra-annuale che sospendeva le attività processuali e i relativi termini di prescrizione<sup>139</sup>, anche per come prorogata<sup>140</sup>. Di nuovo, la Corte costituzionale ha respinto i rilievi di illegittimità.

L'oggetto della pronuncia solo in astratto ha presentato dei punti di contatto con il celebre precedente della [sent. n. 15/1982](#) – difatti, non richiamato – nella parte in cui avrebbe inciso sulla portata dell'art. 25 Cost. Il ragionamento si è tuttavia sviluppato su ben diversi presupposti. Anche in questa occasione il contesto a cui è appartenuta la norma – ha sottolineato la Corte – era quello emergenziale. Ma ha risaltato anzitutto l'ordinario carattere discrezionale della previsione legislativa dei termini della prescrizione, nel quale è costantemente operato un bilanciamento fra gli interessi costituzionali che fondano l'istituto<sup>141</sup>, di cui è stata ribadita la caratura sostanziale con ricadute processuali<sup>142</sup>. Questo profilo è stato ancorato, più in dettaglio, non al fatto emergenziale bensì all'art. 159 cod. pen., secondo cui «[i]l corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale [...] è imposta da una particolare disposizione di legge»<sup>143</sup>. In questi termini, la sospensione del 2020 è stata interpretata alla stregua di uno dei tanti accadimenti dilatori in cui può incappare un processo, tale che sarebbe stato contrario alla *ratio* stessa della sospensione agire solo per i reati commessi dopo l'entrata in vigore della previsione<sup>144</sup>. Dal ragionamento della Corte si è desunto, in definitiva, che l'interesse dell'imputato o del reo non può spingersi all'aspirazione di conoscere in termini, per così dire, aritmetici l'avverarsi della prescrizione, ben potendo accadere eventi sospensivi nell'*iter* processuale.

Solo a seguito di questa ricostruzione la Corte si è interrogata sul rispetto dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità che, si può dire, avrebbero rappresentato l'unico ostacolo una volta appurata la possibilità di prevedere norme sospensive di tal sorta. Cioché, la normativa è stata giudicata conforme a questi requisiti, inserendo nel gioco del bilanciamento la tutela della salute di cui all'art. 32 Cost. e allegandovi, significativamente, anche la durata decisamente breve della misura sospensiva<sup>145</sup>.

Al contempo, non può passare inosservato il particolare percorso argomentativo contenuto nella [sent. n. 278/2020](#), che rispetto alla [n. 5/2022](#) ha riguardato principi e interessi in gioco molto delicati. Circa la chiamata in causa dell'art. 159 cod. pen., più in dettaglio, il dubbio permane attorno alla distinzione tra i fatti da questo sussumibili e la garanzia sottesa alla norma. Da qui potrebbe discendere la differenza fra la consapevolezza del possibile accadimento di fattispecie concrete in grado di inverare quanto astrattamente previsto e la fattispecie astratta, di necessaria conoscenza al momento della commissione del fatto: in questa seconda prospettiva il soggetto non è in grado di conoscere le innovazioni normative incidenti sulla prescrizione e perciò ogni applicazione retroattiva

---

<sup>138</sup> Corte cost., [n. 5/2022](#), §6.4 cons. dir.

<sup>139</sup> Art. 83, comma 4, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv., con modif., nella l. 24 aprile 2020, n. 27.

<sup>140</sup> L'art. 36, comma 1, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, conv., con modif., nella l. 5 giugno 2020, n. 40, ha prorogato il termine iniziale della norma, 15 aprile 2020, all'11 maggio dello stesso anno.

<sup>141</sup> Ovvero, il bilanciamento fra la perseguibilità e l'accertamento del reato, da un lato, e l'interesse dell'imputato a non vedersi più riconosciuta la responsabilità penale per via dell'attenuazione dell'allarme sociale dovuto al tempo, dall'altro: concetti dettagliati al §7 cons. dir. della medesima pronuncia.

<sup>142</sup> Corte cost., [n. 278/2020](#), §9 e §10 cons. dir.

<sup>143</sup> Corte cost., [n. 278/2020](#), §13 cons. dir.

<sup>144</sup> Corte cost., [n. 278/2020](#), §13 cons. dir.

<sup>145</sup> Corte cost., [n. 278/2020](#), §14 cons. dir.

dello *ius novum* si troverebbe quantomeno sul confine della pertinenza con quanto tutelato dal principio di legalità di cui all'art. 25 Cost.<sup>146</sup>.

Non a caso, prima della pronuncia, già la Terza sezione penale della Corte di Cassazione aveva negato la non manifesta infondatezza della disposizione, basando però la propria decisione su tutt'altro nesso logico, e in particolare sulla qualificazione *extra ordinem* del fatto virale. Anzitutto, la sospensione di tutti i termini, inclusi quelli di prescrizione, avrebbe trovato fondamento nella *salus rei publicae* più che nell'art. 159 cod. pen. Di qui la valutazione della medesima normativa nella sua idoneità a raggiungere lo scopo professato (evitare il contagio) e nel suo essere temporanea, consentendo così un'applicazione retroattiva addirittura in *malam partem* in un periodo di tempo cricocritto<sup>147</sup>.

Viceversa, il più articolato percorso seguito dalla Consulta può comunque essere individuato come un tentativo di normalizzazione di previsioni emergenziali come quelle in oggetto, così scongiurando il rischio di una riscoperta del "vaso di Pandora" dell'affine caso scaturito nel 1982.

Ad ogni modo, in entrambe le sentenze appena richiamate non pare irragionevole desumere come il profilo temporale si sia sviluppato in una dinamica prettamente ordinaria, pur nell'indubbio contesto emergenziale. Capovolgendo il discorso, l'evento straordinario è sembrato agire quale canone di ragionevolezza e proporzionalità per l'attivazione di previsioni normative già presenti nell'ordinamento, valutate anche attraverso la loro provvisorietà. Per l'appunto, il fatto emergenziale stesso è apparso uno dei tanti presupposti per l'applicazione delle medesime disposizioni. Ne discende che la Consulta ha inteso scrutinare le due questioni di legittimità secondo un metodo in larga parte corrispondente a situazioni di normalità, nelle quali potrebbero presentarsi i termini per l'adozione di provvedimenti temporanei come quelli in oggetto.

I due casi esaminati presentano dunque diverse affinità con pronunce già richiamate in cui la Consulta ha valutato la mera brevità o tollerabilità della previsione sospensiva in relazione al bilanciamento effettuato e al contesto di riferimento.

#### 4.2. (segue): *casi di temporaneità emergenziale "rinnovabile"*

Di diverso contenuto e implicazioni risultano altre pronunce in cui la Corte costituzionale è stata chiamata a vagliare ulteriori disposizioni di contesto rispetto alla finalità emergenziale di contenimento della diffusione del *coronavirus*.

Anzitutto sembra utile il richiamo a una coppia di pronunce, le [nn. 128](#) e [213 del 2021](#). Entrambe hanno riguardato una materia simile a casi trattati in precedenza, ovvero il diritto all'abitazione. Il loro confronto presenta parecchi spunti di rilievo sistematico anche a partire dal diverso esito.

Nella [sent. n. 128/2021](#) a essere sospettate di illegittimità erano una normativa temporanea che sospendeva qualsiasi tipologia di pignoramento immobiliare avente ad oggetto l'abitazione principale del debitore<sup>148</sup> e la sua proroga<sup>149</sup>. In tal senso appare particolarmente indicativo il fatto che la Corte, nell'acclarare la ragionevolezza della normativa originaria in relazione all'iniziale, acuta fase dell'esplosione dell'emergenza, ha giudicato invece illegittima la proroga, perché essenzialmente replicativa di una disciplina che presentava un drastico bilanciamento di interessi non più rispondente alle successive fasi della pandemia. Anche in

---

<sup>146</sup> Analogamente, D. MARTIRE, T. PISTONE, *Sospensione della prescrizione, principio di legalità e bilanciamento sempre possibile. Considerazioni a margine della sentenza n. 278 del 2020 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2021, *passim*, spec. 181, nonché IID., *Tempo della punizione e garanzie costituzionali. La sospensione della prescrizione al vaglio della Consulta*, in *Arch. pen.*, 3/2020, *passim*, spec. 19. Fra la dottrina penalistica, R. BARTOLI, *Con una finta la Consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al covid*, in [Sistema Penale](#), 2021, spec. 7 ss.

<sup>147</sup> Cass. pen., sez. III, 17 luglio 2020, n. 21367, §6.1 cons. dir. e ss., spec. §6.6.

<sup>148</sup> Art. 54-ter, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, cit.

<sup>149</sup> L'art. 4, comma 1, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 (conv., con modif., nella l. 18 dicembre 2020, n. 176) e l'art. 13, comma 14, d.l. 31 dicembre 2020, n. 183 (c0nv., con modif., nella l. 26 febbraio 2021, n. 21), hanno rispettivamente prorogato la sospensione iniziale di sei mesi al 31 dicembre 2020 e al 30 giugno 2021. La Corte costituzionale ha sindacato la seconda proroga.

richiamo alle già citate sentenze [nn. 310/2003](#) e [155/2004](#), la Corte ha ribadito che «[la] sospensione delle procedure esecutive deve costituire [...] un evento eccezionale», dovendo sempre aver luogo «un ragionevole bilanciamento tra i valori costituzionali in conflitto, da valutarsi considerando la proporzionalità dei mezzi scelti in relazione alle esigenze obiettive da soddisfare e alle finalità perseguite», individuando l'esistenza di un «ragionevole limite di tollerabilità»<sup>150</sup>.

Per giungere a tale conclusione la Consulta ha svolto un'importante analisi in concreto che si è sviluppata su due piani: dapprima, in relazione all'evoluzione dell'evento pandemico; in seguito, rispetto ad altre previsioni sulla stessa materia, le quali avevano invece previsto delle proroghe con una disciplina via via più attenuata rispetto all'iniziale drastico bilanciamento<sup>151</sup>. In definitiva, l'approccio del legislatore nel caso *de qua* è stato censurato per non aver introdotto nessun criterio distintivo o selettivo in relazione all'evolversi dei fatti e della disciplina di contesto<sup>152</sup>.

Sulla stessa falsariga, poi, la [sent. n. 213/2021](#). In questo caso la questione di legittimità verteva su disposizioni temporanee sospensive delle procedure di sfratto per morosità riguardanti immobili anche ad uso non abitativo<sup>153</sup>, poi prorogate con diversificazioni e gradualità adeguamenti<sup>154</sup>.

A differenza della precedente pronuncia, sono stati proprio i progressivi adeguamenti della disciplina all'affievolimento dell'evento pandemico e la restrizione dei beneficiari a salvare l'intero impianto normativo dall'illegittimità<sup>155</sup>. Non sembra irrilevante il rinnovato richiamo ai [precedenti del 2003](#) e [del 2004](#), teso a rimarcare che interventi legislativi che dispongono sacrifici verso alcuni soggetti possono avvenire «solo in presenza di circostanze eccezionali e per periodi di tempo limitati»<sup>156</sup>. In aggiunta, l'immediato precedente della [sent. n. 128/2021](#) ha costituito un'importante chiave di raffronto, in particolare nel prendere atto che nel caso *de qua* il legislatore avesse effettivamente disposto misure adeguate e migliorative e non semplicemente replicative per mezzo della proroga, tale da rendere quest'ultima non irragionevole<sup>157</sup>.

L'analisi di queste due sentenze consente di comprendere agevolmente il contenuto della [pronuncia n. 236/2021](#). Qui l'analogia è con il precedente, già citato, della [n. 186/2013](#). L'oggetto è difatti simile, riguardante la sospensione temporanea delle esecuzioni e l'inefficacia dei pignoramenti nei confronti del Servizio sanitario nazionale<sup>158</sup>, anche per come prorogata<sup>159</sup>.

La Corte ha rigettato la questione relativa alla disposizione originaria, ben evidenziando il fatto che solo in prima battuta la normativa avrebbe replicato quella censurata nel 2016: in quel caso a risultare dirimente fu la proroga «storicizzata» del blocco delle procedure per motivi di rientro del disavanzo, la quale risultò «sostanzialmente diversa nei presupposti applicativi e nella *dimensione temporale*», totalmente estranei rispetto a quelli imposti dal *coronavirus*<sup>160</sup>. E, proprio in quest'ottica, ha giudicato invece illegittima la successiva proroga – di un altro anno – della medesima misura: in richiamo ai due precedenti delle sentenze

<sup>150</sup> Corte cost., [n. 128/2021](#), §8 cons. dir.

<sup>151</sup> Corte cost., [n. 128/2021](#), §10, §11, §12, §13 cons. dir. In merito, si v. anche G. MARCHETTI, *Il bilanciamento tra il diritto all'abitazione del locatario e il diritto di proprietà del locatore in tempo di emergenza sanitaria. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 128/2021 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio costituzionale](#) 1/2022, spec. 12.

<sup>152</sup> Corte cost., [n. 128/2021](#), §14 cons. dir.

<sup>153</sup> Art. 103, comma 6, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, cit..

<sup>154</sup> Dapprima, l'iniziale termine del 30 giugno 2020 era stato prorogato al 31 dicembre 2020 dall'art. 17-bis del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv., con modif. nella l. 17 luglio 2020, n. 77. In seguito, l'art. 13, comma 13 del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, cit., ha disposto che la sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche ad uso non abitativo, è prorogata sino al 30 giugno 2021 limitatamente ai provvedimenti di rilascio adottati per mancato pagamento del canone alle scadenze e ai provvedimenti di rilascio conseguenti all'adozione del decreto di trasferimento di immobili pignorati ed abitati dal debitore e dai suoi familiari. Infine, l'art. 40-quater, comma 1, del d.l. 22 marzo 2021, n. 41, conv., con modif., nella l. 21 maggio 2021, n. 69, ha precisato che la sospensione è prorogata: «a) fino al 30 settembre 2021 per i provvedimenti di rilascio adottati dal 28 febbraio 2020 al 30 settembre 2020; b) fino al 31 dicembre 2021 per i provvedimenti di rilascio adottati dal 1° ottobre 2020 al 30 giugno 2021».

<sup>155</sup> Sulla sentenza v. F.V. DELLA CROCE, *Proporzionalità e ragionevolezza nella proroga del "blocco degli sfratti"*. *Brevi note alla sentenza n. 213 del 2021 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2022, 188 ss.

<sup>156</sup> Corte cost., [n. 213/2021](#), §11.4 cons. dir.

<sup>157</sup> Corte cost., [n. 213/2021](#), §11.6 e §11.7 cons. dir.

<sup>158</sup> Art. 117, comma 4, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, cit..

<sup>159</sup> L'art. 3, comma 8, d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, cit., ha prolungato la sospensione dal 31 dicembre 2020 al 31 dicembre 2021.

<sup>160</sup> Corte cost., [n. 236/2021](#), §8.1. cons. dir. (corsivo aggiunto).

[n. 128](#) e [n. 213 del 2021](#), la Corte ha specificato che l'intervento «nelle fasi successive avrebbe richiesto [...] una riedizione e un affinamento del bilanciamento sotteso alla misura, poiché la sua invarianza cristallizza un pregiudizio individuale che dovrebbe essere invece strettamente limitato nel tempo»<sup>161</sup>.

Dalle tre pronunce appena esaminate – la [n. 128](#), la [n. 213](#) e la [n. 236](#) – affiorano diversi profili di interesse per la ricerca sulla rilevanza costituzionale della temporaneità emergenziale, i quali appaiono innovativi. Più in dettaglio, il costante richiamo a pronunce più risalenti – la [n. 310/2003](#), la [n. 155/2004](#) e la [n. 186/2013](#) – presenta un duplice risvolto.

Non soltanto evidenzia un filo conduttore abbastanza definito sul profilo della temporaneità emergenziale, il quale sta a confermare ancora una volta la sua multiformità piuttosto che la sua omogeneità; difatti, dietro la coerenza dei continui rimandi operati dalla Consulta a sostegno delle sue argomentazioni pare celarsi soprattutto un indicatore ulteriore.

Nelle sentenze precedenti alla giurisprudenza sul *coronavirus* si è cercato di mettere in luce la qualificazione della temporaneità come metro di valutazione sulla tollerabilità del procrastinarsi di una disciplina derogatoria o sospensiva, evidenziata in molteplici sensi e direzioni. Di converso, nelle pronunce del 2021 la stessa temporaneità si è svelata sotto una luce in larga parte nuova. In relazione al fatto estremamente grave ben può ammettersi una proroga della disciplina emergenziale, ma questa deve essere proporzionale all'andamento e all'evolversi della vicenda, per giunta osservata da un punto di vista di sistema, generale. Per questo motivo, i riferimenti ai precedenti casi paiono soprattutto segnare un punto di distacco, risultando coerenti solamente in un momento iniziale e allorché si affermi che la sospensione deve essere temporanea.

Questo aspetto appare il contributo più importante desumibile dai casi più recenti in relazione a quelli più risalenti. Cosicché se le sentenze sulla proroga in materia immobiliare nel contesto pandemico richiamano i [precedenti del 2003](#) e [del 2004](#), persiste nel risaltare il diverso operare del profilo temporale. Questo agisce come metro valutativo rinnovabile e non più (solo) come semplice corollario della ragionevolezza sulla tollerabilità del persistere della normativa sospensiva. Allo stesso modo, se la sentenza sul blocco delle esecuzioni nei confronti del servizio sanitario nazionale nel contesto pandemico cita il [precedente del 2013](#), affiora la centralità della valutazione della congruità della proroga in relazione all'evolversi della gravità emergenziale piuttosto che al mero criterio triennale della ragionevolezza del sacrificio. Difatti, nei casi più recenti sono state dichiarate illegittime norme di proroga decisamente inferiori al raggio della triennialità.

Risulta, in definitiva, uno spartiacque fra la giurisprudenza in materia di emergenza pandemica e quella precedente, di cui, non a caso, si è già potuto quantomeno dubitare della costante attinenza a fattispecie propriamente emergenziali. Non – però – un cambio di passo da parte della Consulta, quanto piuttosto un differente approccio in relazione a situazioni in larga parte diverse, per quanto affini in taluni aspetti. Se, come è desumibile dalla più volte richiamata massima della [sent. n. 310/2003](#), il legislatore non può trasferire l'onere di un sacrificio in maniera indefinita a carico di una categoria di soggetti in periodi di ristrettezze per le finanze pubbliche<sup>162</sup>, ciò non sembra rilevare nel medesimo senso nel caso propriamente emergenziale, in cui assume carattere dirimente l'adeguamento della disciplina temporanea all'evolversi del fatto straordinario. Pare, in questa prospettiva, delinearsi un peculiare giudizio che potrebbe essere definito “sul tempo della temporaneità”<sup>163</sup>.

### 5. *Diversi gradi di normativa emergenziale?*

Tutte le pronunce considerate fino a questo momento contribuiscono alla risoluzione del quesito che più volte incidentalmente è stato posto, ovvero sull'esistenza di diverse gradazioni della normativa emergenziale. Pur non essendo l'oggetto principale del presente lavoro, lo stesso argomento offre dei risvolti di sicuro rilievo

---

<sup>161</sup> Corte cost., [n. 236/2021](#), §9.1 e ss. cons. dir.

<sup>162</sup> Corte cost., [n. 310/2003](#), §4 cons. dir.

<sup>163</sup> Come evidenziato da G. MARCHETTI, *Il bilanciamento tra il diritto all'abitazione del locatario e il diritto di proprietà del locatore in tempo di emergenza sanitaria*, cit., 13, in relazione alla [sent. n. 128/2021](#), «il bilanciamento sotteso alla temporanea sospensione delle procedure esecutive avente ad oggetto l'abitazione principale è divenuto, nel tempo, irragionevole e sproporzionato, tanto da rendere illegittima la seconda proroga, che viene pertanto dichiarata incostituzionale» (corsivo aggiunto).



per il profilo della temporaneità. Pertanto, senza la pretesa di fissare tassativamente – posto che sia veramente possibile farlo – una scala di intensità del fatto e della norma emergenziali, può risultare utile tracciare quantomeno un distinguo fra due dimensioni: misure volte a colpire direttamente l'evento emergenziale percepito come allarmante; misure di contesto che si pongono in via strumentale alle prime.

Per quanto riguarda la prima dimensione, si può dire che quanto più grave risulta l'evento emergenziale tanto più drastiche possono rivelarsi le norme sospensive e derogatorie volte a eliminarlo. Come già in parte si è cercato di rilevare, la scarsa giurisprudenza su normative emergenziali contraddistinte da un alto grado di drasticità può stare a conferma del carattere liminare di queste eventualità<sup>164</sup>. Ciononostante, è possibile mettere in evidenza alcuni aspetti. L'operazione legislativa scrutinata dalla [sent. n. 15/1982](#), ad esempio, può rientrare in questo delicato livello, presentando per molti aspetti un *unicum* se raffrontata agli altri casi. Difatti, la Consulta sembrò ravvisare non un bilanciamento fra due interessi o diritti protetti dalla Costituzione, ma un sacrificio di questi rispetto al principio della conservazione dell'ordinamento, declinato in chiave di sicurezza e per mezzo dell'elevato allarme causato dal terrorismo politico.

È solo in ragione dei caratteri di questa particolare operazione – in grado di incidere sui punti vitali dell'ordinamento – che dalla scarsa giurisprudenza si rinviene la connessa necessità che la norma emergenziale sia temporanea. Al contempo, prima di posare l'attenzione sul ruolo giocato dalla temporaneità e andando ancora più a fondo della questione, non pare errato sostenere che la decisione in tale livello sia passibile di censura solamente qualora se ne dimostri l'abnormità rispetto allo scopo che si prefigge di conseguire. Il canone di ragionevolezza pare ruotare, in questo caso, attorno al fatto che una norma emergenziale di tal sorta non possa spingersi più di quanto occorra<sup>165</sup>. Allo scrutinio della ragionevolezza fa così da *tandem* quello della proporzionalità-congruità della misura rispetto alla finalità prefissata: questo sembra essere l'aspetto più importante, accanto a quello della temporaneità, desumibile dalla [sentenza del 1982](#)<sup>166</sup>.

Nel voler sintetizzare questo ambito, si può dire che la disciplina sospensiva volta a colpire e a scongiurare direttamente l'evento emergenziale, superandolo per proteggere l'integrità dell'ordinamento, rientri in una peculiare dimensione della discrezionalità politica, che diviene passibile di illegittimità solo nel suo risultare manifestamente sproporzionata rispetto allo scopo<sup>167</sup>.

Questo specifico profilo della valutazione politica e dello scrutinio sulla proporzionalità può trovare conferma anche nella disciplina di contenimento del *coronavirus*<sup>168</sup>, perlomeno per ciò che concerne la decretazione d'urgenza volta direttamente al contrasto dell'emergenza pandemica. Su quest'ambito la Corte costituzionale non ha avuto particolare modo di esprimersi. L'unico caso è stato quello della [sent. n. 198/2021](#) in materia di coordinamento fra decretazione d'urgenza e d.p.c.m. Da questa pronuncia, che ha salvato il sistema normativo in questione<sup>169</sup>, pur solo implicitamente si può ricavare la valutazione, più ampia, della

---

<sup>164</sup> S. PAJNO, *Democrazia e governo della pandemia*, in S. Pajno, L. Violante (curr.), *Biopolitica, pandemia e democrazia*, cit., 37-38, pur in riferimento anzitutto al tipo di fatto emergenziale e non alla normativa, accenna a diversi livelli in parte affini alle ipotesi espresse in questa sede, laddove il più grave, in cui «ricorre una situazione che sfugge, in maniera più o meno intensa, alle capacità probabilistiche del pubblico potere», corrisponde in realtà alla situazione più remota.

<sup>165</sup> A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori: lezioni*, cit., 177.

<sup>166</sup> A. PERTICI, *Terrorismo e diritti della persona*, cit., 40-44.

<sup>167</sup> Si ritiene doveroso citare, ancora una volta, la precisazione in Corte cost., [n. 15/1982](#), §6 cons. dir. Questo tipo di giudizio, che più di tutti tende ad avvicinarsi a quello sul merito, venne affrontato già da C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, 1976<sup>9</sup>, 1413-1414, il quale non escludeva la possibilità di uno scrutinio dell'«operato del legislatore rivolto ad eludere l'applicazione di principi costituzionali sotto l'apparenza di rispettarli. Se il giudice costituzionale potesse desumere dalla contraddizione fra parte e parte dello stesso testo normativo, *oppure fra questo e le circostanze di pubblico interesse* cui esso si riferisce l'elusione del fine prescritto, la 'irragionevolezza' della statuizione, dovrebbe dichiararne la illegittimità costituzionale sotto la specie della presunzione del contrasto con tale pubblico interesse, e cioè sotto la specie dell'eccesso di potere». Sulla «specificità» ragionevolezza utilizzata dalla Corte nel 1982, non riconducibile a quella «normale», v. ancora A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?* cit., 111, richiamato anche da P. BARILE, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 36.

<sup>168</sup> Così, ma in senso critico, V. BALDINI, *Proporzionalità e adeguatezza versus prevenzione nel controllo di razionalità delle misure di contrasto all'emergenza sanitaria: tra premesse di metodo e percezioni esegetiche*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2021, 144 ss.

<sup>169</sup> La Corte, in quest'occasione, ha ricondotto i d.p.c.m. in oggetto, «per certi versi», alla categoria degli «atti amministrativi necessitati», più che alle ordinanze *extra ordinem* – queste, tipicamente indeterminabili – così respingendo

legittimità di misure sospensive di alcuni diritti e finanche libertà costituzionali, ad esempio derivanti dal divieto di allontanamento dall'abitazione senza giustificato motivo. I medesimi risultati ancor più fra le righe possono trarsi da un'altra pronuncia, la [n. 37/2021](#), in cui alcuni tentativi di intervento regionale "in concorrenza" sulla gestione e sul controllo sanitari sono stati smentiti sul punto del richiamo alla materia esclusiva della «profilassi internazionale» di cui all'art. 117, comma secondo, Cost.: la diffusione generalizzata e grave della malattia ha giustificato l'assunzione unilaterale della normativa statale, non potendosi intravedere spazi di trasversalità<sup>170</sup>. Di qui il collegamento, evidenziato dalla Corte, con il peculiare e articolato sistema normativo adottato dal Governo, volto al contenimento della diffusione del virus in vista «della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande», imponendo «l'impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire»<sup>171</sup>.

Si può dunque intendere come anche in questo spaccato normativo dell'emergenza sanitaria la scelta politica si sia sviluppata secondo una dinamica sospensiva per la garanzia della conservazione dell'ordinamento. È vero che, in dottrina, si è parlato anche in questo caso di un «macro-bilanciamento» con l'art. 32 Cost. al fine di negare l'attitudine sovversiva del fatto pandemico, ma contestualmente si è giunti alla conclusione che sia stata «proprio la salvaguardia di questo bene fondamentale ad aver imposto e ad imporre l'adozione di più o meno drastiche misure di compressione degli altri diritti costituzionali»<sup>172</sup>.

Allo stesso modo, infine, potrebbe porsi, più che la già citata [sent. n. 278/2020](#), la questione che ne è stata fondamento, attinente alla remota ipotesi di incidere in senso retroattivo su uno dei principi cardini dello Stato di diritto. Anche a prescindere dalla diversa interpretazione offerta dalla Terza sezione penale della Suprema Corte, si può intravedere tutta l'importanza di un ragionamento focalizzato sulla proporzionalità di una misura indiretta – sospensiva della prescrizione tutelata dall'art. 25 Cost. – ancorata a una diretta – sospensiva dei processi – al fine di evitare il contagio per via del sovraffollamento delle aule giudiziarie<sup>173</sup>.

Per quanto riguarda la seconda dimensione di norme emergenziali, relative a misure anche sospensive ma maggiormente di contesto rispetto all'obiettivo precipuo del contrasto del fatto, tanto la giurisprudenza in materia di *coronavirus* quanto quella precedente si rivelano più corpose, ma al contempo si è potuto osservare la non omogeneità della casistica presa in esame.

Nel tentare di trarre un minimo comune denominatore, non sembra peregrina la valutazione di queste misure come ruotanti non tanto attorno a una tensione fra la conservazione dell'ordinamento e una prescrizione costituzionale quanto, pure in funzione della prima, a un bilanciamento fra due o più sfere costituzionalmente tutelate. Tuttavia, se il bilanciamento si rivela una costante anche nell'ordinarietà, giacché nessun interesse può divenire tiranno rispetto ad altri<sup>174</sup>, un filtro per la distinzione fra le diverse situazioni può essere individuato nella particolare "sproporzione" in quelle emergenziali. Non a caso, sull'argomento si è di recente parlato di «bilanciamenti sbilanciati»<sup>175</sup>. E, proprio dinanzi agli ultimi accadimenti, la Corte ha in più occasioni evidenziato l'«inedita condizione di grave pericolo per la salute pubblica»<sup>176</sup>, la «situazione di carattere

---

le critiche sulla carenza di tassatività quanto al loro contenuto e sulla supposta delegazione della potestà normativa primaria (§8 e §8.1 cons. dir.).

<sup>170</sup> Corte cost., [n. 37/2021](#), §8 cons. dir.: «Tale distribuzione delle competenze a livello costituzionale, per i casi in cui si manifesti un'emergenza pandemica, ha trovato tradizionalmente riscontro nella legislazione, quando si tratta di intrecciare i profili attinenti alla tutela della salute con quelli innescati dalla repentinità ed imprevedibilità della crisi, tanto al suo esordio, quanto nelle successive manifestazioni di essa. La natura globale della malattia impone di rinvenire in tale normativa il riflesso della competenza esclusiva che lo Stato vi esercita».

<sup>171</sup> Corte cost., [n. 37/2021](#), §9 cons. dir.

<sup>172</sup> Così P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale*, cit., 44. Sul bilanciamento rispetto all'art. 32 Cost. v. anche B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in [federalismi.it](#), 6/2020, IV.

<sup>173</sup> Su questo specifico profilo, D. MARTIRE, T. PISTONE, *Sospensione della prescrizione, principio di legalità e bilanciamento sempre possibile*, cit., 184.

<sup>174</sup> Fra le altre pronunce, cfr. Corte cost., [n. 85/2013](#), §9 cons. dir.: «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre 'sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro' ([sentenza n. 264 del 2012](#)). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

<sup>175</sup> P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale*, cit., 45.

<sup>176</sup> Corte cost., [n. 213/2021](#), §11.2 cons. dir.

eccezionale e imprevedibile»<sup>177</sup> o la condizione di «un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari»<sup>178</sup>, tali da giustificare determinati provvedimenti nel recente biennio.

Sono, quindi, le peculiarità del contesto a giustificare la sospensione, la deroga o la forte compressione di una sfera costituzionalmente protetta a beneficio di un'altra. Al contempo, a differenza del precedente e preminente grado di disciplina emergenziale, in questo livello lo spazio di cognizione della Corte costituzionale è apparso – prima e dopo il *coronavirus* – molto più ampio, non limitato alla sola manifesta sproporzione.

Preme nuovamente ribadire come in quest'ambito il confine fra situazioni emergenziali e situazioni ordinarie, qualora ci sia, appaia decisamente labile. Affiora, in prima battuta, quantomeno la differenza fra una sospensione, una compressione o una relativa proroga riguardanti un passaggio da un vecchio a un nuovo regime rispetto a quelle, per così dire, inserite in eventi di autentico *stress* ordinamentale. Ma è soprattutto in quest'ultima condizione che possono essere tratteggiate suddivisioni ulteriori. In tema di crisi economica, per esempio, nella [sent. n. 70/2015](#) si è visto come il blocco della rivalutazione pensionistica, biennale, nei confronti di un'ampia fascia di soggetti, non superò positivamente il vaglio di legittimità, risultando insufficiente il richiamo a non meglio definite esigenze finanziarie<sup>179</sup>, nonostante la palese sofferenza delle casse pubbliche. Analoghe – per gravità, non per materia – compressioni sono state invece ritenute legittime nel contesto dell'emergenza pandemica, assieme a tante altre previsioni, come quelle sul blocco delle attività processuali. Pertanto, pare utile tenere a mente la più volte richiamata, in dottrina, differenza fra una situazione di crisi e una di emergenza: mentre quest'ultima si sviluppa nella gravità dell'immediato, si è sottolineato come la prima attenga più che altro a una condizione di transizione, di passaggio, anche facendo leva sull'etimologia del termine<sup>180</sup>. Tant'è che, si è detto, una crisi può dar luogo a un'emergenza come, viceversa, l'emergenza può aprire le basi per un processo di crisi<sup>181</sup>. Per rimanere nell'esempio della [sent. n. 70](#), in astratto, una situazione di grave, improvvisa e acuta recessione economica potrebbe presentare le premesse per giustificare eventualmente lo stesso provvedimento invece censurato nel 2015.

### 5.1. (segue): *la temporaneità dell'emergenza come criterio rinnovabile-progressivo*

Nella presente sede l'ipotesi sulle distinzioni fra i diversi gradi di intensità emergenziale può essere solo intuita o accennata, rivelandosi utile essenzialmente in funzione di una riflessione sulla temporaneità. Questa, di per sé sola, sembra ormai dimostrare dei tratti del tutto peculiari rispetto all'emergenza stessa.

Il profilo del tempo rispetto ai due macro-tipi di norma emergenziale di cui si è fatto cenno pare difatti giocare un ruolo cruciale su un duplice livello. La temporaneità, si è visto, è connaturata strutturalmente alla norma emergenziale, tanto che una siffatta disposizione, se non provvisoria, sarebbe idonea a incappare immediatamente in una declaratoria di illegittimità. Di conseguenza, anche alla luce della giurisprudenza esaminata si può dire che, in un primo livello, l'estensione temporale può essere intesa come corrispondente alle peculiarità della norma emergenziale a cui fa da corollario, tale da essere suscettibile di uno scrutinio solo per palese sproporzione nel caso di norme “senza bilanciamento” oppure per irragionevolezza nel caso di norme “con bilanciamento *sbilanciato*”.

---

<sup>177</sup> Corte cost., [n. 213/2021](#), §13.1 cons. dir.

<sup>178</sup> Corte cost., [n. 198/2021](#), §8.1.1 cons. dir.

<sup>179</sup> Ancora, si v. Corte cost., [n. 70/2015](#), §10 cons. dir.

<sup>180</sup> Il termine «crisi», come notato da I. CIOLLI, *The constitutional consequences of financial crisis and the use of emergency powers: flexibility and emergency sources*, in [Rivista AIC](#), 1/2015, 4, nonché, di recente, da A. LO CALZO, *Interazioni tra dimensione sovranazionale e dimensione nazionale nella produzione normativa*, cit., 600, deriva dal greco «κρίνω» («separare»), che rimanda al concetto di «passaggio tra due differenti situazioni». Si è anche recentemente considerato come fra «crisi» ed «emergenza», spesso usati in maniera promiscua, solo la seconda attiene a una vera e propria categoria di rilievo costituzionale: si v. P. CARNEVALE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti*, cit., 25, e S. LIETO, *L'impatto dell'emergenza sanitaria ed economica da Covid-19 sul sistema delle fonti tra livello statale, regionale e locale*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2022, 685.

<sup>181</sup> P. CARNEVALE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti*, cit., 25. S. LIETO, *L'impatto dell'emergenza sanitaria ed economica da Covid-19 sul sistema delle fonti*, cit., 686, punta l'attenzione sulla possibilità che l'emergenza si tramuti in crisi. La dinamica opposta è maggiormente cara agli studi delle scienze sociali: si v., fra gli altri, S. ROLANDO, *La comunicazione di crisi e di emergenza*, in S. Rolando (cur.), *La comunicazione di pubblica utilità 2. Società, economia, cultura*, Milano, 2004, 235.

Tuttavia, la medesima temporaneità risulta ancor più decisiva in un secondo livello, allorché occorra valutare proroghe o prolungamenti della norma emergenziale rispetto all'eventualità del protrarsi dell'evento grave e allarmante. È su questo piano che si avvertono le maggiori cautele in relazione alla garanzia e al controllo sull'operato del legislatore dell'emergenza, al fine di scongiurare qualsivoglia stabilizzazione una volta transitati da una prima fase "d'impatto" a una successiva, la quale inevitabilmente contiene i presupposti per una maggiore cognizione dei contorni e delle implicazioni dell'evento grave.

Quest'ultimo è il profilo che maggiormente interessa e costituisce l'elemento di novità della giurisprudenza sul *coronavirus*, laddove la Corte costituzionale ha in più occasioni espresso uno scrutinio che può essere definito «rinnovabile-progressivo» nelle diverse questioni che le erano state sottoposte. L'aspetto più importante che può essere messo in luce è che il prolungamento temporale della disciplina emergenziale tende a essere valutabile con criteri analoghi tanto sulle norme direttamente volte a contrastare il fatto eccezionale quanto su quelle definite, per semplificazione, "di contesto". In entrambi i casi la Corte sembra trovarsi nella possibilità di dichiarare illegittima la proroga o, ad esempio nel caso di un provvedimento iniziale con un termine molto ampio, di individuare il *dies a quo* in cui la previsione non ha più ragion d'essere, in caso di inerzia da parte del legislatore.

Anche alla luce di tali rilievi, dalla giurisprudenza esaminata traspare una particolare modalità attraverso cui il fatto trova ingresso nel giudizio costituzionale<sup>182</sup>, in quanto strumento di valutazione della legittimità dei provvedimenti emergenziali adottati. Più precisamente, la temporaneità risulta metro di scrutinio progressivo all'interno del giudizio di ragionevolezza, declinato sul «grado» e «sul tipo di aderenza» della norma rispetto ai fatti, così da «verificarne la congruità»<sup>183</sup>. In tal modo, si potrebbe dire che *il fatto è analizzato nel tempo* così come anche *il tempo risulta nel fatto* valutato dalla Corte: «il decorso del tempo» risalta quale «elemento utile a verificare la persistenza di una *ratio legis* corrispondente alla mutata realtà fattuale»<sup>184</sup>.

Un giudizio che prenda in esame in questo modo il fatto attiene, naturalmente, a uno spazio di cognizione estremamente delicato in cui è dietro l'angolo il travalicamento in una valutazione sul merito della ponderazione compiuta dal legislatore<sup>185</sup>. Nel contesto emergenziale, tuttavia, lo sguardo alla realtà dei fatti si impone, inevitabilmente, *in re ipsa* dalle questioni di legittimità sottoposte al vaglio della Corte, la quale si trova a valutare la sussistenza e la persistenza delle condizioni eccezionali<sup>186</sup> da cui si è desunta la necessità di comprimere interessi e diritti costituzionali.

Questo, anzitutto, sembra essere il significato del riferimento alla perdita di legittimità di «misure insolite» qualora «ingiustamente protratte nel tempo» di cui già si fece cenno nella [sentenza del 1982](#)<sup>187</sup>. Ma è

---

<sup>182</sup> Sull'argomento, *ex multis*, cfr. R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 313 ss., ID., *Il fatto nel diritto costituzionale*, in *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, Atti del XXIX Convegno annuale, Catanzaro, 16-18 ottobre 2014, Napoli, 2015, 21 ss., M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, cit., 521 ss. Più di recente, v. M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in M. D'Amico, F. Biondi (curr.), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 50 ss., ed E. OLIVITO, *La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit., 135 ss.

<sup>183</sup> Così M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, cit., 55, che continua: «accade, allora, ad esempio, che la Corte possa correggere il tiro rispetto a propri precedenti perché ritenuti non più aderenti alla realtà sociale». Analogamente, E. OLIVITO, *La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit., 150, in richiamo a R. BIN, *Il fatto nel diritto costituzionale*, cit., 63.

<sup>184</sup> E. OLIVITO, *La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit., 164.

<sup>185</sup> R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 328; E. OLIVITO, *La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit., 146 ss.

<sup>186</sup> Sul punto, in tema di sentenze di incostituzionalità sopravvenuta, R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, 1993, 51, anche richiamato da E. OLIVITO, *La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit., 168. Si v. inoltre M.A. CABIDDU, *Emergenze abissali. Cosa resterà di diritti e processo dopo la pandemia*, in *Rivista AIC*, 1/2021, 316, che cita C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *Annuario Associazione dei professori di diritto amministrativo*, Milano, (2005) 2006, 21: «l'emergenza, quando la si assuma come una certa situazione che mette a repentaglio fondamentali interessi individuali e collettivi, è un valore di rilievo costituzionale, che si iscrive fra gli elementi che debbono essere bilanciati e diviene un parametro in astratto idoneo a conformare il contenuto dei diritti costituzionalmente garantiti sulla base di un reciproco condizionamento», sicché [...] è ai caratteri specifici di quella 'certa situazione' che occorre guardare per valutare l'effettiva necessità di 'fronteggiare con mezzi e poteri straordinari' le situazioni riconducibili alla 'fattispecie astratta'».

<sup>187</sup> Corte cost., [n. 15/1982](#), §7 cons. dir.

specialmente l'emergenza pandemica ad aver lasciato trasparire l'autonoma dimensione del "tempo del fatto" rispetto al "fatto in senso proprio". È vero che la giurisprudenza costituzionale non ha avuto modo di toccare questa parte del discorso nello scrutinio sul raccordo fra la decretazione d'urgenza e i d.p.c.m. Nelle poche occasioni, si è limitata a ribadire l'importanza della temporaneità delle disposizioni impugnate<sup>188</sup>. Certamente nulla – perché fuori dai *petita* – si può desumere sul profilo del prolungamento della disciplina. Tuttavia, sembra prospettabile anche in questa tipologia di decisioni un analogo tipo di scrutinio, tale per cui solo il protrarsi del fatto emergenziale che mantenga i medesimi gradi di intensità, gravità e "improvvisatezza" potrebbe giustificare la replicazione della disciplina originaria. Posto, naturalmente, che possa mai avverarsi una simile eventualità: anche nel caso del *coronavirus*, senza entrare nel merito e nei profili critici delle scelte adottate, il legislatore dell'emergenza ha dato luogo a una diversa e maggiormente graduata disciplina di limitazione delle libertà costituzionali nel corso dei periodi successivi all'esplosione del contagio.

Tanto più questo profilo della temporaneità è risultato decisivo nella restante casistica della giurisprudenza presa in esame, come si è cercato di mettere in luce. Il carattere dirimente della diversità delle varie fasi pandemiche risulta, ad esempio, colto anche nella [sent. n. 31/2022](#). Qui, ancora una volta, si è posta l'attenzione sulla mutevolezza del bilanciamento fra diversi interessi in base al tempo (la critica, nuovamente, era sulla sospensione delle attività giudiziarie)<sup>189</sup>. Proprio in questa prospettiva, nella conclusione della già citata [sent. 213/2021](#) con un monito la Corte ha per un verso specificato che «se l'eccezionalità della pandemia da COVID-19 giustifica, *nell'immediato e per un limitato periodo di tempo*, la sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili (anche perché, in particolare, vi è stato, da parte del legislatore, un *progressivo aggiustamento* del bilanciamento degli interessi e dei diritti in gioco, nei termini sopra indicati), d'altra parte però questa misura emergenziale [...] deve ritenersi senza possibilità di ulteriore proroga, avendo la compressione del diritto di proprietà raggiunto il limite massimo di tollerabilità, pur considerando la sua funzione sociale (art. 42, secondo comma, Cost.)». Per un altro verso – e questo pare il *quid pluris* rispetto al passato – ha ribadito comunque che «[resta] ferma in capo al legislatore, *ove l'evolversi dell'emergenza epidemiologica lo richieda*, la possibilità di adottare altre misure più idonee per realizzare un *diverso bilanciamento*, ragionevole e proporzionato ([sentenza n. 128 del 2021](#))»<sup>190</sup>. Quest'ultimo passaggio può essere colto come un ulteriore segnale di differenziazione fra la temporaneità in una situazione propriamente emergenziale e quella attinente a differenti e più tenui contesti di difficoltà. In entrambe si è potuto costantemente osservare il frequente utilizzo del monito come strumento di dialogo con il legislatore. Il monito tende spesso a esprimere quel «disagio» della Corte rispetto all'inattuazione (sopravvenuta in relazione a nuove esigenze o persistente) di «valori costituzionali»<sup>191</sup>. Quanto più ci si avvicini a una dimensione emergenziale, tanto più si intravede l'utilizzo del monito non per evidenziare la cronicità di una disattesa – più affine a un criterio di tollerabilità, ad esempio – quanto per avvertire della prossimità di un limite temporale, oltrepassato il quale dovranno essere disposti necessari adeguamenti della disciplina in relazione all'evolvere dei fatti.

In definitiva, si può dire che la temporaneità svolga un ruolo di prim'ordine nella riflessione sulla legittimità delle norme emergenziali, al di là delle diverse fattispecie e dei differenti gradi di intensità prospettabili o ipotizzabili. Quello che può essere definito "lo scorrere del tempo", in altri termini, tende a essere via via più stringente per il legislatore dell'emergenza, su cui ricade l'onere di dimostrare sempre più con maggiore minuziosità la necessità del mantenimento di provvedimenti sproporzionati o addirittura completamente sospensivi di un diritto o di un interesse tutelato dalla Carta costituzionale<sup>192</sup>.

---

<sup>188</sup> Cfr. Corte cost., [n. 198/2021](#), §6.1 cons. dir., nonché [n. 37/2021](#), §9 cons. dir.: «Fin dal decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 (Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19), convertito, con modificazioni, nella legge 5 marzo 2020, n. 13, il legislatore statale si è affidato ad una sequenza normativa e amministrativa che muove dall'introduzione, da parte di atti aventi forza di legge, di misure di quarantena e restrittive, per culminare nel dosaggio di queste ultime, *nel tempo* e nello spazio, e a seconda dell'andamento della pandemia, da parte di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri» (corsivo aggiunto).

<sup>189</sup> Corte cost., [n. 31/2022](#), §6 cons. dir.

<sup>190</sup> Corte cost., [n. 213/2021](#), §15 cons. dir. (corsivo aggiunto).

<sup>191</sup> Su cui, per tutti, si v. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 198, L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Padova, 1987, *passim*, G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (curr.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, spec. 136 ss.

<sup>192</sup> Si tratta di un aspetto problematico già messo in luce da M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, cit., 551, secondo cui il criterio di temporaneità della restrizione di alcune sfere costituzionalmente protette convince «soltanto se non fa riferimento ad una astratta nozione *a priori* di tollerabilità,

## 6. Conclusioni: l'autonoma dimensione della temporaneità dell'emergenza e la tenuta dell'ordinamento costituzionale

È stato possibile percepire la forte incidenza del profilo temporale nella più recente giurisprudenza in tema di emergenza. Lo stesso si presenta, nella sua giustiziabilità, in un'ottica garantistica circa il controllo sull'agire del potere politico in casi e fattispecie-limite. Ciò è stato reso possibile a partire dall'individuazione di un'autonoma dimensione del profilo temporale rispetto alla norma emergenziale in sé.

Il vincolo della temporaneità si rivela così funzionale alla tenuta dell'ordinamento, trovando riflesso anche nella forma di Stato<sup>193</sup> ovvero nei caratteri del rapporto fra potere e collettività in quanto manifestazione esteriore dei «principi costitutivi essenziali dell'ente»<sup>194</sup>. La temporaneità non ha infatti goduto del medesimo peso nel corso delle epoche. Solo per cenni, si può dire che se l'idea che un regime emergenziale debba essere provvisorio è antichissima – si pensi alla magistratura semestrale del *dictator* romano<sup>195</sup> – lo stesso non si può dire sulla coerenza della stessa temporaneità. Quest'ultima ha evidentemente seguito un percorso evolutivo a sé stante.

Non stupisce, ad esempio, come nello Stato liberale, tutto improntato sul mero rapporto oppositivo fra autorità e libertà<sup>196</sup>, la questione della temporaneità risultasse irrisolta. L'assenza di una fonte effettivamente limitativa della pervasività della legge consentiva a quest'ultima una ampia determinazione dei limiti ai diritti del cittadino<sup>197</sup>. Nel concreto, le regolazioni delle circostanze straordinarie si traducevano in chiave criminale-repressiva nei confronti delle rimostranze delle fasce sociali più deboli (stati d'assedio civili, leggi penali

---

tenuità, etc.; ma ad una nozione relazionale, che identifichi tali qualificazioni *rispetto a qualcosa*, e cioè a un diverso valore (costituzionale) nei cui confronti va operato un bilanciamento. In altre parole, solo se presuppone che la qualifica della 'tollerabilità' (o equivalenti) possa essere attribuita solo dopo aver accertato l'esistenza di contrastanti valori (pur essi protetti in Costituzione), e l'esigenza di sacrificare alla loro realizzazione gli interessi in concreto limitati, ma nella sola misura in cui ciò sia necessario e non oltre».

<sup>193</sup> Sul concetto di «forma di Stato» ci si può limitare a rinviare a G. AMATO, *Forme di Stato e forme di governo*, in G. Amato, A. Barbera (curr.), *Manuale di diritto pubblico*, cit., 37 ss., P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Le "forme di Stato" e le "forme di governo". Le Costituzioni moderne*, Milano, 1988<sup>6</sup>, 51 ss., L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1/1995, 33 ss., C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973, 3 ss.; ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Padova, 1991<sup>10</sup>, 136 ss.

<sup>194</sup> Così, in particolare, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, cit., 138.

<sup>195</sup> Si v. anzitutto A. ORMANNI, voce *Necessità (stato di) (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, 822 ss. Cfr. già le pagine di N. MACHIAVELLI, *Discorsi*, libro I, cap. XXXIII, ora in *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio, Dell'arte della guerra e altre opere*, a cura di R. Rinaldi, vol. I, Torino, 2006, 591, nonché cap. XXXIV, 598. Sull'argomento si v. anche J.J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, Parigi, (1762) 1964, 277 ss. Affine era l'istituto dello *iustitium*, allorché, a seguito di un *senatus consultum ultimum*, si dichiarava il *tumultus* e si affidava al pretore, ai consoli e finanche a ogni singolo cittadino il potere di prendere tutte le misure necessarie per la *salus rei publicae*. Sull'argomento della dittatura (anche in raffronto al *iustitium*) cfr., fra gli altri, B. ACKERMAN, *Before the next attack. Preserving civil liberties in an age of terrorism*, New Heaven-Londra, 2006, 78-79, G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 55 ss., G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), V, M. LUCIANI, *Il diritto e l'eccezione*, in [Rivista AIC](http://Rivista AIC), 2/2022, 54, I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 109 ss., F. RIMOLI, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituente*, in [Rivista AIC](http://Rivista AIC) 30 aprile 2017; C. SCHMITT, *Die Diktatur* (1921), trad. it. a cura di B. Liverani, *La dittatura: dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma-Bari, 1975, *passim*.

<sup>196</sup> U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Il Mulino, Bologna, 1989, 72. Sul profilo emergenziale, in merito, P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 1-2, nonché *passim*.

<sup>197</sup> U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, cit., 504 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 30-31. Questa dinamica potrebbe esser vista come un residuo dello Stato di polizia, come nota in chiave critica G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., 98. Più in generale, sull'argomento, C. MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, cit., 181, afferma che «[l'elasticità] delle norme costituzionali nelle costituzioni criptoliberali dell'800 era fatta servire all'intento di riservare all'autorità il massimo potere di compressione delle libertà che venivano pertanto riconosciute in modo generico».

temporanee, ecc...)<sup>198</sup>. Siffatta dinamica, però, finiva per portare a una sorta di paradosso, atteso che uno scostamento dall'ordinario agire della legge generale e astratta poneva quantomeno il problema della conciliabilità della disciplina straordinaria con l'ordinamento vigente, arrivando, in alcuni casi, addirittura a spingere per l'ammissione di una fuoriuscita totale dall'ordinarietà<sup>199</sup>.

Questi aspetti sono intuibili anche a partire da autorevoli riflessioni della dottrina dell'epoca, vertenti sulla collocazione della necessità nella sistematica delle fonti del diritto. Quando si propendeva per una visione tutta interna all'ordinamento riprendendo in via analogica l'istituto consuetudinario<sup>200</sup>, non emergevano limiti concreti alla temporaneità emergenziale, pur riconosciuta come irrinunciabile<sup>201</sup>, visto il presupposto della piena sovranità decisionale del legislatore<sup>202</sup>. Allo stesso modo, quando si qualificava la necessità come fonte originaria di un ordinamento parallelo e finalizzato al superamento del fatto minaccioso<sup>203</sup>, si prescrivevano la temporaneità dello stesso ordinamento<sup>204</sup> e la sua giustiziabilità<sup>205</sup>, ma si precisava che nei suoi confronti non potessero porsi dei limiti<sup>206</sup>, finendo per non esulare del tutto dal rischio di una successione anche definitiva del nuovo regime<sup>207</sup>.

In altre parole, il contesto liberale espresse la carenza di effettività del profilo della temporaneità. L'avvento dello Stato costituzionale ha colmato questa lacuna, stimolando una riflessione sull'emergenza non limitata alla sola compressione dei diritti di libertà, bensì estesa alle implicazioni sul ruolo dei diversi poteri dello Stato, già in precedenza tratteggiate dalla dottrina istituzionista<sup>208</sup>. La sottrazione alla maggioranza governante della custodia dei diritti, ora affidata al Giudice costituzionale<sup>209</sup>, fa sì che «l'opposizione dialettica fra libertà e limiti» non sia più «lasciata alla piena discrezionalità del legislatore, cui era conferito il potere di forgiare a suo piacimento la (incomponibile) antitesi fra libertà naturale (astratta) e libertà giuridica (concreta), ma è già prefigurata nella positiva 'legge superiore' (Costituzione)»<sup>210</sup>.

Così, accanto alla rigidità, anche l'ampliamento dei principi dovuto alla lunghezza del testo costituzionale<sup>211</sup> ha anzitutto favorito la possibilità di rappresentare la dinamica emergenziale-sospensiva dentro l'ordinamento<sup>212</sup>. Si spiega in tal senso il tentativo di tradurre in chiave prettamente interna i concetti del *primum vivere* e della *salus rei publicae*<sup>213</sup>. Di talché, la conservazione o, come in altra sede si è detto, la

<sup>198</sup> U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, cit., 506.

<sup>199</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 37-38.

<sup>200</sup> Si v. O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. Orlando (cur.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. IV, parte 1, Milano, 1904, 207 ss., spec. 1185 ss.: nella trattazione sui poteri del Governo in circostanze minacciose, specialmente di tipo politico-criminale, in via analogica riteneva idoneo l'utilizzo dell'istituto dello stato d'assedio per far fronte a una serie molto più ampia di eventi eccezionali. In tale ottica, la fonte dell'emergenza era individuata alla stregua della consuetudine, come messo in luce anche da G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, cit., 24-26 e da F. GIUFFRÈ, *Calamità naturali ed emergenza nella transizione costituzionale italiana*, cit., 124.

<sup>201</sup> O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, cit., 1246 ss.

<sup>202</sup> Al Governo era riconosciuta una ampia valutazione discrezionale dello stato del bisogno (al massimo sanzionabile *ex post* dal Parlamento, come nota anche F. GIUFFRÈ, *Calamità naturali ed emergenza nella transizione costituzionale italiana*, cit., 124). Non a caso, ad esempio, sul parallelo argomento delle leggi temporanee in contesti emergenziali, lo stesso Ranalletti respingeva come «contraddittoria» l'ipotesi di una disposizione illegittima solo perché lesiva dei diritti fondamentali (magari quando emanata «fuori dei casi di necessità pubblica»), perché tale eventualità sarebbe discesa dalla supposta esistenza di un limite giuridico alla funzione legislativa dello Stato: concetto, questo, ritenuto inammissibile se non nei limiti del diritto internazionale.

<sup>203</sup> Doveroso il rinvio a S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio*, cit., 251 ss.

<sup>204</sup> S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio*, cit., 267: «La necessità può far uscire temporaneamente dalla legalità ma nella legalità si deve rientrare quando l'impero della prima cessa» (corsivo aggiunto).

<sup>205</sup> S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio*, cit., 270-271.

<sup>206</sup> S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio*, cit., 262-263.

<sup>207</sup> G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, cit., 18-20.

<sup>208</sup> Come notato da P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 92 ss.

<sup>209</sup> R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?* in *Quad. cost.*, 1/2007, 21.

<sup>210</sup> A. BALDASSARRE, *Libertà* (1990), ora anche in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 236.

<sup>211</sup> V. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. Amato, A. Barbera (curr.), *Manuale di diritto pubblico*, cit., 97-9.

<sup>212</sup> Si v., per tutti, P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 51.

<sup>213</sup> Quest'ultimo fortunato concetto è attribuibile a CICERONE, *De legibus*, III, trad. it. a cura di E. Del Sarto, *Le leggi*, Firenze, 1846, 226: "*Regio imperio duo sunt [...] Ollis salus populi suprema lex esto*".

«continuità» dell'ordinamento risulta non solo «prima e fuori ma anche, a un tempo, dentro l'ordine costituzionale»<sup>214</sup>. In particolare, questi principi sono stati rintracciati nell'art. 5, che prescrive l'indivisibilità della Repubblica, e nell'art. 87, che fa riferimento all'unità nazionale, come in altri articoli, quali il 7, il 10, l'11 e il 139, che rimandano a ulteriori principi intangibili sotto molteplici versanti<sup>215</sup>. A questi si potrebbero aggiungere le prescrizioni di cui all'art. 2, da cui si desume la profonda valenza della Repubblica nell'accezione di «Stato comunità»<sup>216</sup>, oltre che il dovere di difesa della Patria di cui all'art. 52<sup>217</sup>.

Per ciò che interessa, la casistica giurisprudenziale presa in esame altro non appare se non una declinazione in chiave pratica di questo svolgimento dell'emergenza all'interno delle garanzie dell'ordinamento costituzionale<sup>218</sup>. Da un lato, dimostra come l'ipotesi di una sospensione in sé appaia remota<sup>219</sup>, essendo questa sottoposta a un severo giudizio di proporzionalità e comunque preferendosi a essa scelte, per quanto drastiche, maggiormente espressive di bilanciamento pur in contesti complicati. Da un altro lato, all'interno di questo quadro esprime il salto di livello rivestito dalla temporaneità, adesso divenuta un criterio dirimente nella valutazione della decisione emergenziale: non più corollario *pro forma* bensì componente essenziale e strutturale che consolida il controllo sull'operato del decisore politico, scongiurando i rischi di fuoriuscite dall'ordinamento costituzionale.

Questa dinamica consente di qualificare l'emergenza come una scommessa per verificare la capacità di tenuta dell'ordinamento democratico, più che un presupposto di rottura, come notato nel contesto pandemico<sup>220</sup>. Proprio in quest'occasione ciò è potuto accadere anche e in special modo grazie alla possibilità del controllo sulla normativa emanata nel corso delle varie fasi del virus, conformemente alla diversa natura

<sup>214</sup> A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori: lezioni*, cit., 175.

<sup>215</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 113. Sulla “positivizzazione” o comunque sulla “costituzionalizzazione” del principio della *salus rei publicae*, v. anche A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), 1/2021, 11 ss., M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del “COVID-19”*, in [Osservatorio costituzionale](http://Osservatorio costituzionale), 3/2020, 149, G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, cit., 30-31, E. FURNO, *Costituzione, fonti del diritto ed ordinanze emergenziali*, in [Rivista AIC](http://Rivista AIC), 4/2021, 289, E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza*, cit., VII. Non a caso, dell'art. 5 Cost è stato sottolineato l'intrinseco legame con l'art. 1 Cost. Così C. MORTATI, *Art. 1*, in G. Branca (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 3: «L'identificazione dell'Italia con la Repubblica ha quindi voluto affermare il momento unitario che raccoglie in sé le molteplici articolazioni di cui l'ordinamento si compone, sancirne l'indivisibilità, qual è specificamente consacrata nel citato art. 5 (strettamente connesso all'art. in esame e di esso essenziale integrazione)» (corsivo aggiunto). Sull'accezione di «Repubblica» di cui all'art. 5 quale «entità di natura politico-sociologica, i cui caratteri primigeni sono l'unitarietà e l'indivisibilità», cfr. T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 160 (corsivo aggiunto).

<sup>216</sup> Indirettamente, E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza*, cit., XIII. Sul legame (e sulla funzione di garanzia) dell'art. 2 Cost. rispetto alla sospensione temporanea di talune garanzie costituzionali cfr. anche P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 451.

<sup>217</sup> Si v. la risalente [sentenza n. 53 del 1967](#) della Corte costituzionale, in cui si evidenziò il nesso fra difesa della patria e conservazione dell'ordinamento anche al di là dell'aspetto *stricto sensu* militare: «[il] primo comma dell'art. 52 della Costituzione, nel proclamare che la difesa della Patria è sacro dovere del cittadino, fa una affermazione di altissimo significato morale e giuridico. Essa comporta che per tutti i cittadini, senza esclusioni, la difesa della Patria – che è condizione prima della conservazione della comunità nazionale – rappresenta un dovere collocato al di sopra di tutti gli altri, e che nessuna legge potrebbe fare venir meno. Si tratta di un dovere, il quale, proprio perché ‘sacro’ (e quindi di ordine eminentemente morale), si collega intimamente e indissolubilmente alla appartenenza alla comunità nazionale identificata nella Repubblica italiana (e perciò alla cittadinanza). Così inteso esso trascende e supera lo stesso dovere del servizio militare» (§1 cons. dir., corsivo aggiunto).

<sup>218</sup> V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., 11, sottolinea come nello Stato liberale l'emergenza «sembrava non avere un *quid proprium* rispetto all'eccezionale necessità, con la quale veniva spesso confusa. [...] Di emergenza, come di alcunché di distinto dall'eccezionale necessità, che possa valere a qualificare in maniera autonoma figure di deroga o sospensione, si è iniziato in Italia a parlare molto più tardi: l'utilizzazione non puramente accidentale di questo vocabolo ad opera della giurisprudenza e della dottrina giuridica italiana si è avuta solamente nell'età repubblicana, inaugurata dalla Carta costituzionale del 1948». I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 131, evidenzia come con la Costituzione si sia realizzato “un processo di inclusione dei casi di necessità”.

<sup>219</sup> Così come la Corte costituzionale ha escluso il facile ricorso alla categoria della *salus rei publicae* per giustificare qualsiasi provvedimento anti-crisi (come quella economica): si v. sul punto almeno le [sent. n. 148/2012](#) (§3 cons. dir.) e [n. 151/2012](#) (§4 cons. dir.), richiamate anche da C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., 15.

<sup>220</sup> E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza*, cit., VII.



(e, dunque, funzione) dei poteri implicati: quello politico rappresentativo, legato a una logica compromissoria e soggetto ai vincoli costituzionali; quello giurisdizionale, legato a una logica di tipo sussuntivo-interpretativo<sup>221</sup>. Tanto più nella situazione emergenziale, se il primo si è trovato nell'urgenza del provvedere nell'immediato, a volte senza poter adeguatamente ponderare i *pro* e i *contra* di ogni effetto giuridico e mettendo così in conto storture, incongruenze e incertezze<sup>222</sup>, il secondo, nella persona del Giudice costituzionale, ha avuto modo di intervenire successivamente, correggendo e assimilando norme che non si trovavano del tutto in sintonia con i principi della Carta, in special modo dal punto di vista del bilanciamento. Per quanto ha potuto, la Consulta ha cercato addirittura di "normalizzare" la questione. Negli altri casi, in cui un approccio emergenziale è risultato inevitabile, ha preso le mosse dalla possibilità di interfacciarsi con gli accadimenti concreti e – soprattutto – con il loro evolversi nel tempo per dar luogo alle progressive sistematizzazioni e correzioni dell'articolata e caotica normativa.

Nella giurisprudenza costituzionale e specialmente in quella più recente, in definitiva, è risaltato il vincolo della temporaneità, il quale ha reso più evidente il nesso teleologico che sussiste fra il provvedimento emergenziale e la tenuta dell'ordinamento. Se l'ordinamento deve essere conservato e il *primum vivere* assicurato, il provvedimento emergenziale assume una valenza che, solo in apparenza ossimorica, è evolutiva: deve mirare a eliminare, a superare l'emergenza<sup>223</sup>, altrimenti non si rivelerebbe più temporaneo, quanto piuttosto idoneo a regolare rapporti stabili, contraddicendo sé stesso.

---

<sup>221</sup> Per questa distinzione, V. TONDI DELLA MURA, *La nuova frontiera della regola giurisdizionale e i rischi della competizione normativa fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del «caso Englaro»)*, in M. Esposito, A. Loiodice, I. Loiodice, V. Tondi della Mura, *Temi di diritto costituzionale*, Torino, 2013<sup>2</sup>, 231. Analogamente, cfr. A. CATELANI, *La giustizia e il diritto*, Bari, 2021, 209-211.

<sup>222</sup> In argomento, fra gli altri, già A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in [Diritti regionali](#), 1/2020, 518, e A. RUGGERI, [Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti](#), in questa [Rivista](#), 2020/I, spec. 218. Sulle implicazioni circa la certezza del diritto, cfr. T.G. TASSO, *L'(in)certezza del diritto nello stato di emergenza*, in [L'Ircocervo](#), 1/2021, 435 ss.

<sup>223</sup> G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., 225.

**Antonio Ruggeri**  
**Fine-vita (problemi e prospettive)\***


**ABSTRACT:** *After noting the urgent need to fill, through a prudent constitutional revision, the persistent shortcomings highlighted by the Constitutional Charter both with regard to experiences at the beginning and at the end of life, the contribution highlights how, already in the light of the indications provided by the constitutional jurisprudence in Cappato, the idea is confirmed that the subject's self-determination with respect to his or her medically assisted death meets insurmountable objective limits. It is therefore clarified that suicide still constitutes a disvalue, also from the point of view of criminal law, and that one must guard against the risk of transforming a right (here, that of life) into its opposite (of «non-life»), while there appear the critical observations of those who appeal to the need to preserve the dignity of the person and the principle of equality are out of line. The study closes with some notations relating to the so-called «therapeutic alliance» between doctor and patient, also in the light of the legislative discipline in the pipeline.*

**SOMMARIO:** 1. Alcuni esempi altamente istruttivi dei “bilanciamenti” possibili, in prospettiva diacronica, tra i valori di autodeterminazione e vita, in seno ad un quadro teorico-ricostruttivo nel quale possano armonicamente comporsi in unità. – 2. Le lacune esibite dal dettato costituzionale in ordine alla disciplina delle esperienze di biodiritto (e, segnatamente, di quelle di fine-vita) e il modo più adeguato per colmarle. – 3. I (problematici) “principi e criteri direttivi” stabiliti dalla Consulta in *Cappato* per le esperienze di fine-vita, da cui nondimeno risulta avvalorata l’idea che l’autodeterminazione del soggetto che intenda porre fine alla propria esistenza va incontro a limiti oggettivi invalicabili. – 4. Il disvalore del suicidio, anche dalla prospettiva del diritto penale, e il rischio al quale si va assai di frequente incontro nel momento in cui si converte un diritto (qui, quello alla vita) nel suo opposto (alla “non vita”), particolarmente apprezzabile nel momento in cui si osservano le dinamiche della normazione da una prospettiva assiologicamente orientata. – 5. L’errore commesso di frequente da quanti invocano il principio di eguaglianza o la salvaguardia della dignità a sostegno del riconoscimento del diritto al suicidio assistito, di sicuro rivendicabile unicamente avverso la messa in atto di pratiche di accanimento terapeutico. – 6. Di alcuni preorientati indirizzi volti ad assicurare la *primauté* ora all’autodeterminazione ed ora alla vita, senza tuttavia tener conto della mancanza di indicazioni esplicite in Costituzione nell’uno o nell’altro senso, e del bisogno di demandare la soluzione delle spinose questioni relative al fine-vita alla congiunta e fattiva collaborazione di medici e pazienti, non già solo agli uni ovvero agli altri.

1. *Alcuni esempi altamente istruttivi dei “bilanciamenti” possibili, in prospettiva diacronica, tra i valori di autodeterminazione e vita, in seno ad un quadro teorico-ricostruttivo nel quale possano armonicamente comporsi in unità*

Supponiamo che Tizio abbia un problema di salute, piccolo o grande che sia, per far fronte al quale potrebbe essere sufficiente assumere un farmaco di diffusissimo utilizzo, quale un’aspirina, ovvero – Dio non voglia! – che si trovi costretto a sottoporsi ad un rischiosissimo intervento chirurgico o a ripetuti e debilitanti trattamenti chemioterapici, consigliatigli dai medici a motivo delle precarie condizioni di salute in cui dovesse venire a trovarsi. Ebbene, è di tutta evidenza che nessuno lo può obbligare a curarsi<sup>1</sup>; solo se vi fosse costretto *manu militari*, ciò potrebbe aversi, ma

---

\*  *Intervento all’incontro di studio su Il fine vita nel dibattito italiano: aspetti etici e giuridici, a cura dell’European Association of Professors Emeriti, Messina 28 gennaio 2023.*

<sup>1</sup> Ovviamente, si ragiona qui di uno scenario diverso da quello che si ha laddove siano giuridicamente prescritti determinati trattamenti sanitari, ai sensi di cui all’art. 32, comma 2, Cost. [per la differenza tra trattamenti sanitari obbligatori e trattamenti coattivi, v., ora, E. DALY, *La distinzione fra trattamento sanitario “obbligatorio” e trattamento sanitario “coattivo” nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale. Luci ed ombre*, in, 3/2022, 1 ss. [Corti supreme e salute](#)]. Si è poi ragionato di limiti al rifiuto delle cure ulteriori rispetto a quelli connessi alla salute pubblica: G. GEMMA, *Diritto a rifiutare cure ed interessi costituzionali diversi dalla salute pubblica*, in [Rivista AIC](#), 2/2017, 19 giugno 2017.

è chiaro che verrebbe gravemente offeso nella sua libertà personale, così come d'altronde lo sarebbe se fosse impedito dall'interrompere in ogni tempo un trattamento sanitario in corso al quale si sia volontariamente assoggettato<sup>2</sup>.

Supponiamo, ora, che Tizio si sia sottoposto ad un trattamento sanitario di considerevole rilievo per la sua salute o, addirittura, la sua stessa sopravvivenza, ad es. ad un trapianto di cuore e che successivamente, pentitosi, sia ardentemente desideroso di tornare alla condizione di partenza.

È chiaro che non troverà nessuna struttura sanitaria, pubblica o privata, disposta a dare appagamento alla sua istanza che, per effetto dell'espianto del cuore, lo porterebbe a morte immediata in sala operatoria. Voglio poi sperare che non diversamente vadano le cose per il caso che si sia dapprima sottoposto all'innesto nel suo corpo di un organo nuovo (ad es., un rene o un polmone) il cui eventuale espianto, privo di alcuna giustificazione dal punto di vista medico, gli causerebbe una grave menomazione fisica, comunque pregiudizievole per la sua salute.

C'è qualcuno che può dubitare della ragionevolezza di queste affermazioni?

Voglio augurarmi di no. E, ancora, quale insegnamento ci è dato dagli esempi appena fatti e quale utilità essi presentano per la riflessione, che ora si avvia, avente ancora una volta ad oggetto le esperienze di fine-vita? Il diritto alla "non salute" – se così vogliamo chiamarlo – ha, innegabilmente, un suo fondamento in Costituzione ma – si faccia caso – limitatamente ad eventualità quale quelle sopra astrattamente immaginate, vale a dire laddove esso sia inciso a mezzo di comportamenti lesivi della libertà personale che – come si è, ancora da ultimo, opportunamente rammentato<sup>3</sup> – è anche "libertà spirituale", di autodeterminazione appunto.

È, dunque, nell'art. 13 il suo fondamento<sup>4</sup>, alle condizioni e nei limiti che ora si indicheranno, non già nell'art. 32 della Carta che riconosce il diritto alla salute (o, meglio, alla "miglior salute possibile", attraverso la sua cura<sup>5</sup>), un diritto fondamentale che – non si dimentichi – è altresì un interesse, a mia opinione parimenti fondamentale<sup>6</sup>, della collettività, non pure il suo contrario (alla "non salute", appunto)<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> Si tenga, ad ogni buon conto, sin d'ora presente (e con riserva di ulteriori precisazioni che si faranno più avanti) la "netta differenza di fatto", non scevra di effetti tanto al piano etico quanto a quello giuridico, che – per riprendere un efficace pensiero enunciato nel parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, del 18 luglio 2019, § 3.1 – si dà "tra il paziente libero di rifiutare o di accettare un trattamento terapeutico e il paziente che chiede di farsi aiutare a morire (aiuto al suicidio)". Il punto è opportunamente rimarcato anche da A. DA RE, *La falsa analogia tra rifiuto-rinuncia alle cure e suicidio medicalmente assistito. Riflessioni bioetiche sull'ordinanza della Corte Costituzionale n. 207/2018*, in *Medicina e Morale*, 3/2019, 15 ottobre 2019, 281 ss., e M. GENSABELLA FURNARI, *Esperienza del limite e bioetica della cura*, in AA.VV., *Ripensare l'umano? Neuroscienze, new-media, economia: sfide per la teologia*, a cura di F. Brancato, Edizioni Glossa, Milano 2021, 318 ss.; diversamente orientata, però, altra dottrina, più avanti richiamata.

<sup>3</sup> M. ARMANNO, *Libertà personale e libertà di circolazione tra emergenza presente e incertezza futura*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2023, 23 gennaio 2023, 183, con richiamo ad una indicazione di P. Barile.

<sup>4</sup> V., sul punto, R. BAILO - P. CECCHI, *L'eutanasia tra etica e diritto: principi e pratiche a confronto*, in *Dir. fam. pers.*, 2/1998, 1201 ss., spec. 1212, e S. AGOSTA, *Prime notazioni su eutanasia e diritto di autodeterminazione nell'art. 13 Cost.*, in AA.VV., *Alle frontiere della vita. Eutanasia ed etica del morire*, II, a cura di M. Gensabella Furnari, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2003, 151 ss.

<sup>5</sup> ... secondo la opportuna precisazione di M. GENSABELLA FURNARI, *Prefazione* ad AA.VV., *Il bene salute. Prospettive bioetiche*, a cura della stessa M. Gensabella Furnari, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2011, 15 s.

<sup>6</sup> Collego – come si vede – l'aggettivo qualificativo che figura nell'art. 32, comma 1, sia al diritto dell'individuo che all'interesse della collettività, nell'assunto che la salute (e, a maggior titolo, la vita) sia appunto uno dei "fondamenti" su cui si regge la Repubblica. Di qui, talune conseguenze di non poco momento, secondo quanto si tenterà di mostrare a breve.

<sup>7</sup> Ancora nel parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, sopra cit., § 4.2, facendosi richiamo di un testo della World Medical Association, si rammenta che "il compito professionale del medico e del personale sanitario è rivolto alla guarigione e alla cura, e non contempla atti che procurano direttamente la morte. Un eventuale coinvolgimento in pratiche tese a dare la morte (suicidio assistito o eutanasia) comporterebbe un profondo mutamento (o addirittura uno stravolgimento) della figura del medico e del suo ruolo nelle strutture sanitarie e delle strutture sanitarie stesse". Lo stesso parere, nondimeno, non nasconde (pure *ivi*) che si dà un diverso orientamento, seppur meno diffuso del primo, favorevole al riconoscimento dell'aiuto a morire da parte del medico e del personale sanitario in genere.

Ora, gli esempi appena illustrati danno conferma del fatto che il “bilanciamento”<sup>8</sup> tra autodeterminazione e salute (e, a maggior ragione, vita) si risolve, in un primo tempo, a favore di quella, laddove cioè sia in gioco l'*an* relativo alla sottoposizione a trattamento sanitario; in un secondo momento, invece, a favore di questa, una volta cioè che il trattamento stesso sia stato posto in essere e sia manifestata l'assurda pretesa a riavvolgere il nastro del tempo ormai inesorabilmente trascorso.

E ciò – si faccia caso –, fermo restando che il modello costituzionale, nella sua ideale configurazione, vorrebbe che ciascun individuo si sottoponga *sempre* a cure e perciò – fin dove possibile – si tenga in salute o, diciamo meglio, nelle condizioni ottimali ovvero possibili di salute (e, a maggior ragione, dunque, che si tenga in vita), costituendo pur sempre una risorsa a beneficio di altri individui e della intera collettività, dal momento che, per il solo fatto appunto di vivere, concorre comunque – a me pare<sup>9</sup> – al “progresso materiale o spirituale della società”<sup>10</sup>.

L'esempio sopra fatto dell'individuo che pretenda gli sia somministrato un trattamento sanitario con effetti pregiudizievoli per la sua salute e la stessa vita è, ad ogni buon conto, altamente istruttivo – a me pare – a riguardo del fatto che la regola della liceità del *contrarius actus* vada incontro a limiti evidenti laddove siano in gioco diritti fondamentali della persona che sono anche interessi parimenti fondamentali della collettività, secondo la mirabile per sintesi espressiva formula di cui all'art. 32<sup>11</sup>.

Nel disposto in parola, la Costituzione, insomma, garantisce unicamente le pratiche volte a preservare la salute e, a maggior ragione, la vita delle persone, non già quelle a finalità distruttiva, pur laddove la loro messa in atto discenda da una manifestazione di volontà della stessa persona cui dovrebbero applicarsi.

---

<sup>8</sup> Il termine è usualmente riferito – come si sa – a forme di appagamento mediano e conciliante di beni o interessi meritevoli di tutela. Pur non escludendo che ciò possa davvero talora aversi, dall'esperienza si ha tuttavia conferma che il più delle volte ci si trova costretti a dare la precedenza all'uno a discapito dell'altro bene. Come si viene dicendo nel testo, è ciò che appunto si ha anche nel caso nostro.

<sup>9</sup> *Dignità versus vita?* in [Rivista AIC](#), 1/2011, 29 marzo 2011, 12. Si è tuttavia, al riguardo, fatto notare (U. ADAMO, *La 'pronuncia Cappato' alla prova dei fatti fra nuova tecnica decisoria e seguiti problematici di una recente ordinanza-sentenza della Corte costituzionale in tema di dignità nelle scelte di fine vita*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, I, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, 7 in nt. 19), che “una vita vissuta contro il volere del ‘disponente’ può procurare un arretramento di quel progresso ‘spirituale’ cui la Carta costituzionale tende”.

<sup>10</sup> In questi termini se ne discorre all'art. 4 Cost. che – come si sa – si riferisce al lavoro, vale a dire ad un'attività che talvolta talune persone affette da gravi menomazioni nella loro salute non sono in grado di svolgere [sulla condizione delle persone disabili v., da ultimo, C. SAGONE, *La tutela della disabilità secondo il modello bio-psico-sociale*, in [federalismi.it](#), 1/2023, 11 gennaio 2023, 225 ss.]. Si faccia tuttavia caso alla disgiuntiva presente nel disposto appena evocato, particolarmente istruttiva – a me pare – a riguardo del fatto che ogni essere umano, *proprio perché tale*, può comunque concorrere al progresso spirituale della collettività. Altrimenti, se ne dovrebbe dedurre – inammissibilmente, come si viene dicendo – che quanti non possono, a causa di una invalidità, prestare alcuna attività lavorativa, sarebbero per ciò solo un peso, *oborto collo* tollerato, per la collettività stessa. Sappiamo, però, che, per fortuna, non è così e che, in particolare, ci sono alcune persone del tutto incapaci di prestare alcuna attività lavorativa e però dotate di una spiccata, naturale carica di umanità o, se più piace dire, di spiritualità che a piene mani elargiscono a tutti coloro che hanno la fortuna di essergli accanto.

<sup>11</sup> ... che, peraltro, esplicita, in relazione al diritto alla salute, quello che ai miei occhi appare essere un carattere proprio di ciascun diritto fondamentale; e, invero, tutti, per il fatto appunto di possedere ed esprimere la qualità della “fondamentalità”, concorrono a comporre l'essenza della Costituzione e dello Stato costituzionale, secondo la efficace e ad oggi insuperata formula di cui all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789. Aggiungo che, a mio modo di vedere, ogni diritto fondamentale racchiude in sé una carica deontica, indispensabile al fine della integra trasmissione nel tempo della collettività cui ciascun individuo appartiene. Come si è tentato di mettere in chiaro in altri luoghi, abbiamo cioè il *dovere di far valere i nostri diritti* (e di farlo al meglio, alle condizioni oggettive di contesto), al fine di evitare che si diffondano pratiche imitative degeneri di soggezione alla prepotenza, da qualunque parte provenga, che fatalmente porterebbero alla lunga allo sfilacciamento del tessuto sociale e, per ciò stesso, allo smarrimento dell'etica pubblica repubblicana, vale a dire del “modello” di Stato nei cui riguardi ciascuno di noi è tenuto a mostrarsi costantemente servente anche in vista della sua integra trasmissione nel tempo (de *La doverosità dei diritti. Analisi di un ossimoro costituzionale* si è discusso in occasione del Seminario del Gruppo di Pisa svoltosi a Napoli il 19 ottobre 2018, i cui Atti sono stati editi, a cura di F. Marone, per i tipi della Editoriale Scientifica di Napoli nel 2019).

2. *Le lacune esibite dal dettato costituzionale in ordine alla disciplina delle esperienze di biodiritto (e, segnatamente, di quelle di fine-vita) e il modo più adeguato per colmarle*

Le notazioni sommariamente svolte danno subito – a me pare – l’idea della complessità delle questioni evocate dal titolo dato alla riflessione che passo ora a svolgere, questioni spinose ed inquietanti, delle quali – come si sa – si dibatte animatamente da tempo senza, nondimeno, riuscire a raggiungere (non dico un sostanziale accordo ma neppure) un sensibile avvicinamento delle posizioni in campo.

Torno qui a dirne, dopo averne già fatto oggetto di esame in altri luoghi<sup>12</sup>, non tralasciando in partenza di rilevare che la Costituzione non offre punti sicuri dai quali tenersi nell’opera di ricostruzione teorica di un modello di fine-vita, così come, specularmente, di uno d’inizio-vita. Al tempo della stesura della Carta, infatti, non si avvertiva ancora il bisogno di dare voce a talune istanze pervenute a maturazione in seguito, anche grazie alle risorse apprestate dalla scienza e dalla tecnologia che, tre quarti di secolo addietro, non risultavano ancora particolarmente avanzate. Certo, i principi enunciati nella Carta possono (e devono) pur sempre porsi a punti di riferimento nell’opera suddetta ma – com’è chiaro – non è la stessa cosa che si diano ovvero che non si diano indicazioni esplicite a riguardo dei cruciali momenti della esistenza umana, la nascita e la morte.

Per questa ragione, non mi stancherò di ripetere essere – a me pare – urgente colmare questa originaria lacuna con un pugno di previsioni essenziali concernenti i momenti in parola, in difetto delle quali il rischio cui si va incontro è di rimandare la risoluzione delle questioni che ad essi fanno capo ad occasionali e non di rado oscillanti o, diciamo pure, reciprocamente contraddittori orientamenti apprestati dalla giurisprudenza, la quale pure – va riconosciuto – ha fatto e senza sosta fa opera meritoria<sup>13</sup> di “supplenza”<sup>14</sup>, come suole essere chiamata, in un contesto nondimeno

---

<sup>12</sup> Di recente, v., part., i miei *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 27 maggio 2019; *La disciplina del suicidio assistito è “legge” (o, meglio, “sentenza-legge”), frutto di libera invenzione della Consulta (a margine di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 3/2019, 633 ss.; *Ancora su Cappato e la progettazione legislativa volta a dare seguito alle indicazioni della Consulta*, in questa *Rivista*, 2020/III, 555 ss.; *Il referendum sull’art. 579 c.p.; inammissibile e, allo stesso tempo, dagli effetti incostituzionali*, intervento al Seminario preventivo di *Amicus curiae* su *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull’art. 579 c.p.*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, Ferrara 26 novembre 2021, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 1/2022, 194 ss.; *Oscurità e carenze della progettazione legislativa in tema di morte medicalmente assistita (prime notazioni)*, in questa *Rivista*, 2022/I, 300 ss., e *Autodeterminazione versus vita, a proposito della disciplina penale dell’omicidio del consenziente e della sua giusta sottrazione ad abrogazione popolare parziale (traendo spunto da Corte cost. n. 50 del 2022)*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2022, 22 marzo 2022, 464 ss.

<sup>13</sup> ... perlomeno laddove non si assista ad alcuni eccessi, quali in particolare si sono registrati (e si registrano) in occasione dell’adozione di pronunzie manipolative del dettato legislativo, si abbiano per via sotterranea e, proprio per ciò, ancora più insidiosa, a mezzo cioè di interpretazioni variamente correttive del dettato stesso ovvero in modo testuale, per il tramite di decisioni additive o sostitutive emesse dalla Consulta, non per mero accidente qualificate da un’accreditata dottrina (G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1684 ss., nonché in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, 755 ss.) come “normative”. Una pratica, questa, per vero ormai pacificamente ammessa e che – tengo qui a precisare, a scanso di ogni possibile equivoco in merito al mio pensiero –, in via di principio, non contesto, mentre giudico foriere di gravi torsioni di ordine istituzionale alcune sue espressioni presenti nella più recente giurisprudenza, quale ad es. quella avutasi nel tempo a noi più vicino con l’inopinato abbandono, in sede di riscrittura dei testi normativi, del limite delle “rime obbligate”, che il giudice delle leggi aveva dapprima posto a se stesso, ora sostituito dalle “rime possibili” [S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 183 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss., spec. 293; I. GOIA, *Una giustificabile “invasione” di campo*, in questa *Rivista*, 2021/III, 1001 ss.] o – come pure si è detto da una sensibile dottrina (D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, spec. 101 ss.) – dai “versi sciolti” [di “rime libere” discorre invece A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 264 ss., e *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in [federalismi.it](#), 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 197 ss.]. Un orientamento, questo, al quale chi scrive non ha lesinato critiche anche radicali [*Verso un assetto viepiù “sregolato” dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?* in [Dirittifondamentali.it](#), 3/2022, 16 dicembre 2022, 406 ss., spec. 410 ss.] e che, però, a

segnato da una Costituzione che – piaccia o no (e a me, come si sarà capito, non piace) – seguita a restare *afona*, assente dalla scena in cui si recitano a soggetto alcuni drammi dell'esistenza umana<sup>15</sup>.

D'altronde, è fuor di dubbio che le vicende di cui qui si discute si situino al cuore della “materia” costituzionale<sup>16</sup>, coinvolgendo diritti fondamentali della persona, tant'è che non a caso, giustamente, se ne fa parola in Carte dei diritti venute alla luce in un tempo a noi più vicino rispetto a quello di nascita della nostra legge fondamentale. Un dato, questo, che – a me pare – parla da solo, offrendo una inequivoca testimonianza del carattere materialmente costituzionale della disciplina di cui qui si discorre, vale a dire del “livello” apicale al quale essa si situa.

Di qui, una prima conclusione, già altrove rappresentata<sup>17</sup> e che sento di dover ora mettere nuovamente in risalto, con riferimento al bisogno che le questioni suddette si pongano ad oggetto di una prima ed essenziale disciplina con legge costituzionale, ricongiungendosi armonicamente forma e materia costituzionale, non già con legge comune<sup>18</sup>, come si è da noi avuto con la legge n. 40 del 2004, quanto alla procreazione medicalmente assistita, e con la legge n. 219 del 2017, per ciò che attiene alle esperienze di fine-vita<sup>19</sup>, e si ha presso altri ordinamenti<sup>20</sup>: l'una e l'altra, peraltro, da

---

quanto sembra, parrebbe volersi consolidare sempre di più, malgrado talune sue perduranti oscillazioni (tenuto fermo il limite delle rime suddette, ad es., in [Corte cost. nn. 176, 177, 202, 203 e 214 del 2022](#)).

<sup>14</sup> Si pensi, per fare ora solo un esempio con riguardo ai casi di maternità surrogata cui accedono le coppie sterili ovvero quelle composte da persone dello stesso sesso, alla recente, importante pronunzia della Cass., Sez. Un. Civ., R.G. 30401/2018, pubbl. il 30 dicembre 2022, dov'è altresì fatto richiamo a [Corte cost. nn. 33 del 2021 e 79 del 2022](#). E, invero, per strano che possa per più versi sembrare, non sono pochi a tutt'oggi i diritti che attendono una congrua disciplina legislativa che tarda tuttavia a venire alla luce [dei diritti senza legge hanno, tra gli altri, trattato A. MORELLI, [I diritti senza legge](#), in questa [Rivista](#), 2015/I, 10 ss., e G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020].

<sup>15</sup> ... e, segnatamente, la disperazione di persone private della gioia della genitorialità naturale e, più ancora, quella di persone che vorrebbero lasciare questo mondo e restano “imprigionate” dentro il proprio corpo (così, S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bononia University Press, Bologna 2021), cui si somma quella dei loro cari, obbligati ad assistere inermi alla loro sofferenza.

<sup>16</sup> Su ciò che essa significa, quali ne siano i confini e come si possa, seppur approssimativamente, stabilirli può vedersi, se si vuole, il mio *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in AA.VV., *I generi letterari della storiografia giuridica. La produzione didattica negli ultimi due secoli (manuali, trattati, corsi e prolusioni)*, a cura di A. Lovato, Giappichelli, Torino 2019, 299 ss. e già in [Rivista AIC](#), 4/2017, 12 dicembre 2017.

<sup>17</sup> Di recente, nel mio *I diritti fondamentali, tra riconoscimento normativo ed effettività della tutela*, in [Nuove Autonomie](#), 2/2022, 23 settembre 2022, 405 ss., spec. 409 ss.

<sup>18</sup> Si contenta dell'utilizzo di siffatto strumento di normazione la dottrina corrente: tra gli altri, R. BIN, *Il giudice tra Costituzione e biodiritto*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, I, cit., 441 ss.; G. FERRANDO, T. PASQUINO e S. TROIANO, nei loro interventi al forum su *Il fine vita e il legislatore benpensante*, 4, *Il punto di vista dei civilisti*, ospitato da [Giustizia Insieme](#), 26 marzo 2021; L. D'AVACK, *Aiuto al suicidio medicalizzato: una futura legislazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2/2022, 609 ss., e, ora, G. LUCCIOLI, *Dignità della persona e fine della vita*, Cacucci, Bari 2022.

<sup>19</sup> Similmente, per ciò che riguarda la disciplina dell'aborto, di cui alla legge n. 194 del 1978, sulla quale ancora di recente è tornato a riaccendersi il confronto tra gli studiosi [v., part., ora il forum su *La legge 194 non si tocca?* in [G](#), 3/2022, 23 gennaio 2023, 157 ss.].

<sup>20</sup> Riferimenti in merito alle vicende qui specificamente interessanti in C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, Napoli 2004, 258 ss.; G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?* in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2019, 22 gennaio 2019, spec. 20 ss.; AA.VV., “*Questioni di fine vita*”. *Dalla Legge 22 dicembre 2017, n. 219 alla ordinanza della Corte Costituzionale nel caso Cappato*, in [Giurisprudenza Penale](#), fasc. 2019, 1-bis (spec. nei contributi di B. DENTAMARO, *Il Belgio: caso più unico che raro*, 400 ss.; T. NOTO, *Fine vita e Legge 22 dicembre 2017, n. 219. Profili comparatistici tra Italia e Spagna*, 410 ss.; F. CAMPLANI, *Diritto penale e fine vita in Germania. I reati di omicidio su richiesta e di sostegno professionale al suicidio nello Strafgesetzbuch*, 426 ss.; M. STELLIN, *La prosecution del mercy killing e del suicidio assistito nel sistema inglese: una questione di public interest?* 458 ss.); AA.VV., *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, a cura di G. Fornasari - L. Picotti - S. Vinciguerra, Padova University Press, Padova 2019; L. GOISIS, *Riflessioni comparatistiche in tema di eutanasia e aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. e proc.*, 8/2019, 1985 ss.; P. BILANCIA, *Dignità umana e fine vita in Europa*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo, Diritto costituzionale in trasformazione*, IV, [I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista](#), Genova, 2020, 97 ss.; E. FURRAMANI - R. BUSHATI, *Riflessioni sulla libera autodeterminazione del paziente nella scelta delle cure mediche: uno sguardo comparativo tra Italia e Albania*, in *Dir. pubbl. eur.*, *Rass. on line*, 1/2021, 2 gennaio 2021, 263 ss.; G. BATTISTELLA,

molte giudicate palesemente insufficienti<sup>21</sup>. E, invero, considero ripugnante – se posso esprimermi con cruda franchezza – che su tutte le esperienze in parola la sola maggioranza di turno, con la stessa facilità con cui fa luogo alla regolamentazione di qualsivoglia oggetto della vita sociale, persino di quelli di minimo rilievo<sup>22</sup>, possa disporre della esistenza umana, magari volendo e disvolendo in breve torno di tempo come si fa in relazione ad oggetti di ben minore importanza. È, insomma, la rilevanza della posta in gioco ad evocare naturalmente in campo lo strumento positivo emblematicamente espressivo della maggiore ponderazione<sup>23</sup> e – auspicabilmente<sup>24</sup> – della

---

*Le legislazioni sul fine vita: profili di politica legislativa e di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2021, 197 ss.; T. BORTOLU, *Le disposizioni anticipate di trattamento nel prisma della comparazione tra Italia e Germania*, in *Jus Civile*, 3/2021; C. CASONATO, *Il Principio di autodeterminazione. Una modellistica per inizio e fine vita*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2022, 1° febbraio 2022, 51 ss., spec. 59 ss.; T. VITARELLI, *Verso la legalizzazione dell'aiuto (medico) a morire? Considerazioni "multilivello"*, in *Sistema Penale*, 7 febbraio 2022, 20 ss.; S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Fine vita tra riforme legislative straniere e la proposta referendaria italiana: un confronto tra modelli*, in *federalismi.it*, Focus Human Rights, 14/2022, 18 maggio 2022, 125 ss.; R. POTENZANO, *La morte medicalmente assistita tra regolamentazioni nazionali europee e prospettive legislative italiane*, in *Biolaw Journal*, 3/2021, 29 settembre 2021, 247 ss. e, nella stessa *Rivista*, R. D'ANDREA, *Alcune osservazioni sullo stato di avanzamento degli ordinamenti giuridici europei che prevedono l'eutanasia e/o il suicidio assistito*, 4/2022, 23 dicembre 2022, 301 ss. Infine, F. VIGANÒ, *Diritti fondamentali e diritto penale al congedo dalla vita: esperienze italiane e straniere a confronto*, in *Sistema Penale*, 12 gennaio 2023, 1 ss., e M. BARLETTA, *Diritto all'autodeterminazione del paziente nelle decisioni fine vita in Europa: riflessioni a margine della sentenza Mortier c. Belgio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *federalismi.it*, Focus Human Rights, 2/2023, 25 gennaio 2023, 183 ss.

<sup>21</sup> ... tant'è che ad ogni legislatura, compresa quella da qualche mese iniziata, seguivano senza sosta ad essere sfornate iniziative legislative volte a dare un'adequata regolamentazione sia dell'inizio che della fine della vita.

<sup>22</sup> ... che, proprio per ciò, bene potrebbero essere presi ad oggetto da fonti di secondo grado; si è, però, talora obbligati a utilizzare allo scopo lo strumento della legge a motivo del fatto che la disciplina pregressa è già in tal modo regolata e non si è in presenza della sua "delegificazione".

<sup>23</sup> ... quale di sicuro non si è avuta in occasione della formazione della legge 40 del 2004, sopra richiamata, tant'è che la stessa è stata quindi – come si sa – in buona sostanza riscritta per mano della Consulta (sulla vicenda, *ex plurimis* e per limitare ora i richiami unicamente ad alcuni contributi di respiro monografico, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Aracne, Roma 2020, nonché B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano 2017; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Giappichelli, Torino 2018; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino 2018; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2021; A. ALBERTI, *La vita nella Costituzione*, Jovene, Napoli 2021, spec. 173 ss., e, dalla prospettiva del diritto penale, V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Giappichelli, Torino 2019).

<sup>24</sup> Non può, infatti, materialmente escludersi che, anche su siffatte questioni, malgrado il ricorso alle procedure di cui all'art. 138, abbia ugualmente a registrarsi la spaccatura delle forze politiche presenti in Parlamento. Trattasi, nondimeno, come si viene dicendo, di un fatto abnorme o, diciamo pure, contrario alla natura dell'oggetto ed alla *ratio* del procedimento pensato per la formazione degli atti di forma costituzionale [pertinenti rilievi ha, di recente, svolto sul tema A.I. ARENA, *Libertà e pluralismo nella formazione delle leggi costituzionali*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021; v., inoltre, i contributi *Sul revisionismo costituzionale*, *La lettera*, al sito [web](#) dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 12/2022]. Deve, pertanto, essere prodotto ogni sforzo da parte delle forze stesse per venirsi reciprocamente incontro e convergere su un testo – se possibile – omnicondiviso o, comunque, idoneo a riscuotere i più larghi consensi in seno alle assemblee elettive. Similmente – accenno qui di passaggio – per ciò che concerne un profondo rifacimento dell'impianto istituzionale, quale ad es. si avrebbe per effetto del mutamento della forma di governo in presidenziale o semipresidenziale, *et similia* [in tema, in aggiunta agli scritti sopra cit., v. i contributi al dibattito aperto sul *Forum di Quaderni costituzionali* da E. CHELI, *Perché dico no al presidenzialismo*, 7 settembre 2022. D'altronde, una nutrita schiera di studiosi [per tutti, F. VARI, *Primi spunti sulle riforme a colpi di maggioranza e lo svuotamento della rigidità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2016, 27 luglio 2016] ha da tempo messo in chiaro, con varietà di argomenti, che talune riforme non possono aversi a colpi di maggioranza. Una questione, questa, come si sa, tornata da ultimo di attualità per iniziativa del Governo Meloni e da molti posta in correlazione col varo della "differenziazione" dell'autonomia, *ex art. 116*; una correlazione, però, di certo non voluta da chi ha riscritto il disposto in parola che non ha minimamente inteso incidere sulla forma di governo esistente. È poi pur vero che – come suol dirsi – tutto si tiene e che, perciò, innovazioni istituzionali di non secondario rilievo possono variamente riflettersi su punti

convergenza tra le forze politiche di opposti schieramenti. Quale che sia la forma di cui la disciplina in parola si rivesta, è poi da tener fermo il carattere duttile ed essenziale degli enunciati che la apprestano, sì da salvaguardare spazi congrui per estensione a beneficio degli operatori (e, segnatamente, dei giudici) in ragione della varietà e complessità dei casi ai quali la disciplina stessa dovrà essere applicata<sup>25</sup>. Rimane, tuttavia, al riguardo non sciolto (e temo che così possa restare anche in seguito) il nodo di fondo, costituito dall'annosa crisi della rappresentanza politica<sup>26</sup>, da cui si alimentano i maggiori guasti del sistema istituzionale, con immediati riflessi sulle dinamiche della normazione. Se taluni prodotti normativi tardano a vedere la luce ovvero sono mal fatti, ciò si deve ad acclerate carenze di progettazione positiva vistosamente esibite da assemblee elettive e organi di governo in genere, ad ogni livello (centrale o locale), marcandosi sempre di più il distacco tra le attività dagli stessi poste in essere e le aspettative maggiormente avvertite in seno al corpo sociale.

3. *I (problematici) “principi e criteri direttivi” stabiliti dalla Consulta in Cappato per le esperienze di fine-vita, da cui nondimeno risulta avvalorata l'idea che l'autodeterminazione del soggetto che intenda porre fine alla propria esistenza va incontro a limiti oggettivi invalicabili*

Nel merito, la ricerca della soluzione che parrebbe essere maggiormente coerente con i principi costituzionali, visti nel loro fare “sistema” e nella loro totalità significativa, non può che muovere dalla constatazione che la vita di ogni essere umano è un bene prezioso, di certo non disponibile *ad libitum*, persino – come ha precisato la Consulta<sup>27</sup> – in forza del mero *taedium vitae*. Anche l'autodeterminazione lo è, senza alcun dubbio, ma – come si è appena fatto notare – non appare in grado di affermarsi senza limitazione alcuna nei riguardi della stessa vita.

La giurisprudenza costituzionale offre plurime e convergenti testimonianze in tal senso; e sarebbe chiaramente insensato non tenerle nel dovuto conto. È vero, infatti, che la giurisprudenza si evolve di continuo, così come in “moto” perenne è la stessa Costituzione<sup>28</sup>. Non sembra tuttavia credibile che su questioni di sì cruciale rilievo possa assistersi ad un autentico *revirement* dell'orientamento manifestato ancora di recente dal giudice delle leggi, per quanto lo stesso non possa di certo dirsi compiutamente definito.

Come si è altrove osservato<sup>29</sup>, l'autodeterminazione non è, dunque, né *tutto* né *niente*: vale per le esperienze d'inizio-vita e vale altresì per quelle di fine-vita. Basti solo pensare, quanto a queste

---

della trama istituzionale dalle stesse non toccati. Ciò che può aversi, in misura ora maggiore ed ora minore, a seconda di come le innovazioni stesse sono fatte e, dunque, dei contenuti che le connotano e dei fini alla cui realizzazione tendono.

<sup>25</sup> Una sana avvertenza a guardarsi dal rischio sia dell'“immobilismo” che del “parossismo” normativo, entrambi forieri di guasti di considerevole entità, S. AGOSTA, *Disposizioni di trattamento e dignità del paziente*, Aracne, Roma 2020, 81 ss. Alla “leale cooperazione” di legislatore e giudici e, in genere, degli attori istituzionali, anche con specifico riferimento alle questioni qui oggetto di studio, fa appello una nutrita schiera di studiosi (per tutti, A. PISANÒ, *Il re è nudo! La “nuova forma di collaborazione” tra potere legislativo e potere giudiziario nel caso Cappato, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019*, in *Pol. dir.*, 1/2020, 63 ss.).

<sup>26</sup> ... a riguardo della quale la letteratura, giuridica e non, è stata (e seguita senza sosta ad essere) – come si sa – alluvionale [indicazioni in P. LOGROSCINO, *Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti. Note in tempo di pandemia*, in questa *Rivista*, 2021/II, 406 ss., e, se si vuole, nel mio *Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica*, nella stessa *Rivista*, 2021/I, 124 ss., nonché in I. CIOLLI, *La rappresentanza politica. Recenti trasformazioni di una categoria ineludibile*, in *Lo Stato*, 18/2022, 129 ss.].

<sup>27</sup> *Corte cost. n. 50 del 2022*, p. 3.3 del *cons. in dir.*

<sup>28</sup> Così, secondo la nota indicazione teorica di M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1/2013, 1° marzo 2013, 1 ss., ma v. già, in buona sostanza, A. SPADARO, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss.

<sup>29</sup> ... e, segnatamente, nella mia voce *Autodeterminazione (principio di)*, in *Dig./Disc. pubbl.*, Agg., VIII (2021), 1 ss., laddove è fatta specifica attenzione proprio alle vicende d'inizio e fine-vita.



Cfr., in tema, nella ormai sterminata lett., J. RACHELS, *La fine della vita. La moralità dell'eutanasia*, Sonda, Milano 1989; A. D'ALOIA, in più scritti, tra i quali *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della «fine della vita»*, in *Pol. dir.*, 4/1998, 601 ss.; *Eutanasia (Dir. cost.)*, in *Dig./Disc. pubbl.*, Agg., V (2012), 300 ss., e *Dal rifiuto di cure al suicidio medicalmente assistito. Riflessioni sulla 'svolta' della Corte costituzionale (2020)*, ora in ID., *Il diritto e l'incerto del mestiere di vivere. Ricerche di biodiritto*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano 2021, 119 ss.; AA.VV., *Il diritto di morire bene*, a cura di S. Semplici, Il Mulino, Bologna 2002; C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, cit., e, della stessa, tra gli altri suoi contributi sul tema, *Diritti alla fine della vita e Costituzione*, in *Biolaw Journal, Special Issue*, 2/2019, 19 dicembre 2019, 405 ss., e *Sostiene ora la Corte che la libertà di autodeterminazione di morire "non può mai prevalere incondizionatamente" sulla tutela della vita*, in *Giur. cost.*, 2/2022, 642 ss.; G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost. al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 1/2008, 109 ss.; F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, Milano 2008; A. OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana. Consenso medico informato, rifiuto delle cure mediche, eutanasia, testamento biologico*, Utet, Torino 2008; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bononia University Press, Bologna 2008; S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?* in *Forum di Quaderni costituzionali*, luglio 2009; AA.VV., *Thanatos e nomos. Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, a cura di P. Falzea, Jovene, Napoli 2009; AA.VV., *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici*, a cura di M. Gensabella Furnari - A. Ruggeri, Giappichelli, Torino 2010; AA.VV., *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, a cura di A. D'Aloia, Jovene, Napoli 2011; AA.VV., *Diritto alla salute e alla vita buona nel confine tra il vivere e il morire. Riflessioni interdisciplinari*, a cura di E. Stradella, Plus, Pisa 2011; N. VICECONTE, *La sospensione delle terapie salvavita: rifiuto delle cure o eutanasia? Riflessioni su autodeterminazione e diritto alla vita nella giurisprudenza delle corti italiane*, in *Rivista AIC*, 1/2011, 1° febbraio 2011, 1 ss.; AA.VV., *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?* a cura di F. D'Agostino, Giuffrè, Milano 2012; G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, Giappichelli, Torino 2012; E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, spec. 18 ss.; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli, Torino 2014, e, della stessa, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanascici*, Giappichelli, Torino 2019, e *Sulla sostenibilità della dignità come autodeterminazione*, in *Biolaw Journal, Special Issue*, 2/2019, 19 dicembre 2019, 95 ss.; B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Giuffrè, Milano 2014; A. SPADARO, *I «due» volti del costituzionalismo di fronte al principio di auto-determinazione*, in *Scritti in onore di G. Silvestri, III*, Giappichelli, Torino 2016, 2296 ss.; C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2018, 3 ss. e, dello stesso, *Il Principio di autodeterminazione. Una modellistica per inizio e fine vita*, cit., 51 ss.; C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 12/2017, 21 dicembre 2017, 123 ss.; U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Wolters Kluwer - Cedam, Padova 2018, e, dello stesso, *Eutanasia. Ragioni per una legalizzazione (con limiti)*, in AA.VV., *Costituzione diritti Europa. Giornate in onore di S. Gambino*, a cura di G. D'Ignazio - G. Moschella, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, 3 ss., spec. 21 ss.; G. TARANTINO, *Autonomia e dignità della persona umana*, Giuffrè, Milano 2018; L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Giuffrè, Milano 2018, spec. 193 ss.; F. PIZZOLATO, *Autodeterminazione e relazionalità nel diritto alla salute*, in *Corti supreme e salute*, 2/2018, 429 ss.; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Giappichelli, Torino 2018; D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7-8/2018, 16 luglio 2018, 57 ss.; R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la legge 219/2017*, Aracne, Roma 2019; AA.VV., *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, cit.; A. GUSMAI, *Il diritto all'autodeterminazione: una libertà "perimetrata" dal sapere scientifico?* in *Dirittifondamentali.it*, 1/2019, 3 marzo 2019, 1 ss.; AA.VV., *Il "diritto" di essere uccisi: verso la morte del diritto?* a cura di M. Ronco, Giappichelli, Torino 2019, ed *ivi*, dello stesso M. RONCO, v., *Impegno solidale per la vita*, spec. 287 ss.; F. VARI - F. PIERGENTILI, *Sull'introduzione dell'eutanasia nell'ordinamento italiano*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2019, 9 luglio 2019, spec. 4 ss., e, degli stessi, pure *ivi*, "Di libertà si può anche morire". *Brevi note sulla (imminente) dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.*, 21 ottobre 2019; A. CANTARO, *I modelli: autonomia e autodeterminazione nelle vicende del costituzionalismo*, in *Rivista AIC*, 3/2019, 10 luglio 2019, 15 ss.; pure *ivi*, A. PISANESCHI, *Autonomia, autodeterminazione, indipendenza: una sintesi*, 95 ss.; L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019; E. BILOTTI, *Ai confini dell'autodeterminazione terapeutica. Il dialogo tra il legislatore e il giudice sulla legittimità dell'assistenza medica al suicidio*, in *Corr. giur.*, 4/2019, 457 ss., e, dello stesso, pure *ivi*, *La Corte costituzionale ripristina il confine dell'autodeterminazione terapeutica, ma... lascia solo ai medici il compito di presidiarlo*, 4/2020, 485 ss.; O. SPATARO, *La legge n. 219 del 2017 e la disciplina del fine-vita tra principi costituzionali e problemi aperti. Spunti di riflessione*, in *Biolaw Journal*, 2/2019, spec. 209 ss.; nella stessa *Rivista*, L. MINGARDO, *I contratti di Ulisse. Autodeterminazione e sofferenza psichica*, 235 ss., e P. VERONESI, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione, Special Issue*, 2/2019, 19 dicembre 2019, 27 ss.; M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o*

rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale), in [Sistema Penale](#), 8 gennaio 2020; F. RINALDI, *Un Totenrecht o diritto di non soffrire?* in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2020, 24 gennaio 2020, 222 ss.; L. EUSEBI, *Moriremo di autodeterminazione? Brevi note su BVG 26 febbraio 2020*, in [Corti supreme e salute](#), 1/2020, 59 ss.; P. CHIARELLA, *Il diritto comprensivo e l'altruità del corpo: alcune riflessioni sul fine vita*, in *Pol. dir.*, 1/2020, 89 ss., spec. 99 ss.; AA.VV., *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, a cura di G. D'Alessandro - O. Di Giovine, Giappichelli, Torino 2020; S. AGOSTA, *Disposizioni di trattamento e dignità del paziente*, cit.; C. IANNELLO, *Salute e libertà. Il fondamentale diritto all'autodeterminazione individuale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; L. D'AVACK, *Consenso informato e scelte di fine vita. Riflessioni etiche e giuridiche*, Giappichelli, Torino 2020; A. MASSARO, *Questioni di fine vita e diritto penale*, Giappichelli, Torino 2020, spec. 78 ss.; A. ALBERTI, *La vita nella Costituzione*, cit., spec. 85 ss. e 91 ss.; A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207 del 2018 e la sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Valetudo et religio. Intersezioni fra diritto alla salute e fenomeno religioso*, a cura di B. Serra, Giappichelli, Torino 2020, 93 ss.; A. RIDOLFI, *Il diritto di morire è un diritto costituzionalmente tutelato? (Considerazioni a partire dai casi Cappato-Antoniani e Trentini)*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2021, 11 marzo 2021, 1 ss., spec. 52 ss.; M. PANEBIANCO, *La dignità come parametro e come diritto all'autodeterminazione. Profili di giurisprudenza costituzionale*, in [Nomos](#), 2/2021, 12 ottobre 2021, 1 ss.; R. BARTOLI, *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, in [Sistema Penale](#), 22 novembre 2021, 5 ss., spec. 20 ss.; G. VACCHIANO - F.V. TISO, *Il fine vita e la dignità del morire*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2022; V.V.G. VESCIO DI MARTIRANO, *L'alleanza esistenziale e l'autodeterminazione quali controlimiti al valore della vita*, in [federalismi.it](#), 12/2022, 20 aprile 2022, 287 ss.; O. CARAMASCHI, *Diritto alla vita e diritto all'autodeterminazione: un diverso bilanciamento è possibile? (a margine di Corte cost., sent. n. 50/2022)*, in questa [Rivista](#), 2022/III, 739 ss.; G. LUCCIOLI, *Dignità della persona e fine della vita*, cit. [e, su quest'ultima, la recensione di R. CONTI, in [Giustizia Insieme](#), 17 settembre 2022]; M. BARLETTA, *Diritto all'autodeterminazione del paziente nelle decisioni fine vita in Europa: riflessioni a margine della sentenza Mortier c. Belgio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 183 ss. Notazioni di vario segno sono, poi, nei contributi al forum su *Il fine vita e il legislatore benpensante*, cit., e, ancora, in AA.VV., *"Questioni di fine vita". Dalla Legge 22 dicembre 2017, n. 219 alla ordinanza della Corte Costituzionale nel caso Cappato*, cit., e AA.VV., *Eutanasia. Le ragioni del no. Il referendum, la legge, le sentenze*, a cura di A. Mantovano, Cantagalli, Siena 2021, spec. 44 ss., nonché nei contributi al Seminario preventivo di *Amicus curiae* su *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit. (ed ivi, part., le relazioni introduttive di R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, 1 ss., e T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, 20 ss.); negli altri che sono in AA.VV., *Il referendum sull'art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale*, a cura di M. D'Amico - B. Liberali, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 1/2022, Quad. n. 4, e nel forum su *A proposito della sentenza n. 50 del 2022*, in [Biolaw Journal](#), 2/2022. Di particolare interesse è anche il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, cit. [e, su di esso, tra gli altri, lo scritto, dietro richiamato, di M. GENSABELLA FURNARI, *Esperienza del limite e bioetica della cura*, 313 ss., nonché quelli di R. MASONI, *Le riflessioni del C.N.B. sul suicidio medicalmente assistito: i diritti dei pazienti terminali*, in [Il Familiarista](#), 9 settembre 2019, e C. SARTEA, *Il parere del Comitato italiano per la Bioetica "Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito"*, 4/2019, 20 dicembre 2019, 437 ss.]. Infine, in prospettiva civilistica, tra gli altri, M. FORTINO, *Le diseguaglianze "per natura" e le risposte del diritto: il problema dei limiti alla autodeterminazione dei soggetti*, in U. BRECCIA - A. PIZZORUSSO, *Atti di disposizione del proprio corpo*, a cura di R. Romboli, Plus, Pisa 2007, 29 ss.; T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte. Saggio di Dritto civile*, Cedam, Padova 2009, spec. 67 ss.; G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1/2012, 3 ss., e, pure ivi, della stessa, *Il suicidio assistito di Dj Fabo. L'autodeterminazione terapeutica dai principi alle regole*, 1/2020, 15 ss.; V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2018, 31 ss.; C. GRANELLI, *Autodeterminazione e scelte di fine vita*, in [Jus Civile](#), 5/2019 ss.; L. BOZZI, *Decidere il tempo (e il modo) di morire. Interrogativi irrisolti sul bilanciamento trovato (?) dalla Consulta in merito al suicidio medicalmente assistito. Interrogativi (irrisolvibili) sul principio di autodeterminazione*, in *Giust. civ.*, 2/2020, 411 ss.; A. MARCHESE, *Profili civilistici dell'information technology in ambito sanitario*, ESI, Napoli 2021, spec. 34 ss.; E. FAZIO, *Danno alla persona e lesione del principio di autodeterminazione terapeutica*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, cit., II, 1709 ss.

Dell'autodeterminazione si è, poi, animatamente discusso con riferimento al suo porsi in rapporto con il dovere di solidarietà, specie in occasione della diffusione della pandemia sanitaria in atto, con riguardo all'eventuale obbligo generalizzato di vaccinazione: tra gli altri e di recente, D. MENNITI, *Autonomia contro beneficenza. Un'inchiesta bioetica per la vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19*, in [Medicina e Morale](#), 3/2021, 8 novembre 2021, 291 ss.; G. GEMMA, *La vaccinazione obbligatoria è utile ed è costituzionalmente legittima*, in [Rivista AIC](#), 4/2021, 10 dicembre 2021, 340 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, *Uti singuli v. uti universi. L'obbligo vaccinale anti Covid-19 dinanzi alla Consulta e la sorte del diritto di autodeterminazione. Riflessioni su ordinanza n. 351 del 22 marzo 2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana*, in *Dir. pubbl. eur.*, *Rass. on line*, 1/2022, 2 gennaio 2022, 254 ss.; M. GASPARRO, *Obbligo vaccinale per il personale sanitario: il giudice amministrativo fa il punto alla luce della normativa europea e costituzionale*, in [Corti supreme e salute](#), 1/2022, 31 ss.; G. TORTA, *L'interesse pubblico tra*

ultime, ai “principi e criteri direttivi” – se così vogliamo chiamarli<sup>30</sup> – posti dalla Consulta in *Cappato*, nei cui riguardi la futura disciplina legislativa, comunque sollecitata dalla più avvertita dottrina<sup>31</sup> a dotarsi essa pure di una struttura aperta e flessibile, è, dunque, tenuta a mantenersi rispettosa<sup>32</sup>.

Il campo entro il quale le vicende fatte qui oggetto specificamente di studio possono prendere forma appare, dunque, circoscritto<sup>33</sup>. Alla luce di quanto dalla Corte stabilito nelle due pronunzie su *Cappato*, [nn. 207 del 2018](#) e [242 del 2019](#)<sup>34</sup>, l'agevolazione alla messa in atto del proposito suicidario (che – si badi – è cosa comunque diversa dal riconoscimento di un vero e proprio diritto costituzionale al suicidio assistito<sup>35</sup>) non è più penalmente sanzionata in relazione ai soli soggetti

---

*politica e amministrazione: il caso dell'obbligo vaccinale durante la pandemia*, in [Nuove Autonomie](#), 2/2022, 529 ss., e A. AMORE, [La responsabilità della P.A. per danno da vaccinazione: il bilanciato legame tra dovere di solidarietà e dignità umana](#), in questa [Rivista](#), 2022/III, 1364 ss. Con specifico riguardo alla vaccinazione dei soggetti incapaci di autodeterminarsi, v. F. CEMBRANI, *La vaccinazione contro il Covid-19 delle persone incapaci di prestare il loro consenso*, in [Corti supreme e salute](#), 3/2021, 611 ss.

<sup>30</sup> V., infatti, volendo, il mio *La disciplina del suicidio assistito è “legge” (o, meglio, “sentenza-legge”)*, frutto di libera invenzione della Consulta (a margine di Corte cost. n. 242 del 2019), cit., 633 ss.

<sup>31</sup> V., part., R.G. CONTI, *Il cammino incerto del diritto sul fine vita*, in *paper*, spec. § 2, con richiamo ad una riflessione di ordine teorico-generale di T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2021.

A riguardo del carattere flessibile proprio della struttura della normativa in materia di biodiritto, in aggiunta a R.G. CONTI, [La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?](#) in questa [Rivista](#), 2018/I, spec. 235 ss.; *Bioetica e biodiritto. Nuove frontiere*, in [Giustizia Insieme](#), 28 gennaio 2019, e *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017*, cit., v., tra i molti altri, A. D'ALIOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, in [Biolaw Journal](#), 1/2016, 105 ss.; nella stessa [Rivista](#), M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, 1/2018, spec. 12 ss., e P. VERONESI, *Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, 2/2018, 77 ss.; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 170 s.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in [Rivista AIC](#), 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss., spec. 431; L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, cit., 90 ss.; A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'UE: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Giur. cost.*, 1/2020, spec. 464 ss. Dal mio canto, ho patrocinato l'adozione di questo modello in più scritti, tra i quali *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta - G. D'Amico - L. D'Andrea, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 257 ss., nonché in [federalismi.it](#), 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4, e *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), 2/2019, 15 luglio 2019, 35 ss., spec. 49 ss.

<sup>32</sup> E, invero, conosciamo – come si sa – non pochi casi di violazione del giudicato costituzionale che si traducono quindi nel (coerente) annullamento anche della disciplina legislativa sostanzialmente riproduttiva di altra già caducata [riferimenti in E. FURNO, *Giudicato costituzionale*, in *Dig./Disc. pubbl.*, Agg., VIII (2021), a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, 207 ss., spec. 221 ss.], fermo il contesto normativo e fattuale in seno al quale l'una e l'altra sono venute a formazione, vale a dire a condizione che si abbia vera riproduzione di “situazione normativa” su cui – come si è tentato di mostrare altrove – si svolge il sindacato di costituzionalità.

<sup>33</sup> ... per quanto talune non lievi incertezze gravanti sulle condizioni poste dalla Consulta in *Cappato*, di cui subito si dirà, rendono alquanto mobili e opachi i confini del campo stesso.

<sup>34</sup> Sulla inusuale tecnica decisoria inaugurata dalla ord. del 2018, fatta oggetto di una copiosa messe di commenti di vario segno, per tutti, v. l'accurata analisi di E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuove regole processuale o innovativa tecnica di giudizio?* in [Quad. cost.](#), 3/2019, 531 ss.

<sup>35</sup> V., infatti, quanto al riguardo ne dicono A. NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*, in [Corti supreme e salute](#), 2/2019, 201 ss., e, nella stessa [Rivista](#), C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, 217 ss., nonché G. RAZZANO, *La proposta di legge sulle «Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita»: una valutazione nella prospettiva costituzionale anche alla luce della sent. n. 50/2022*, in [federalismi.it](#), 9/2022, 23 marzo 2022, 53 ss., e C.D. LEOTTA, *Eutanasia approvata alla camera il 10 marzo: testo peggiorato rispetto a quello delle commissioni riunite*, al sito [web](#) del Centro studi Livatino, 23 marzo 2022; adde, volendo, il mio [Oscurità e carenze della progettazione legislativa in tema di morte medicalmente assistita \(prime notazioni\)](#), cit., spec. 302 ss. Diversamente, B. MAGRO, *Intervento al forum su Il fine vita e il legislatore benpensante*, cit., 1, *Il punto di vista dei penalisti*, 26 febbraio 2021, che nondimeno riconosce che “il

che *a*) siano tenuti in vita da trattamenti di sostegno vitale; *b*) risultino affetti da patologia irreversibile che *c*) sia fonte di sofferenze dagli stessi soggetti considerate intollerabili e, infine *d*) che siano pienamente capaci di prendere decisioni libere e consapevoli.

La progettazione legislativa in cantiere (e faccio ora, ovviamente, riferimento alla sola legislatura in corso)<sup>36</sup> riprende, in buona sostanza, le indicazioni somministrate dalla Corte, senza nondimeno sciogliere alcuni dubbi dalla stessa giurisprudenza per vero lasciati aperti.

Le questioni, forse, maggiormente gravi ed impegnative si hanno in relazione alla condizione dei minori di età<sup>37</sup>, a riguardo dei quali la progettazione suddetta manifesta una totale chiusura, escludendo in partenza che si possa riconoscere ai minori capaci di discernimento la facoltà di autodeterminarsi in ordine al proprio fine-vita<sup>38</sup>. Ad ogni buon conto, con riguardo ai minori incapaci di autodeterminarsi, questioni particolarmente delicate verrebbero a porsi con riguardo ai casi di divergente orientamento dei genitori<sup>39</sup>.

Di non poco rilievo anche le questioni che fanno capo alla obiezione di coscienza del personale sanitario<sup>40</sup> che è, ovviamente, garantita<sup>41</sup> ma che può dar luogo a problemi non lievi per la

diritto di libertà a autodeterminare la propria morte non si atteggia a diritto a prestazioni sociali, non impone alcuna prestazione positiva da parte dell'amministrazione sanitaria, né in capo a terzi privati né a soggetti pubblici. Al diritto ad autodeterminare la propria morte non corrisponde alcun dovere a supportare materialmente e solidaristicamente tale decisione, che perciò rimane affidata alla cooperazione spontanea”.

<sup>36</sup> V., part., A.C. nn. 87, 251 e 313, e A.S., nn. 104 e 124. Con riferimento ad anteriori proposte di legge, cui quelle ora richiamate nondimeno largamente si rifanno, riferimenti possono aversi da M. LADU, *Il quesito referendario sull'eutanasia legale al vaglio della Corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2022, 31 dicembre 2022, 114 in nt. 17; v., inoltre, i commenti di G. GIAIMO, *Considerazioni sparse, in chiave comparatistica, sulle proposte di legge in materia di eutanasia e di suicidio medicalmente assistito*, in *Biolaw Journal*, 3/2019, 28 agosto 2019, 27 ss.; G. RAZZANO, *La proposta di legge sulle «Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita»: una valutazione nella prospettiva costituzionale anche alla luce della sent. n. 50/2022*, cit., 53 ss. e, se si vuole, il mio scritto da ultimo richiamato.

<sup>37</sup> Con riferimento al loro diritto alla salute, per tutti, C. DI COSTANZO, *La tutela del diritto alla salute del minore. Riflessioni a margine della legge n. 219/2017*, in *Biolaw Journal*, 1/2019, 28 febbraio 2019, 299 ss. Sul fine-vita in età pediatrica, v., poi, P. AMODIO, *Il minore come soggetto e l'alleanza terapeutica. Alcune note di discussione*, in AA.VV., *Bioetica e cura. L'alleanza terapeutica oggi*, a cura di L. Chieffi e A. Postigliola, Mimesis, Milano - Udine 2014, 295 ss.; R.G. CONTI, *Il giudice e il biodiritto*, cap. III del *Trattato di diritto e bioetica*, a cura di A. Cagnazzo, ESI, Napoli 2017, spec. 62 ss.; D. SERVETTI, *Dopo Charlie e gli altri “casi Gard”, ripartiamo da alcune domande*, in *Corti supreme e salute*, 1/2018, 181 ss.; nonché i contributi di A. PISU, *Scelte terapeutiche e protezione degli interessi esistenziali del minore nella relazione di cura e nel fine vita*; B. VIMERCATI, *Oltre l'autodeterminazione. I confini del diritto nei casi Gard ed Evans*, e S. SALEMME - A. MOSCHILLO - M. BALLO, *Il fine vita tra medicina e media: i risvolti dei casi Gard ed Evans*, tutti in AA.VV., *“Questioni di fine vita”. Dalla Legge 22 dicembre 2017, n. 219 alla ordinanza della Corte Costituzionale nel caso Cappato*, cit., rispettivamente, 185 ss., 211 ss. e 243 ss. V., inoltre, L. ARMANO, *I best interests nella scelta sul fine vita del minore: il caso Tafida Raqueeb*, in *Corti supreme e salute*, 1/2020, 31 ss.; G. CAPPELLO, *Corte EDU, Parfitt v. UK: diritto alla vita e alla morte del malato minore e conflitti fra genitori, sanitari e curatore. Le acque agitate del giudice comune europeo*, in *Giustizia Insieme*, 9 luglio 2021, e AA.VV., *Eutanasia. Le ragioni del no. Il referendum, la legge, le sentenze*, cit., 215 ss.

<sup>38</sup> Su ciò, part., L. NANNIPIERI, *Il corpo (ovvero la salute) dei minori: il difficile e dinamico equilibrio tra libertà e potestà, autonomia ed eterodeterminazione*, in U. BRECCIA - A. PIZZORUSSO, *Atti di disposizione del proprio corpo*, cit., 269 ss.; A. FERRERO, *Autodeterminazione dei minorenni. I minori come soggetti capaci in ambito sanitario*, in *Dir. fam. pers.*, 4/2020, 1792 ss., e B. SALVATORE, *Il minore e la persona incapace nella l. n. 219/2017: la rilevanza della volontà del soggetto vulnerabile nelle scelte sanitarie*, in *Jus Civile*, 6/2020, nonché i contributi, dietro già richiamati, di G. FERRANDO, T. PASQUINO e S. TROIANO, *al forum su Il fine vita e il legislatore benpensante*, e, pure *ivi*, 2, *Il punto di vista dei comparatisti*, Parte I, quello di R. POTENZANO, 5 marzo 2021. In termini generali, C. IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, in *Giust. civ.*, 3/2019, 617 ss.

<sup>39</sup> È pur sempre triste e francamente penoso che sia chiamato a fare da “arbitro” il giudice, obbligato a decidere a quale sofferenza dell'uno e dell'altro genitore accordare la precedenza, ma è di tutta evidenza che non si dia altra via per uscire dall'impasse; ed è chiaro (perlomeno tale ai miei occhi appare) che, proprio in una congiuntura siffatta, un particolare rilievo va accordato alle indicazioni che vengono dai medici. Che, poi, l'appello al giudice sancisca la verosimilmente certa fine dell'unione tra i genitori stessi è altro discorso, comunque ai fini di questo studio non specificamente interessante.

<sup>40</sup> ... a riguardo della quale, tra gli altri, in aggiunta agli scritti di ordine generale di D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli, Firenze 2011; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 143 ss., e F.

funzionalità del sistema laddove la struttura presso la quale il personale stesso opera non dovesse essere in grado di assicurare l'appagamento della volontà del paziente<sup>42</sup>.

Ora, è per vero encomiabile lo sforzo prodotto dal giudice delle leggi nell'intento di conciliare le aspettative della persona con talune condizioni richieste a presidio della vita, pur laddove minacciata dalla stessa persona, e, di riflesso, della intera comunità cui questa appartiene che, al fine di potersi trasmettere integra nel tempo, ha bisogno che la vita di ciascuno dei suoi componenti e di tutti assieme sia messa al riparo da ogni attacco, da qualunque parte provenga.

Il quadro delineato in *Cappato* risulta, dunque, composto da un *mix* di elementi di natura soggettiva ed oggettiva in faticoso equilibrio interno; un *mix* – non è inutile qui ribadire – la cui struttura risulta fortemente segnata dalla scienza, cui è giustamente assegnato centrale rilievo. Non a caso, infatti, uno dei requisiti richiesti per la depenalizzazione del comportamento del sanitario che presti assistenza al paziente nella realizzazione del suo proposito suicidario è il carattere irreversibile della patologia da cui il paziente stesso è afflitto, accertabile unicamente in base alle risultanze offerte dalla scienza. È strano però che non sia tenuto in alcun conto l'avviso dei medici curanti per ciò che attiene alla determinazione della soglia delle sofferenze provocate dalla malattia, rimessa interamente all'insindacabile volere del soggetto, tanto più che quest'ultimo ha, come si sa, il diritto – questo, sì, indiscutibile – ad essere sottoposto a terapia antidolorifica e a cure palliative in genere<sup>43</sup>. Non si trascuri, poi, la circostanza per cui non chiariti sono i modi in cui possono combinarsi le sofferenze fisiche e quelle morali o psicologiche; ed è chiaro non essere la stessa cosa che a prevalere (ed in questa o quella entità) siano le une ovvero le altre.

Tra l'altro, si danno persone particolarmente vulnerabili proprio per l'aspetto psicologico, la cui condizione pertanto richiede di essere fatta oggetto di specifica attenzione. E ciò, a prescindere dalla

---

MASTROMARTINO, *Esiste un diritto generale all'obiezione di coscienza?* in [diritto & questioni pubbliche](#), giugno 2018, v., part., V. BALDINI, *I diritti fondamentali tra garanzia costituzionale e condizionalità legislativa. Ripensando all'obiezione di coscienza nella legge sul biotestamento*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2017, 19 dicembre 2017, 1 ss.; R. MADDALUNA, *Libertà di cura e scelte di fine vita: la nuova legge sul biotestamento*, in *Dir. pubbl. eur.*, *Rass. on line*, 2/2018, 30 luglio 2019, 218 ss.; P. VERONESI, *Audizione resa il 29 maggio 2019 innanzi alle Commissioni riunite Giustizia e Affari Sociali della Camera dei Deputati nell'ambito dell'esame delle proposte di legge in materia di rifiuto di trattamenti sanitari e di liceità dell'eutanasia*, in [Osservatorio costituzionale](#), 4/2019, 6 agosto 2019, 53 ss.; C. LUZZI, *A proposito di alcune recenti tendenze dell'obiezione di coscienza. Spunti di riflessione a partire dal caso del personale sanitario coinvolto nel "fine vita"*, in [DPCE Online](#), 3/2020, 16 ottobre 2020, 3443 ss.; A. MASSARO, *Questioni di fine vita e diritto penale*, cit., 64 ss.; C.B. CEFFA, *Obiezione di coscienza e scelte costituzionalmente vincolate nella disciplina del "fine vita": indicazioni e suggestioni da una recente giurisprudenza costituzionale*, in [Nomos](#), 1/2021, 8 giugno 2021, 1 ss.; e, ora, G. CAMPANELLI, *L'obiezione di coscienza e il suo impatto sull'elaborazione di un effettivo diritto a una morte dignitosa*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 3/2022, 29 dicembre 2022, 74 ss. V., inoltre, gli interventi di L. D'AVACK, S. AMATO e C. FARALLI al *forum* su *Il fine vita e il legislatore benpensante*, cit., 3, *Il punto di vista dei filosofi del diritto*, 19 marzo 2021, nonché, ancora una volta, il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, dietro cit., § 4.2. Lo stesso Comitato, peraltro, aveva già avuto modo di esprimersi, in via generale, sulla questione: *Obiezione di coscienza e bioetica*, 12 luglio 2012.

<sup>41</sup> ... restando, nondimeno, non sgravato il personale stesso dall'assistenza antecedente e conseguente l'adozione delle pratiche di suicidio medicalmente assistito ovvero di trattamento eutanasi (A.S. 124; esclusivo riferimento all'assistenza antecedente l'intervento è, invece, fatto in A.C. 87 e 251 e A.S. 104).

<sup>42</sup> Si è al riguardo affacciata la proposta di riservare, in sede di assunzione del personale sanitario, quote di posti a medici non obiettori [R. D'ANDREA, *Alcune osservazioni sullo stato di avanzamento degli ordinamenti giuridici europei che prevedono l'eutanasia e/o il suicidio assistito*, cit., 314]. Rimane, tuttavia, il dubbio che la soluzione in parola possa influire sulla competizione tra gli aspiranti alla copertura dei posti stessi, alterando l'ordine naturale in base al merito ed ai titoli in genere esibiti in occasione dello svolgimento delle prove concorsuali, tanto più laddove il numero dei partecipanti non dovesse risultare congruo in rapporto a quello dei posti riservati. Potrebbe, insomma, assistersi ad un esito viziato da una sorta d'*irragionevolezza di fatto*.

<sup>43</sup> Sul diritto a non soffrire, per tutti, AA.VV., *Bioetica e cura. L'alleanza terapeutica oggi*, cit. A riguardo delle cure suddette si è argomentata la tesi secondo cui esse dovrebbero costituire un passaggio obbligato nelle procedure volte alla messa in atto dell'aiuto al suicidio (così, R. PETRUSO, intervento al *forum* su *Il fine vita e il legislatore benpensante*, 2, *Il punto di vista dei comparatisti*, Parte I, cit.); e così in effetti è, in base ad alcuni progetti in cantiere (non, però, secondo A.C. nn. 251 e 313 e A.S. n. 124).

generale riserva in ordine all'effettivo possesso in capo al paziente della capacità *attuale* di intendere e di volere, che potrebbe risultare alterata proprio a causa dello stato in cui versa<sup>44</sup>.

Sono, dunque, sufficienti – credo – le scarse notazioni appena svolte ad avvalorare l'idea che, pur dopo la fissazione da parte della Consulta della cornice del quadro entro il quale possono svolgersi le vicende di fine-vita, non può comunque farsi a meno di una congrua disciplina normativa che solo il legislatore – come si è veduto – può apprestare<sup>45</sup>.

Ad ogni buon conto, la cornice suddetta conferma che la regola non è quella della piena disponibilità della vita ma, all'inverso, l'altra della sua sottoposizione a condizioni soggettive ed oggettive, non sempre per vero di sicuro accertamento<sup>46</sup> e tuttavia complessivamente volte a circoscrivere – come si diceva – il campo entro il quale le esperienze di fine-vita possono realizzarsi. La qual cosa conferma che l'autodeterminazione va pur sempre incontro a limiti a fronte del bene della vita. Il punto è, però, stabilire se essi possano dirsi pienamente conformi al modello costituzionale, pur con le lacune al riguardo dallo stesso esibite, vale a dire quale sia la soglia invalicabile dall'autodeterminazione, entro la quale la stessa può aspirare a potersi, secondo la propria inclinazione, affermare. È questo il quesito, di cruciale rilievo e per più versi inquietante, che oggi nuovamente interpella la mente e la coscienza di chi torni ad interrogarsi sulle vicende ultime della esistenza umana.

*4. Il disvalore del suicidio, anche dalla prospettiva del diritto penale, e il rischio al quale si va assai di frequente incontro nel momento in cui si converte un diritto (qui, quello alla vita) nel suo opposto (alla “non vita”), particolarmente apprezzabile nel momento in cui si osservano le dinamiche della normazione da una prospettiva assiologicamente orientata*

È vero che – come si è fatto di recente notare da una sensibile dottrina<sup>47</sup> – l'autodeterminazione è una delle espressioni della vita e non può pertanto risultare protetta in modo disgiunto da questa. Sta di fatto, però, che la prima può rivoltarsi contro la seconda; ed allora è giocoforza chiedersi come ci si debba regolare in siffatti frangenti.

---

<sup>44</sup> Sul *punctum crucis* dell'attualità del volere, v., per tutti, A. RAUTI, Certus an, incertus quando. *La morte e il diritto del paziente all'«ultima parola» fra diritto, etica e tecnica*, in AA.VV., *Thanatos e nomos. Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, cit., 216 ss., spec. 250 ss.

Si è, poi, da taluno ipotizzato che proprio la richiesta del carattere della attualità del volere potrebbe tradursi in una discriminazione a danno di coloro che, dopo essersi liberamente autodeterminati in situazioni di lucidità, non lo siano più al momento in cui dovrebbe farsi luogo alla interruzione dei trattamenti vitali [v. ragionata la questione da F.G. PIZZETTI, *L'“aiuto medico alla morte volontaria” in Italia fra via referendaria e via parlamentare*, in *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio. Scritti in onore di Paola Bilancia*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 4/2022, 2 febbraio 2022, spec. 784 ss.; per la soluzione al riguardo patrocinata dal *Conseil constitutionnel*, v. D. PARIS, *Interruzione delle cure salvavita in paziente non in grado di esprimere la propria volontà: il Conseil constitutionnel conferma il suo self-restraint in materia di bioetica*, in [Corti supreme e salute](http://Corti supreme e salute), 1/2018, 95 ss.]. È pur vero, tuttavia, che, esattamente come per la disposizione dei beni per testamento, è pur sempre possibile la modifica in ogni tempo dell'atto che costituisce espressione di libera e consapevole volontà del soggetto; laddove ciò non si abbia o non possa aversi, fa fede – com'è chiaro – l'ultima manifestazione della volontà stessa che, nondimeno, come si viene dicendo, potrebbe risultare distorta in capo a persone afflitte da atroci sofferenze.

<sup>45</sup> Non si trascuri, tuttavia, la circostanza per cui negli anni a noi più vicini – come si è dietro rammentato – è venuto maturando un orientamento giurisprudenziale, di cui la Consulta intende farsi garante, volto a dar modo ai giudizi emessi da quest'ultima di potersi spingere nel merito della questione, facendo luogo anche a sostanziali rifacimenti dei testi di legge, malgrado il difetto delle “rime obbligate” di crisafulliana memoria. Altro è però la manipolazione di un testo di legge non rispettosa delle “rime” in parola ed altra cosa la confezione di una disciplina organica delle esperienze di cui qui si discorre, quale appunto può essere apprestata unicamente per mano delle assemblee legislative e con le forme dovute.

<sup>46</sup> Così, in specie, per ciò che concerne l'attualità del volere libero e consapevole, cui si faceva poc'anzi cenno.

<sup>47</sup> Ancora R. D'ANDREA, *Alcune osservazioni sullo stato di avanzamento degli ordinamenti giuridici europei che prevedono l'eutanasia e/o il suicidio assistito*, cit., spec. 317.

La risposta che dà l'ordinamento, con specifico riguardo ai profili penalmente rilevanti, è che sia la prima a dover cedere il passo alla seconda.

Certo, il tentativo di suicidio non è sanzionato; sarebbe tuttavia un errore grave di prospettiva, di metodo prima ancora che di teoria, dedurne che si abbia un vero e proprio diritto costituzionale al suicidio, in particolare all'assistenza nella sua messa in atto laddove il soggetto non disponga della libertà di movimento e di azione o anche non trovi in se stesso la forza per provvedere da solo ad appagarlo. Che il tentativo suddetto non sia penalmente considerato si spiega, peraltro, agevolmente, rinvenendo – come si è altrove fatto notare – la mancanza della previsione penale la sua *ratio* immanente nella *pietas* dovuta a persona già gravemente provata dalla vita e afflitta da sofferenze – a volte anche fisiche, sempre comunque morali – tali da indurla a desiderare ardentemente la propria morte<sup>48</sup>. Ad ogni buon conto, che il suicidio sia visto con sfavore è avvalorato *per tabulas* dalla previsione delle fattispecie penali dell'istigazione al suicidio<sup>49</sup> e dell'omicidio del consenziente (artt. 580 e 579 c.p.)<sup>50</sup>: una disciplina, quest'ultima, giudicata costituzionalmente necessaria, in quanto volta appunto a dare una “tutela minima” al bene della vita e, come tale, perciò bisognosa di essere sottratta ad abrogazione “secca”<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Se, poi, la persona stessa dovesse addirittura trovarsi in stato di detenzione, per la ipotesi teorica qui meramente immaginata, sarebbe pressoché scontato che tornerebbe a mettere in atto il tentativo dapprima fallito. Le cifre sui suicidi in carcere, d'altronde, nella loro drammatica evidenza, parlano da sole. Da uno studio effettuato dall'autorità garante dei detenuti risulta che nei primi undici mesi dell'anno appena trascorso si sono registrati ben 79 casi di suicidio, il numero più elevato degli ultimi dieci anni. Si aggiunga che nel 2012 la popolazione carceraria contava 12.000 persone in più rispetto ad oggi ma si sono avuti 23 suicidi in meno. Il dato che è, forse, maggiormente allarmante è poi quello per cui quasi la metà delle morti in carcere si devono appunto a suicidi. Dal 2012 ad oggi questi ultimi ammontano a ben 583 unità. La fascia più colpita è quella delle persone in giovane età (tra i 26 e i 39 anni), non poche delle quali aveva peraltro da scontare un esiguo periodo di pena (inferiore a 3-5 anni). La maggioranza dei suicidi (il 62 %) si ha nei primi 6 mesi di detenzione. V'è motivo di ritenere che, purtroppo, la pandemia sanitaria in atto abbia in non secondaria misura concorso a quest'esito sconcertante, senza peraltro trascurare l'annoso problema del sovraffollamento carcerario (a riguardo del quale, v., almeno, A. LORENZETTI - A. ALBANO - F. PICOZZI, *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario. Il problema “irrisolvibile”*, Giappichelli, Torino 2021).

<sup>49</sup> ... fatta nondimeno oggetto – come si sa – di annullamento parziale dalla decisione in due tempi su *Cappato*. Non è, poi, inutile qui rammentare che è bensì vero che l'effetto ablativo è da imputare unicamente alla [sentenza del 2019](#) ma – come si è fatto notare in dottrina [part., C. SALAZAR, «*Morire sì, non essere aggrediti dalla morte*». *Considerazioni sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2019, 567 ss., e, se si vuole, il mio [Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale \(a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato\)](#), in questa [Rivista](#), 2018/III, 571 ss.] – la [pronuncia del 2018](#) ha rivestito della forma della ordinanza la sostanza di una sentenza di accoglimento.

Ad ogni buon conto, si faccia caso al fatto che l'annullamento dell'art. 580 si è avuto per la *sola* eventualità che la persona che si determini a suicidarsi versi in una delle condizioni indicate dalla Consulta, restando pertanto pienamente in vigore il disposto penale al di fuori di esse, col significato negativo che è pur sempre posseduto dall'atto di togliersi la vita e dal comportamento del terzo indirizzato a tale scopo (v., al riguardo, i lungimiranti rilievi che sono nello scritto di C. SALAZAR ora richiamato, 586 ss.).

<sup>50</sup> Potrebbe farsi altresì richiamo del disposto di cui all'art. 593 c.p., con riferimento alla omissione di soccorso prestata a persona che abbia messo in atto una pratica a finalità di suicidio (ad es., si sia lasciata cadere da un cornicione di un edificio molto alto e versi in condizioni particolarmente critiche), pur laddove ne siano note la volontà in tal senso chiaramente manifestata e le cagionevoli condizioni di salute, ad ulteriore conferma che, anche dal punto di vista del diritto penale, l'autodeterminazione è comunque obbligata a recedere a fronte del bene della vita [precisazioni sul punto in T. VITARELLI, *Verso la legalizzazione dell'aiuto (medico) a morire? Considerazioni “multilivello”*, cit., 3 e, *ivi*, in nt. 4, riferimenti di dottrina variamente orientata, e, ora, F. VIGANÒ, *Diritti fondamentali e diritto penale al congedo dalla vita: esperienze italiane e straniere a confronto*, cit., spec. 4 ss.].

<sup>51</sup> La Consulta ha escluso – come si sa – da consultazione referendaria il disposto iniziale dell'art. 579 c.p., proprio con la motivazione succintamente richiamata nel testo ([sent. n. 50 del 2022](#), cit.). Ed è chiaro che ciò che non è consentito al referendum neppure può esserlo – a me pare – a legge a finalità meramente caducatoria ma solo a legge che dia una diversa disciplina della materia, sempre che astrattamente possibile, vale a dire a condizione che quella in atto vigente non si consideri a contenuto vincolato [v., infatti, al riguardo i rilievi di G. RAZZANO, [Le incognite del referendum c.d. «sull'eutanasia», fra denominazione del quesito, contenuto costituzionalmente vincolato e contesto storico](#), in questa [Rivista](#), 2021/III, spec. 977 ss., e R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, cit., 16 ss.]. Di ciò che, nondimeno, potrebbe aversi, per il caso astrattamente immaginabile ma praticamente assai remoto (per non dire del tutto insussistente) che dovesse aversi la rimozione

Quel che, ad ogni buon conto, va tenuto fermo è guardarsi dal rischio di convertire un diritto in relazione ad un bene costituzionalmente protetto nel suo opposto: per ciò che è qui di specifico interesse, convertire il diritto alla vita nel diritto alla “non vita”, al suicidio assistito appunto. Un’operazione siffatta sarebbe, ancora prima che foriera di gravi torsioni di ordine teorico-ricostruttivo, viziata metodicamente in radice, come si è tentato di mostrare con gli esempi fatti all’inizio di questo studio, dovendosi tenere nettamente distinta la “copertura” offerta, nel corso di alcune umane esperienze, alle libere scelte della persona dall’art. 13 rispetto a quella che è data ad esclusivo beneficio della salute e della vita dall’art. 32 della Carta. Se ne ha, pertanto, conferma che il diritto alla vita, pur non trovando – come si sa – testuale riscontro nella legge fondamentale della Repubblica<sup>52</sup>, come invece si ha in altri documenti normativi materialmente (o – come preferisce dire la Consulta<sup>53</sup> – *tipicamente*) costituzionali, è, ad ogni buon conto e senza alcun dubbio, dotato di solido fondamento costituzionale, non essendo altrimenti immaginabile né alcun diritto né alcun dovere in capo alla persona. Di contro, del diritto al suicidio non si ha – a mia opinione, a buon titolo – l’esplicito riconoscimento. Una soluzione, questo, adottata anche da altre Carte dei diritti, tra le quali quella dell’Unione europea e la CEDU (in entrambe all’art. 2)<sup>54</sup>, alla quale ultima – rammento – è da noi riconosciuto, sin dalle famosissime sentenze “gemelle” del 2007, rango “subcostituzionale”, risultando protetta nei suoi rapporti con le leggi comuni<sup>55</sup>. È vero che le stesse decisioni in parola ammettono la eventualità che la disciplina nazionale possa offrire ai diritti in campo una tutela ancora più avanzata di quella offerta dalla Convenzione<sup>56</sup>, ribaltandosi in una circostanza siffatta l’ordine nel quale le fonti in campo si dispongono<sup>57</sup>.

---

“secca” con legge del disposto del codice penale da ultimo richiamato, nulla al momento può dirsi se non che, verosimilmente, sarebbe dalla Consulta confermato il punto di diritto enunciato nella [sent. n. 50](#).

<sup>52</sup> Un rapido *excursus* dei lavori della Costituente sul punto può ora vedersi in A.I. ARENA - A. RANDAZZO, *Prime note sul diritto alla vita nell’ordinamento costituzionale*, in [lacittadinanzaeuropea online](#), 3/2022, 73 ss., spec. 75 ss.

<sup>53</sup> Così nella famosa, discussa (e discutibile), [sent. n. 269 del 2017](#).

<sup>54</sup> Il diritto alla vita è stato riconosciuto – come si sa – dalla giurisprudenza convenzionale sin dal notissimo caso *Pretty c. Regno Unito* e successivamente ripetutamente ribadito, pur non escludendosi – entro certi limiti – il margine di apprezzamento delle legislazioni nazionali in ordine alla consistenza della “copertura” ad esso apprestata.

<sup>55</sup> Singolare – come si è tentato di argomentare altrove – appare la circostanza per cui, a giudizio del nostro tribunale costituzionale, sarebbe possibile (e, anzi, necessario) differenziare la condizione della Carta dei diritti dell’Unione, provvista – si dice – di rango costituzionale, da quella della CEDU (e, verosimilmente, di ogni altra Carta), dotata di rango alla prima inferiore. La contraddizione insita in una sistemazione siffatta, che vede appunto “graduata” la *vis* normativa di documenti *tutti* dotati della *medesima* natura e funzione (di documenti volti appunto a dare il riconoscimento dei diritti fondamentali) è, poi, viepiù avvalorata dalla circostanza per cui la stessa Carta dell’Unione esplicitamente richiede di essere intesa e fatta valere alla luce della Convenzione, salva ad ogni buon conto l’ipotesi che la prima porti ancora più in alto la salvaguardia dei diritti (su ciò, subito *infra*).

<sup>56</sup> ... e – perché no? – dalla Carta dei diritti dell’Unione o da qualsivoglia altra Carta. È, poi, pur vero che il canone fondamentale della massimizzazione della tutela ha fatto molto discutere (e seguita a farlo ancora oggi), da un’accreditata dottrina [part., R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss., nonché l’intervista sul tema *Giudice e giudici nell’Italia postmoderna?* a cura di R.G. Conti, in [Giustizia Insieme](#), 10 aprile 2019 e in AA.VV., *Il mestiere del giudice*, a cura di R.G. Conti, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2020, 1 ss.; *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757 ss., spec. 764 e nt. 15, e, nella stessa *Rivista*, *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, 4/2020, spec. 866 ss.] persino confutandosene la stessa esistenza, che tuttavia – piaccia o no – è ammessa, oltre che da numerosi studiosi, per ciò che più importa, dalla giurisprudenza e può, dunque, considerarsi espressivo di un vero e proprio “diritto vivente” [riferimenti in L. CAPPUCCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, cit., I, 412 ss. e, pure *ivi*, G. D’AMICO, *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, 706 ss.; B. NASCIBENE, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in [Eurojus.it](#), 3/2020, 277; A. RANDAZZO, *Il “metapprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2020, 10 giugno 2020, 689 ss.; I. ANRÒ, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in [federalismi.it](#), 19/2020, 17 giugno 2020, 109 ss.; F. DONATI, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 14/2020, 49 ss.; I. DEL VECCHIO, *La massimizzazione dei diritti fondamentali e la struttura dell’argomentazione giuridica nel costituzionalismo pluralista*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; C. CARUSO, *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità*, in [Giustizia Insieme](#), 19 ottobre 2020; R.



La soluzione da ultimo ipotizzata rende, peraltro, conferma del fatto che il sistema positivo risulta composto non già da *fonti* bensì da *norme*, idonee a disporsi a varie “altezze” nella “scala” dell’ordinamento, quale che sia la forma o, appunto, la fonte da cui le norme stesse sono prodotte, che pertanto variamente si combinano tra di loro in ragione, per un verso, dei casi della vita e, per un altro verso, del modo (*rectius*, dei modi) con cui si riportano ai valori fondamentali cui dà voce la Carta costituzionale, unitamente alle altre Carte, in vista della loro ottimale implementazione nell’esperienza. La prospettiva giusta dalla quale vanno riguardate le dinamiche della normazione – come mi affanno a dire da oltre quarantacinque anni a questa parte<sup>58</sup> – ha, dunque, un’ispirazione ed una complessiva connotazione di ordine assiologico-sostanziale. È la *gerarchia dei valori*, quale incessantemente si fa e rinnova in occasione delle umane esperienze, a fare la *gerarchia* (non *delle fonti* bensì) *delle norme*, in ragione delle complessive esigenze dei casi; e le vicende d’inizio e – per ciò che è qui di specifico interesse – fine-vita ne danno credibile testimonianza e palmare conferma. Se ne ha che norme, penali e non, volte a dare l’ottimale appagamento alla salute e – fin dove possibile – alla vita si dispongono naturalmente in cima alla scala suddetta, per la elementare ragione che salute e vita sono – come si rammentava – beni ai quali l’ordinamento vuole assicurare prioritaria salvaguardia, se del caso a fronte della stessa autodeterminazione della persona che si rivolti contro di essi.

5. *L’errore commesso di frequente da quanti invocano il principio di eguaglianza o la salvaguardia della dignità a sostegno del riconoscimento del diritto al suicidio assistito, di sicuro rivendicabile unicamente avverso la messa in atto di pratiche di accanimento terapeutico*

Un punto è, ad ogni buon conto, da tener fermo; ed è che la esistenza del (supposto) diritto costituzionale al suicidio assistito richiede di essere dimostrata, non già assunta – come non di rado avviene – quale una sorta di *a priori* assiomaticamente indiscutibile.

Non vale, al riguardo, ripetere – come da molti si fa, invero sempre più stancamente<sup>59</sup> – che sono qui in gioco la salvaguardia della dignità della persona umana, per un verso, e, per un altro verso,

---

CONTI, [CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti](#), in questa [Rivista](#), 2020/III, spec. 588 ss.; B. NASCIBENE - I. ANRÒ, *Primato del diritto dell’Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in [Giustizia Insieme](#), 31 marzo 2022; AA.VV., *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel sistema integrato di tutela*, a cura di C. Amalfitano, M. D’Amico e S. Leone, Giappichelli, Torino 2022, e ivi spec. G. SCACCIA, *Sindacato accentrato di costituzionalità e diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, 146 ss., nonché in AA.VV., *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee*, a cura di G. Lattanzi - G. Grasso - S. Lembo - M. Condinanzi - C. Amalfitano, Quad. 11 della Scuola Superiore della Magistratura, Roma 2022; se si vuole, possono poi vedersi anche i miei [Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie](#), in questa [Rivista](#), 2019/III, 707 ss., spec. 714 in nt. 30, e *Tecniche decisorie dei giudici e “forza normativa” della Carta di Nizza-Strasburgo*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 8 aprile 2020].

<sup>57</sup> In realtà, è la stessa Convenzione a ritagliare per sé un ruolo “sussidiario” e a non voler dunque prevalere sulla regolamentazione di diritto interno per il caso che quest’ultima offra ai diritti un accresciuto appagamento rispetto a quello che ad essi viene per via convenzionale (e, perciò, in buona sostanza, ad opera della giurisprudenza della Corte europea).

<sup>58</sup> Ho iniziato a fare utilizzo della prospettiva in parola sin dal mio primo, seppur acerbo, scritto di respiro monografico (*Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, spec. 240 ss.), dandovi quindi ulteriore forma e svolgimento in numerose altre riflessioni scientifiche [tra le quali, di recente, [Teoria delle fonti versus teoria dei diritti fondamentali? \(Oscillazioni e aporie di una ricostruzione ordinamentale internamente sfilacciata\)](#), in questa [Rivista](#), 2022/III, 1258 ss.].

<sup>59</sup> Riferimenti e indicazioni, tra gli altri, in D. NERI, *Eutanasia, scelte morali, dignità delle persone*, Laterza, Roma - Bari 1995; C. TRIPODINA, *Diritti alla fine della vita e Costituzione*, cit., 411 s., e, della stessa, *Quale morte per gli “immersi in una notte senza fine”? Sulla legittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio e sul “diritto a morire per mano d’altri”*, in [Biolaw Journal](#), 3/2018, 19 novembre 2018, 146 ss.; A. APOSTOLI, *Principi costituzionali e scelte di fine vita*, in [Biolaw Journal](#), 1/2021, 3 marzo 2021, spec. 242 ss.; A. RIDOLFI, *Il diritto di morire è un diritto costituzionalmente tutelato? (Considerazioni a partire dai casi Cappato-Antoniani e Trentini)*, cit., 63 ss., e, più di

del principio di eguaglianza che impone di mettere sullo stesso piano chi non è in condizioni di portare ad effetto il proprio proposito suicidario con chi invece lo è.

Il ragionamento va, infatti, incontro ad una triplice obiezione.

Innanzitutto, per il primo aspetto, si confonde con la dignità – un autentico “superprincipio” costituzionale<sup>60</sup>, dotato (anche e soprattutto) di valenza oggettiva<sup>61</sup> – la qualità della vita: quella, a differenza di questa (che – dico di passaggio – può essere apprezzata scientificamente e, dunque, oggettivamente<sup>62</sup>), non è smarrita – a me pare<sup>63</sup> – dalla persona che sia afflitta da grave sofferenza,

recente, O. CARAMASCHI, *Diritto alla vita e diritto all'autodeterminazione: un diverso bilanciamento è possibile?* cit., 747.

<sup>60</sup> In questi termini ne discorrono A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in AA.VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini, Giappichelli, Torino 1992, 221 ss., nonché in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss. Cfr. P. BECCHI, *Il principio della dignità umana. Breve excursus storico-filosofico*, in AA.VV., *Colloqui sulla dignità umana*, a cura di A. Argiroffi - P. Becchi - D. Anselmo, Aracne, Roma 2008, 23 ss.; F. POLITI, *La tutela della dignità dell'uomo quale principio fondamentale della Costituzione Repubblicana*, in *Studi in onore di F. Modugno*, III, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 2669 ss.; V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *Rivista AIC*, 2/2013, 7 giugno 2013, 1 ss.; G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2015, e A. APOSTOLI, *Dignità della persona: superiorem non recognoscens (almeno per il costituzionalista)*, in V. ONIDA, *Idee in cammino. Il dialogo con i costituzionalisti bresciani*, Cacucci, Bari 2019, 219 ss.

Secondo una nota, magistrale indicazione teorica [G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, al sito [web](#) dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 14 marzo 2008, e, dello stesso, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Rivista AIC*, 2/2014, 30 maggio 2014, nonché *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 27 ottobre 2018, spec. § 7], la dignità costituisce la “bilancia” su cui si dispongono i beni della vita costituzionalmente protetti ogni qual volta si faccia questione della loro reciproca ponderazione.

<sup>61</sup> ... e, comunque, non meramente soggettiva, riducendosi e confondendosi altrimenti con la libera ed incontrollata autodeterminazione del soggetto, così come peraltro non di rado si ha, anche da parte di accreditati studiosi di bioetica [riferimenti in D. NERI, *Sugli usi del concetto di dignità umana in bioetica e biodiritto*, in *Biolaw Journal*, 2/2017, 30 giugno 2017, 83 ss.; nel senso qui nuovamente caldeggiato, v., invece, F. VARI - F. PIERGENTILI, *Sull'introduzione dell'eutanasia nell'ordinamento italiano*, cit., 12 ss., e, G. RAZZANO, *Sulla sostenibilità della dignità come autodeterminazione*, cit., 95 ss.; cfr. i punti di vista di C. TRIPODINA, *Diritti alla fine della vita e Costituzione*, cit., 405 ss.; A. D'ALOIA, G. D'AMICO e G. REPETTO, nell'intervista resa a R. Conti su *Quale futuro per il fine vita dopo Corte cost. n. 207/2018*, in *Giustizia Insieme*, 22 maggio 2019; A. D'ANDREA, *Dignità sociale versus dignità individuale: la fine della vita non può essere solo un fatto personale*, in *Corti supreme e salute*, 1/2020, 293 ss.; R. MASONI, *Dignità e diritti del malato terminale. Limiti etici, medici e giuridici, da porre all'intervento invasivo della terapia*, Wolters Kluwer, Milano 2022; G. BRUNELLI, *La nozione di dignità e i limiti della formula decisoria nell'ord. n. 207/2018 relativa al “caso Cappato” (e alcune perplessità sulla sent. n. 242/2019)*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, I, cit., 565 ss., che insiste sulla pluralità delle declinazioni costituzionali della dignità]. Il punto di vista del soggetto, infatti, per rilevante che sia, deve poi pur sempre fare i conti con quello della Costituzione, verificandosi se alla luce di questa possa affermarsi (e, se sì, a quali condizioni ed entro quali limiti).

D'altronde, come si è ripetutamente segnalato altrove, il carattere oggettivo della dignità è avvalorato *per tabulas* dalla Carta che, facendone menzione all'art. 36, comma 1, non rimette di certo alla determinazione del solo lavoratore di fissare l'entità della propria retribuzione, sì da assicurare a sé stesso ed ai propri familiari una esistenza “libera e dignitosa”.

Il carattere suddetto è stato peraltro, ancora di recente, ribadito dalla pronuncia della Cassazione, Sez. Un. Civ., sopra già richiamata, assumendo che le pratiche di surrogazione di maternità offendono in ogni caso la dignità della donna gestante, pur laddove la stessa non versi in condizioni di bisogno e non faccia un uso commerciale del proprio corpo.

<sup>62</sup> A giudizio di A. PUGIOTTO, *Eutanasia referendaria. Dall'ammissibilità del quesito all'incostituzionalità dei suoi effetti: metodo e merito nella sent. n. 50/2022*, in *Rivista AIC*, 2/2022, 27 maggio 2022, 89, la misurazione della qualità della vita sarebbe, invece, rimessa “laicamente” al soggettivo apprezzamento della persona. Cosa c'entri la laicità in questa come in altre valutazioni riguardanti il fine-vita non mi è, tuttavia, dato di capire (ma, su ciò, rimando alle notazioni che sono in coda a questo studio). L'intera riflessione svolta nello scritto ora richiamato muove – come si vede – dall'assunto che l'autodeterminazione debba comunque essere salvaguardata e messa perciò in grado di potersi affermare, pur a discapito di contrarie indicazioni venute dalla scienza. Ciò che, però, come si tenta qui di mostrare, non può essere e non è. Convengo, poi, con P. a riguardo della critica di fondo mossa alla [sent. n. 50 del 2022](#), per ciò che attiene alla conversione del giudizio di ammissibilità in uno anticipato di costituzionalità avente ad oggetto la normativa di risulta, ma – come si sa – è cosa che la Corte, pur dichiarandosi nel senso della distinzione tra i due giudizi, nei fatti assai spesso mette in atto, di certo dunque non è tratto peculiare della vicenda referendaria in parola.

per la elementare ragione che fa tutt'uno con la *humanitas* della persona stessa e cessa solo col venir meno di questa<sup>64</sup>. In secondo luogo, si muove dall'assunto che si dia un diritto al suicidio<sup>65</sup>, sul quale appunto poggerrebbe il diritto all'eguaglianza, confondendosi però in tal modo ciò che dev'essere dimostrato con ciò che invece lo sarebbe già stato. In terzo luogo, parrebbe addirittura volersi realizzare un *livellamento al basso* delle condizioni in parola, assumendosi che anche chi può togliersi la vita con le proprie mani avrebbe il diritto costituzionale di farlo. Che ne è allora delle indicazioni date dalla giurisprudenza in *Cappato*?

Il vero è che si fa passare per *diritto*<sup>66</sup> ciò che è (e resta) un mero *fatto* – quello per cui appunto taluni soggetti si tolgono la vita –, dolorosissimo tanto per chi lo compie quanto per i suoi cari,

<sup>63</sup> Raguagli, volendo, nel mio [La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti \(profili problematici e ricostruttivi\)](#), in questa [Rivista](#), 2018/II, 392 ss.

<sup>64</sup> ... ed anzi dura, per taluni aspetti, anche oltre la vita, sol che si pensi alla pietà dovuta verso i resti mortali dei defunti, salvaguardati anche penalmente laddove siano vilipesi (art. 410 c.p.).

<sup>65</sup> Si è persino revocato in dubbio che il congedo dalla vita di persona afflitta da insopportabili sofferenze possa dirsi "suicidio" in senso proprio (V. MANES, *Aiuto a morire, dignità del malato, limiti dell'intervento penale*, in *Pol. dir.*, 1/2020, spec. 46 ss.); ma v. cosa se ne dice subito appresso.

<sup>66</sup> Così, *ex plurimis*, L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Giappichelli, Torino 2008, e, della stessa, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, in AA.VV., *Nuove tecnologie e diritti umani: profili di diritto internazionale e di diritto interno*, a cura di L. Panella, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, 285 ss., e *La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione "timida" fuga lo spettro delle chine scivolose*, in [La Legislazione Penale](#), 16 marzo 2020; C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano d'altri"*, cit., 139 ss.; G. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito*, in [Rivista AIC](#), 1/2019, 16 gennaio 2019, 262 ss.; F. RIMOLI, *Diritto di morire o dovere di vivere? La democrazia liberale e i limiti del pensiero giuridico*, in *Dir. pubbl.*, 2/2019, 483 ss.; P. FLORES D'ARCAIS, *Questione di vita o di morte*, Einaudi, Torino 2019; G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita: una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Utet, Torino 2020; V. FERRO, *Eutanasia: battersi per morire*, in [Cammino diritto](#), 29 novembre 2022. In senso avverso, v., part., G. RAZZANO, in più scritti, tra i quali *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all'inviolabilità della vita e chiama «terapia» l'aiuto al suicidio*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2020, 3 marzo 2020, 618 ss. Cfr., inoltre, con vario orientamento, G. DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in G. DE VERO - G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Giappichelli, Torino 2007, 37 ss.; D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [Corti supreme e salute](#), 3/2018, 489 ss.; M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in [Osservatorio costituzionale](#), 1/2020, 23 dicembre 2019, 1 ss.; T. PADOVANI, *Note in tema di suicidio ed aiuto al suicidio*, in AA.VV., *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo)*, a cura di G. De Francesco - A. Gargani - D. Notaro - A. Vallini, Giappichelli, Torino 2020, 140 ss.; M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male. Note a margine delle "procedure legittimanti l'aiuto a morire" imposte da Corte cost. n. 242/2019*, in [Sistema Penale](#), 10 febbraio 2020; pure *ivi*, dello stesso, *Il senso "ammissibile" del quesito referendario sull'aiuto a morire*, 30 novembre 2021, e *L'inammissibilità del referendum sul fine vita: una politica dei diritti per persone vulnerabili, ma non per quelle vulnerate*, in *Giur. cost.*, 2/2022, 1189 ss.; G. AZNAR, *La china scivolosa dell'eutanasia*, in [Medicina e Morale](#), 1/2021, 12 aprile 2021, 111 ss., e, ancora, i contributi al dibattito su *Il fine vita e il legislatore benpensante*, cit., part. *Il punto di vista dei costituzionalisti* S. AGOSTA, L. BUSATTA, C. CASONATO, G. D'AMICO e C. TRIPODINA, in [Giustizia Insieme](#), 2 aprile 2021, nonché, più di recente, R. BARTOLI, *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, cit.; F. LAZZERI, *Il pendio verso l'ammissibilità del referendum sull'eutanasia: alcune riflessioni sulla soglia minima di tutela penale della vita e una proposta per ritenere adeguata la disciplina di risulta*, in [Sistema Penale](#), 10 gennaio 2022, e, nella stessa [Rivista](#), M. ROMANO, *Eutanasia legale e referendum: le ragioni dell'inammissibilità*, 25 gennaio 2022; O. DI GIOVINE, *Brevi note sul referendum in tema di c.d. eutanasia legale*, 25 gennaio 2022; G. BALBI, *L'omicidio del consenziente. Alcune riflessioni sul quesito referendario*, 11 febbraio 2022; D. PULITANÒ, *Morte assistita, forza dei fatti e problemi della politica*, 7-8/2022, 7 luglio 2022, 47 ss.; T. VITARELLI, *Verso la legalizzazione dell'aiuto (medico) a morire? Considerazioni "multilivello"*, cit.; F. VIGANÒ, *Diritti fondamentali e diritto penale al congedo dalla vita: esperienze italiane e straniere a confronto*, cit., spec. 15 ss. e, con specifico riguardo alla giurisprudenza costituzionale, 22 ss., e M. LADU, *Il quesito referendario sull'eutanasia legale al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 109 ss., che nondimeno ne rimette il riconoscimento al discrezionale apprezzamento del legislatore, in linea, per questo verso, con una indicazione già da tempo affacciata [di recente, da A. RIDOLFI, *Il diritto di morire è un diritto costituzionalmente tutelato? (Considerazioni a partire dai casi Cappato-Antoniani e Trentini)*, cit., spec. 66 ss.]: un apprezzamento, però,

verosimilmente schiacciati da un senso di colpa pesante come un macigno per non averlo saputo o potuto impedire, e, a conti fatti, per l'intera società che ne esce comunque sconfitta ogni volta che una vita umana si perde. Un fatto che, dal punto di vista della Costituzione, è pur sempre espressivo di una contraddizione e di un disvalore: dell'una, dal momento che, ove fosse riconosciuto il diritto a morire, lo Stato e la società, a conti fatti, rinnegherebbero la loro stessa ragione d'essere<sup>67</sup>; dell'altro, se è vero – com'è vero – che valore è, in sé e per sé, la vita, non il suo contrario<sup>68</sup>; ed è singolare e francamente paradossale che s'invochi il principio di eguaglianza al fine di spianare la via alla realizzazione del disvalore suddetto.

Vi è un solo caso sicuro, al verificarsi del quale può dirsi che il fatto in parola diviene oggetto di un vero e proprio diritto: quello per cui si è in presenza di persone afflitte da sofferenze indicibili, non dalle sole persone stesse valutate<sup>69</sup> bensì oggettivamente acclamate unitamente al quadro patologico complessivo in cui queste ultime versano<sup>70</sup>, e ormai refrattarie ad ogni tentativo volto a

---

che può farsi valere sempre che del diritto in parola si rinvenga il fondamento in Costituzione; ciò che – come si viene dicendo – non sembra aversi [pertinenti rilievi al riguardo in L. EUSEBI, *Dignità umana e bioetica. In particolare, sui rischi correlati all'asserito "diritto" di morire*, in AA.VV., *Il rispetto della dignità umana*, a cura di A.A. Cançado Trindade - C. Barros Leal, Instituto interamericano de derechos humanos (IIDH), Fortaleza 2015, 173 ss., e, dello stesso, tra gli altri scritti, *Diritto a vivere, suicidio, eutanasia*, in [Corti supreme e salute](#), 2/2020, 501 ss.; per la insussistenza di un diritto a morire v., inoltre, I. NICOTRA GUERRERA, *"Vita" e sistema di valori nella Costituzione*, Giuffrè, Milano 1997, spec. 147 ss.; V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, cit., spec. 94 ss.; S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, FrancoAngeli, Milano 2018, 236 ss. V., infine, utilmente, AA.VV., *Eutanasia. Le ragioni del no. Il referendum, la legge, le sentenze*, cit.].

<sup>67</sup> Così, con cruda lucidità e sana avvertenza, G. ZAGREBELSKY, *Dignità e orrore*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, III, cit., 2647.

<sup>68</sup> Come mette giustamente in evidenza L. PALAZZANI, Intervento al forum su *A proposito della sentenza n. 50 del 2022*, cit., 66, la Consulta nella [sent. n. 50 del 2022](#) “non accetta la visione relativistica che pone una equivalenza neutrale tra la scelta di vivere e la scelta di morire, in quanto si riconosce che il diritto ha già una posizione al riguardo, a favore del vivere, riconosciuto come valore costituzionale in sé, rispetto al morire”. La stessa A., già in altra riflessione scientifica, aveva ragionato di un vero e proprio dovere di vivere [*Il suicidio assistito medicalizzato: riflessioni filosofico-giuridiche sulla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, in [Biolaw Journal](#), 2/2020, 2 luglio 2020, 287 ss.; v., da ultimo, *Tra autonomia e responsabilità. La filosofia del diritto e la legislazione sul "diritto a morire"*, in [Medicina e Morale](#), 4/2022, 22 dicembre 2022, 469 ss.; similmente, già i miei [La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti \(profili problematici e ricostruttivi\)](#), cit., 406 in nt. 69, e [Fraitendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda \(a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018\)](#), in questa [Rivista](#), 2019/1, 94 ss.; cfr., infine, i punti di vista manifestati da AA.VV., *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici*, cit., e, ivi, spec. S. AMATO, *Esiste un dovere di curarsi?* 3 ss., nonché L. D'ANDREA, *Il dovere di cura della salute ed il c.d. "Paradosso di Böckenförde"*, in AA.VV., *La doverosità dei diritti. Analisi di un ossimoro costituzionale*, cit., 59 ss.].

<sup>69</sup> Il rischio, infatti, al quale si va incontro a far leva esclusivamente sulla valutazione al riguardo compiuta dallo stesso soggetto è quello di assecondare il volere di persone psichicamente fragili e vulnerabili, vale a dire proprio di coloro che maggiormente hanno bisogno di cura e di cure, psicologiche prima ancora che di altro genere. Non a caso, d'altronde, l'omicidio del consenziente è equiparato all'omicidio *tout court*, in ordine alla pena, laddove riguardi persona di minore età, inferma di mente o affetta da deficienza psichica [in generale, sulla condizione dei soggetti vulnerabili, dopo gli studi di AA.VV., *Alle frontiere della vita. Eutanasia ed etica del morire*, a cura di M. Gensabella Furnari, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), I (2001) e II (2003), v., della stessa M. GENSABELLA FURNARI, *Vulnerabilità e cura. Bioetica ed esperienza del limite*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2008, e, ora, *Il paradosso della vulnerabilità*, in [Medicina e Morale](#), 4/2022, 9 dicembre 2022, 425 ss. e *Lineamenti di una bioetica della cura. Ripensando l'esperienza della pandemia*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2023, nonché, tra gli altri, V. LORUBBIO, *La tutela dei soggetti vulnerabili*, in [DPCE Online](#), 2020, 20 aprile 2020, 661 ss.; B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Giappichelli, Torino 2021; P.F. BRESCIANI, *Chi sono i "vulnerabili" che l'art. 579 c.p. deve proteggere?* in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., 45 ss.; B. MAGRO, *A proposito di tutela delle "altre" situazioni di vulnerabilità da tutelare: un raffronto tra Corti costituzionali*, in [Giustizia Insieme](#), 28 aprile 2022; P. SCARLATTI, *I diritti delle persone vulnerabili*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022; A. PUGIOTTO, *Eutanasia referendaria. Dall'ammissibilità del quesito all'incostituzionalità dei suoi effetti: metodo e merito nella sent. n. 50/2022*, cit., 89 ss.].

<sup>70</sup> Le procedure al riguardo prefigurate dalla normativa in cantiere, dietro richiamata, ritagliano, per vero, a beneficio dei medici compiti di estrema delicatezza e di non secondario rilievo. Al medico curante spetta, infatti, una volta ricevuta la richiesta del paziente di accesso alle procedure di morte assistita, di redigere un rapporto “dettagliato e documentato sulle condizioni cliniche e psicologiche” del paziente stesso; qualora, poi, dovesse ritenere che facciano

dare sollievo alle persone stesse ed a rendere, seppur momentaneamente, reversibile il processo patologico in corso. Insomma, è pacifico che l'accanimento terapeutico non è, in alcun caso o modo, tollerabile<sup>71</sup>. Nel momento in cui la scienza medica è obbligata a gettare la spugna, non resta dunque altro che accompagnare, con spirito di solidarietà e, anzi, di autentica fraternità<sup>72</sup>, il malato nel suo ultimo passo, mettendolo così al riparo di ulteriori, inutili (e, proprio per ciò, intollerabili) sofferenze. Solo al verificarsi di congiunture siffatte può, dunque, convenirsi con l'affermazione della Corte secondo cui non si ha un dovere di vivere "a tutti i costi"<sup>73</sup>. Ciò posto, una speciale attenzione va prestata – come si diceva – alle risultanze della scienza e al contesto in cui maturano talune scelte di cruciale rilievo per l'esistenza umana. Non è un caso, d'altronde, che la disponibilità della vita da parte di persone sanissime nel corpo e nella mente, ordinariamente vista – come si è veduto – quale un disvalore, può commutarsi nel suo opposto laddove si faccia della propria vita un dono per la vita altrui<sup>74</sup>. Gli esempi possono farsi in abbondanza, tratti sia dalla storia<sup>75</sup> che dalla cronaca<sup>76</sup> e rendono luminosa testimonianza di eroismo<sup>77</sup> o, dal punto di vista religioso, santità<sup>78</sup>.

---

difetto i presupposti e le condizioni per la loro prosecuzione, gli è dato il potere d'interrompere le procedure suddette. Un ruolo non da poco è, quindi, quello esercitato dal c.d. Comitato per la valutazione clinica, chiamato ad esprimere un parere sulla base del rapporto ricevuto dal medico stesso, verosimilmente non vincolante ma – com'è stato da più d'uno fatto notare (tra gli altri, N. VETTORI, *Amministrazione e Costituzione. A proposito dell'attuazione della sentenza della Corte costituzionale sull'aiuto al suicidio*, in *Dir. pubbl.*, 2/2022, 557) – difficilmente resterebbe disatteso. Nei riguardi del diniego di trasmissione della richiesta del paziente da parte del medico curante, come pure dell'eventuale parere negativo del Comitato, è riconosciuta al paziente stesso la facoltà di ricorso al giudice territorialmente competente, il quale al fine di potersi pronunziare *causa cognita* non potrà verosimilmente fare a meno di avvalersi del sussidio apprestato da altri sanitari ed esperti in genere (ma, sul punto, il dettato legislativo non dà alcuna esplicita indicazione). Il medico poi, al momento in cui si mette in atto la pratica di morte assistita, è pur sempre tenuto a verificare l'attualità del volere del paziente (tutti i riferimenti, compreso quello testuale sopra riportato, sono tratti da A.C. 87; in termini sostanzialmente non diversi, nondimeno, si esprimono anche i restanti progetti di legge surrichiamati).

<sup>71</sup> Sulla nozione in parola, riferimenti possono aversi da M. ARAGONA, *Accanimento terapeutico nelle fasi della malattia tumorale*, in AA.VV., *Alle frontiere della vita. Eutanasia ed etica del morire*, I, cit., 43 ss.; pure *ivi*, II, S. PALAZZO - A. PIATTELLO, *Domanda di eutanasia e accanimento terapeutico nel paziente oncologico*, 255 ss.; M. CALIPARI, *Curarsi e farsi curare: tra abbandono del paziente e accanimento terapeutico. Etica dell'uso dei mezzi terapeutici e di sostegno vitale*, Ediz. San Paolo, Cinisello Balsamo (MI) 2006; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano 2007, spec. 233 ss.; AA.VV., *Bioetica e cura. L'alleanza terapeutica oggi*, cit.; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, cit., 109 ss., e, della stessa, *Accanimento terapeutico o eutanasia per abbandono del paziente? Il caso Lambert e la Corte di Strasburgo*, in *Biolaw Journal*, 3/2015, 31 ottobre 2015, 169 ss.; L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, cit., 73 ss., e L. DEL CORONA, *La nozione di accanimento terapeutico alla luce del "caso Marasco" e i problemi ancora aperti*, in *Biolaw Journal*, 1/2021, 3 marzo 2021, spec. 274 ss.

<sup>72</sup> A riguardo della solidarietà, da ultimo e per tutti, S. GIUBBONI, *Solidarietà. Un itinerario di ricerca*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022; quanto alla fraternità, nella nostra dottrina, faccio qui richiamo solo del noto contributo di F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova, Roma 2012; lo stesso A. è quindi tornato a trattarne in più luoghi. Quanto, poi, all'amore per i lontani v., almeno, A. SPADARO in più studi, tra i quali *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2005, e *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo"): più sobrio, solidale e sostenibile*, in *Rivista AIC*, 4/2011, 6 dicembre 2011.

<sup>73</sup> Ancora *sent. n. 50*, cit., p. 5.3 del *cons. in dir.*

<sup>74</sup> V. quanto ne dice al riguardo G. RUSSO, *Suicidio*, in *Nuova enciclopedia di bioetica e sessuologia*, a cura dello stesso G. Russo, Elledici, Torino 2018, 2104.

<sup>75</sup> Si rammenti il nobile gesto di Salvo D'Acquisto, dichiaratosi colpevole della uccisione di un soldato tedesco durante la seconda grande guerra pur di salvare dieci innocenti come lui che sarebbero stati fucilati.

<sup>76</sup> Così, il pilota di aereo che, avendo perso il controllo di quest'ultimo e pur potendosi salvare facendosi espellere dalla carlinga, preferisce restare al proprio posto pur di evitare che l'aereo stesso precipiti in un centro abitato, dirottandolo in mare o in aperta campagna. O ancora chi si getta in mare per salvare una persona che sta per affogare a causa dei marosi, sacrificando però la propria vita. E via dicendo.

<sup>77</sup> D'altronde, è proprio ciò che fanno coloro, come gli Ucraini, che, con sprezzo del pericolo e pur trovandosi in condizioni oggettive di palese squilibrio di forze, difendono con le unghie e coi denti – eroicamente, appunto – la patria attaccata dal nemico.

Le notazioni da ultimo svolte sono assai istruttive a riguardo del rilievo assunto – come si diceva – dalla scienza per un verso, dal contesto per un altro, in ordine alla conclusione dell’esistenza umana. Solo, infatti, laddove non vi sia dubbio alcuno circa il carattere irreversibile di certe condizioni patologiche e, soprattutto, circa l’assoluta incapacità dei trattamenti sanitari a recare beneficio alcuno ai pazienti, è a mia opinione consentita (e, anzi, imposta) l’interruzione dei trattamenti stessi. Non ricorrendo queste condizioni, non può considerarsi tutelata la pretesa indirizzata al personale sanitario o a terzi in genere alla interruzione suddetta laddove alla stessa dovesse conseguire l’evento certo e pressoché immediato della morte della persona. Della c.d. “alleanza” medico-paziente non può, infatti, far parte – come si è tentato di mostrare – un’intesa volta alla determinazione della morte stessa al di fuori del quadro fattuale sopra rapidamente descritto.

*6. Di alcuni preorientati indirizzi volti ad assicurare la primauté ora all’autodeterminazione ed ora alla vita, senza tuttavia tener conto della mancanza di indicazioni esplicite in Costituzione nell’uno o nell’altro senso, e del bisogno di demandare la soluzione delle spinose questioni relative al fine-vita alla congiunta e fattiva collaborazione di medici e pazienti, non già solo agli uni ovvero agli altri*

È giunto, dunque, il momento di riannodare i fili dell’analisi sommariamente compiuta, fermando ulteriormente l’attenzione sui passaggi di maggior rilievo del percorso argomentativo compiuto.

Tre, a mio modo di vedere, i punti che maggiormente conviene mettere in evidenza.

Il primo rimanda ad un’avvertenza il cui senso complessivo solo ora, in chiusura della riflessione svolta, può essere compiutamente apprezzato, non già – come, invece, si è soliti fare – ad inizio di trattazione.

Un nemico si nasconde dietro l’angolo e può uscire in ogni momento allo scoperto, tendendo una micidiale insidia a quanti si dedicano allo studio di un problema di diritto dal punto di vista della Costituzione; ed è quello di fare di quest’ultima – come più volte mi è venuto di dire – un uso congiunturale, piegandola a personali convenienze: *servendosene*, cioè, strumentalmente in vista dell’affermazione di un preorientamento ideologico (in senso lato), anziché *servirla* a salvaguardia dei beni della vita dalla stessa riconosciuti meritevoli di tutela.

Sono del tutto consapevole del fatto che, quando si affrontano questioni di cruciale rilievo per l’esistenza umana, non poco complesse ed impegnative per la mente come pure per la coscienza, a ciascuno studioso od operatore non è affatto agevole tenere costantemente separati i propri desideri e convincimenti dai dati normativi disponibili, soppesare cioè questi ultimi nella loro oggettiva consistenza e stabilire cosa in essi si dice e cosa non si dice in relazione alla singola questione presa in esame.

Ugualmente viziate nel metodo appaiono, dunque, essere – a me pare – le ricostruzioni di coloro che, con una certa sicumera pure per vero abilmente non ostentata, si dichiarano dell’avviso che la Carta costituzionale dia chiare ed inequivoche indicazioni a sostegno della tesi nella quale si riconoscono: per ciò che qui importa, ora nel segno dell’incondizionata *primauté* dell’autodeterminazione, la cui vocazione alla tirannica affermazione non potrebbe essere – si dice – in alcun caso o modo ostacolata<sup>79</sup>, ed ora, all’opposto, in quello della parimenti tirannica

---

<sup>78</sup> Penso, ad es., a Gianna Beretta Molla, una pediatra colpita da tumore all’utero che preferì andare scientemente incontro alla morte pur di non sottoporsi a cure che avrebbero potuto nuocere gravemente al feto che portava in grembo.

<sup>79</sup> Indice eloquente di quest’orientamento, espressivo di un *animus* volto a dare esclusivo rilievo alla volontà del soggetto, è l’idea che la stessa dignità sarebbe nella piena disponibilità di quest’ultimo che potrebbe intenderla e farla valere come crede, laddove di contro – come si è tentato di mostrare altrove e qui pure si è ribadito – della stessa può (e deve) darsi un’accezione *anche* oggettiva, appunto quella risultante dalle indicazioni della Carta da cui risulta avvalorato il legame intimo ed indissolubile che lega la nozione in parola alla *humanitas* della persona *ut sic*.

affermazione della vita, fino al suo *exitus* naturale, viepiù prolungato ed accompagnato nel tempo presente dalle formidabili risorse messe a disposizione dalla scienza e dalla tecnologia.

È, poi, singolare il fatto che entrambi gli indirizzi in parola si rivolgono a vicenda la critica di patrocinare tesi preorientate, muovendo peraltro da assunti poco comprensibili. Così, ad es., non si capisce (quanto meno, non riesce a me di capire) perché mai la soluzione favorevole alla netta e pressoché incondizionata affermazione dell'autodeterminazione sarebbe espressiva di una posizione "laica", della qual cosa i suoi sostenitori si fanno vanto, nel mentre la opposta soluzione volta a dare la precedenza alla vita "senza se e senza ma"<sup>80</sup> sarebbe, a dire dei suoi detrattori, *quodammodo* ispirata da convinzioni religiose. Come accennavo poc'anzi e tengo qui nuovamente a ribadire, non vedo cosa abbia a che fare con la religione questo o quell'orientamento in tema di fine-vita<sup>81</sup>.

Nessuno, ad ogni buon conto, dubita – come si diceva – del fatto che la soluzione caldeggiata sia dotata di solido fondamento in Costituzione, malgrado la oggettiva carenza, dietro rilevata, di esplicite e chiare indicazioni a suo sostegno.

Il vero è che, in relazione al tema oggi trattato così come a molti altri, al fondo di siffatti (pre)orientamenti v'è un'idea mitica o sacrale di Costituzione, perfetta in sé e per sé e, dunque, priva di menda alcuna, onnipotente al pari del potere costituente da cui è generata<sup>82</sup>, in grado cioè – come si è in altri luoghi rilevato – di dire *tutto su tutto* e di dirlo sempre *nel modo migliore*. Un'idea, però, a tacer d'altro, smentita dalla stessa Carta che, prevedendo le procedure per il proprio aggiornamento, testimonia *per tabulas* di poter contenere lacune e difetti in genere, anche gravi, resi evidenti dall'impatto degli enunciati con l'esperienza, e di dover, pertanto, essere sottoposta a revisione (a mia opinione, laddove necessario, persino nei suoi stessi principi fondamentali<sup>83</sup>).

Si viene così naturalmente a toccare il secondo punto.

Lo studio che sta ora per concludersi muove proprio dalla constatazione che le vicende d'inizio e – per ciò che è qui di specifico interesse – fine-vita appartengano all'area del "non normato" costituzionale<sup>84</sup>, a motivo del difetto di previsioni che specificamente le riguardino. Certo, v'è la risorsa costituita dai principi fondamentali, suscettibili, a motivo della loro formidabile capacità di pervasione, di essere pur sempre richiamati a sostegno di questa o quella ricostruzione teorica. E, tuttavia, da un canto, è opportuno non perdere mai di vista la salutare avvertenza a guardarsi dal rischio, costantemente incombente, di manipolazioni sostanziali della struttura degli enunciati, particolarmente accentuato in relazione proprio a quelli espressivi di principi a motivo della loro vistosa apertura semantica; dall'altro, non è poi – com'è chiaro – la stessa cosa che, *in aggiunta e a*

---

<sup>80</sup> ... per riprendere una efficace espressione di T. PADOVANI, *Note in tema di suicidio ed aiuto al suicidio*, cit., cui ha fatto di recente richiamo anche T. VITARELLI, *Verso la legalizzazione dell'aiuto (medico) a morire? Considerazioni "multilivello"*, cit., 2 in nt. 2.

<sup>81</sup> Sull'idea di laicità, nella ormai sterminata lett., da ultimo, J. PASQUALI CERIOLO, *Laicità*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 2/2023, 23 gennaio 2023, 83 ss.

<sup>82</sup> Un'accreditata dottrina ha, nondimeno, da tempo segnalato che il potere in parola va incontro a limiti dalla varia natura e consistenza, spingendosi fino al punto di affermarne il carattere "esaurito" (ragguagli in M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Editori Riuniti, Roma 1991, 8 s. e *passim*, e, dello stesso, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., spec. 136 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale*, in AA.VV., *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?* a cura di E. Rippepe e R. Romboli, Giappichelli, Torino 1995, 29; M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1/1995, 7 ss.). Tesi, questa, per vero, meritevole della massima considerazione proprio nel tempo presente segnato da vincoli formidabili provenienti *ab extra*, specie dai mercati internazionali e da organizzazioni sovranazionali, idonei a condizionare in cospicua misura gli svolgimenti politico-istituzionali di diritto interno. Ciò nondimeno, l'esperienza offre numerose e significative testimonianze a riguardo dell'attitudine dei fatti costituenti ad affermarsi ugualmente, specie nei contesti nazionali che esibiscono un terreno disponibile al loro radicamento, laddove cioè si sia in presenza di democrazie particolarmente fragili.

<sup>83</sup> ... sia pure a talune condizioni ed entro taluni limiti, dei quali si tratta nel mio [I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva](#), in questa *Rivista*, 2022/II, 473 ss., dal quale dunque, volendo, possono aversi maggiori ragguagli.

<sup>84</sup> ... i cui contorni sono descritti nel mio *Il "non normato" costituzionale e le sue specie*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 3/2022, 10 ottobre 2022, 37 ss.

*specificazione-attuazione dei principi stessi*, si diano in seno alla Carta (e, a seguire, in altre fonti ad essa funzionalmente connesse) indicazioni esplicite relative alla vicende suddette, in relazione al nostro tema tuttavia – come si è venuti dicendo – oggettivamente mancanti.

Di qui, come si è veduto, la sollecitazione a porre mano ad un'accorta e misurata disciplina *per essentialia* degli oggetti sopra indicati. Una disciplina che – come si è tentato di mostrare –, pur dando il giusto e doveroso rilievo all'autodeterminazione, ne indichi con chiarezza condizioni e limiti di esercizio, in linea con l'indicazione di fondo risultante dal quadro costituzionale che assegna centralità di posto alla vita, senza la quale la stessa autodeterminazione resterebbe cosa priva di senso, per la elementare ragione che nulla è pensabile al di fuori della vita ma solo nel perdurare di essa.

Valori fondamentali, a partire da quello “supercostituzionale” di dignità, e diritti e doveri parimenti fondamentali, riconosciuti al servizio della persona umana, hanno dunque senso unicamente se c'è la vita: l'autentica stella polare che orienta la teoria costituzionale nella risoluzione delle più spinose questioni riguardanti l'esistenza umana. Scindere l'autodeterminazione dalla vita o – peggio – dar modo alla prima di rivoltarsi contro la seconda sarebbe, come si è veduto, impensabile, un'autentica, insanabile contraddizione, esistenziale prima ancora che teorico-ricostruttiva.

Il terzo e ultimo punto riguarda il rilievo che è da assegnare a tecnici ed esperti in genere con riguardo alle questioni che risultano, a un tempo, eticamente, giuridicamente e scientificamente sensibili.

Non v'è praticamente scritto relativo alle vicende d'inizio e, soprattutto, fine- vita in cui non si evidenzia, in modo ora più ed ora meno marcato, il bisogno di preservare la “cooperazione” tra gli esperti e le persone direttamente coinvolte nel corso delle vicende stesse. Non a caso, dunque, si discorre di “alleanza terapeutica” *et similia*. Si danno, tuttavia, non poche, sostanziali differenze tra gli studiosi e gli stessi esperti in ordine ai modi concreti con cui dovrebbe presentarsi l'“alleanza” in parola.

Qui è il *punctum crucis* della questione ora nuovamente indagata: ad esso fa, infatti, capo ogni altra questione cui si è sopra fatto richiamo.

Confesso di sentirmi ancora insicuro a riguardo di molte di esse. Quale che sia la “misura” del rilievo che si reputi giusto riconoscere ai medici in ordine agli svolgimenti delle vicende suddette, a me pare che esso non possa comunque sviliarsi a quello di mera esecuzione del volere dei pazienti, quanto meno laddove gli stessi pretendano la messa in atto di pratiche sanitarie ripugnanti rispetto allo statuto deontologico degli operatori del settore, oltre che – naturalmente – nei riguardi di discipline aventi carattere penale e di canoni giuridici in genere.

La normativa in cantiere riguardante le esperienze di fine-vita – come si faceva poc'anzi notare –, nel complesso (e senza nondimeno far passare sotto silenzio talune carenze dalla stessa esibite, ad alcune delle quali si è dietro accennato), appare volta ad assegnare alla scienza medica un ruolo comunque non secondario. E, invero, va apprezzato lo sforzo prodotto nell'intento di dare adeguata rappresentazione del *mix* degli elementi in campo: dell'autodeterminazione e delle indicazioni venute dagli esperti, alla luce dello stadio di avanzamento delle conoscenze scientifiche e delle prestazioni offerte dalla strumentazione tecnologica.

Certo, si può (e, a mia opinione, si deve) fare di più e di meglio, soprattutto – qui è il punto che, ancora una volta, mi preme rimarcare in chiusura – va ancora di più rimarcato il bisogno di dare alla vita la speranza di potersi far valere fino ai suoi confini ultimi segnati dalla scienza, risparmiando – come si è veduto – a persone in stato di acclarata sofferenza intollerabili trattamenti sanitari unicamente laddove risulti ormai acclarata l'inidoneità di questi ultimi a sortire alcun benefico effetto.



**Francesco Giulio Cuttaia**

**Chiariti ulteriormente gli ambiti dell'autodichia parlamentare  
(osservazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale [n. 237 del 2022](#))\***

**ABSTRACT:** *On the basis of what was ruled by the Constitutional Court in sentence no. 237/2022, the foundation of parliamentary domestic jurisdiction was further specified, which is the basis not only of the major regulations of the Chambers, but also of the minor ones, without the possibility, therefore, that the latter can be the subject of an interlocutory judgment of constitutional legitimacy in an incidental way.*

*At the same time, thanks also to the recent rulings of the Supreme Court of Cassation and the Council of State, inspired by the rulings of the Constitutional Court no. 120/2014 and 262/2017, the scope of parliamentary domestic jurisdiction is limited only to issues involving subjects linked to the administrative bodies of the Chamber and Senate by an employment relationship or at least of service, with the exclusion of third parties bound by a contract or similar negotiating instruments.*

SOMMARIO: 1. La riaffermazione della potestà di autodichia del Parlamento anche con riferimento alla giurisdizione in materia di vitalizi degli *ex* parlamentari. – 2. Le più recenti pronunce della Corte costituzionale in tema di autodichia. – 3. La definizione del perimetro dell'autodichia parlamentare attraverso gli interventi della Corte di Cassazione successivi alle sentenze della Corte costituzionale nn. [120/2014](#) e [262/2017](#). – 3.1. L'esclusione dalla giustizia domestica per i terzi non dipendenti. – 3.2. La riconducibilità all'autodichia parlamentare delle questioni riguardanti le condizioni di attribuzione e la misura degli assegni vitalizi per gli *ex* parlamentari. – 4. Il problema della sindacabilità sul piano della legittimità costituzionale dei c.d. regolamenti minori e delle delibere interne di Camera e Senato. – 5. Osservazioni conclusive.

*1. La riaffermazione della potestà di autodichia del Parlamento anche con riferimento alla giurisdizione in materia di vitalizi degli ex parlamentari*

Alle sentenze della [Corte costituzionale nn. 120/2014](#) e [262/2017](#) era stato riconosciuto il merito di avere ribadito in modo conclusivo il fondamento costituzionale dell'autodichia, individuandone i limiti ed escludendo la scrutinabilità dei regolamenti parlamentari che la disciplinano in sede di giudizio incidentale di legittimità costituzionale, rimanendo salva la sola ipotesi della proponibilità del conflitto di attribuzione fra i poteri.

Recentemente, tuttavia, la Corte costituzionale ha avuto modo di ritornare sul tema, rafforzando gli assunti formulati in precedenza e puntualizzando alcuni profili che riaffermano l'intangibilità della c.d. giustizia domestica<sup>1</sup>.

L'occasione è stata offerta dal giudizio di legittimità costituzionale promosso dal Consiglio di garanzia del Senato (nella ritenuta veste di giudice *a quo*)<sup>2</sup> nei confronti sia dell'art. 26, comma 1, lett. b), recante *Soppressione di regimi fiscali particolari*, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, *Misure di razionalizzazione della finanza pubblica*, sia dell'art. 1, comma 1, della [delibera del Consiglio di Presidenza del Senato](#) del 16 ottobre 2018, n. 6, concernente la *Rideterminazione della misura degli assegni vitalizi e delle quote di assegno vitalizio dei trattamenti previdenziali pro rata, nonché dei trattamenti di reversibilità per gli ex senatori, relativi agli anni di mandato svolti fino al 31 dicembre 2011*, per contrasto con gli artt. 2, 3, 23, 36, 38, 53, 67, 69 e 117, comma 1, della Costituzione<sup>3</sup>.



<sup>1</sup> Si tratta della [sentenza 30 novembre 2022, n. 237](#).

<sup>2</sup> Si tratta dell'ordinanza n. 23 del 12 gennaio 2022, in *G.U.* 16 marzo 2023, n. 11, 1a serie spec..

<sup>3</sup> Nello specifico, il Consiglio di garanzia del Senato era stato investito della decisione sul ricorso n. 288, presentato dall'amministrazione del Senato l'8 ottobre 2020, con cui veniva chiesto l'annullamento e la riforma, previa sospensione cautelare, della decisione n. 660 adottata il 30 settembre 2020 dalla Commissione contenziosa, con cui quest'ultima aveva parzialmente accolto i ricorsi proposti avverso la citata [delibera del Consiglio di Presidenza del Senato n. 6/2018](#), nella parte in cui, all'art. 1, prevedeva che, a decorrere dal 1° gennaio 2019, i trattamenti economici

Più nel dettaglio, la questione ha riguardato il ridetto art. 26, comma 1, lett. b), nella parte in cui, nel sopprimere qualsiasi regime fiscale particolare per gli assegni vitalizi (oggi pensioni) degli *ex* parlamentari, non prevede che queste prestazioni vadano disciplinate nel rispetto dei principi generali in materia previdenziale<sup>4</sup>. Ma evidentemente ciò che maggiormente premeva all'organo rimettente era la seconda questione: infatti, secondo il Consiglio di garanzia del Senato, il principio in virtù del quale le norme contenute nei regolamenti parlamentari maggiori sono sottratte al sindacato di legittimità costituzionale non dovrebbe valere per le deliberazioni adottate dall'organo di autodichia assunte nell'ambito della potestà normativa considerata minore, come tale da ritenere estranea all'area di assoluta indipendenza spettante alle Camere<sup>5</sup>. In particolare, tale potestà normativa non potrebbe essere considerata assoluta e totalmente libera nei fini, dovendo piuttosto svolgersi nel rispetto della Costituzione, delle regole dell'ordinamento giuridico generale, nonché del diritto sovranazionale, rimettendosi, per questa via, in dubbio la sussistenza dell'autodichia almeno sotto uno specifico profilo.

In modo non inatteso, la Corte si è pronunciata riaffermando l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale che riguardino le espressioni dell'autonomia normativa delle Camere, le quali si concretizzano nell'emanazione di regolamenti maggiori, di regolamenti minori, che nei primi «rinviengono il proprio fondamento e la propria fonte di legittimazione»<sup>6</sup>.

## 2. Le più recenti pronunce della Corte costituzionale in tema di autodichia

Prima, però, di accingerci all'esame di questa sua ulteriore statuizione, non sembra inopportuno ripercorrere le fasi in cui il Giudice delle leggi ha avuto modo di pronunciarsi in tema di autodichia.

Come noto, il principio di autodichia si traduce in generale nella possibilità per gli organi costituzionali di decidere, attraverso propri apparati interni, le controversie concernenti l'applicazione della disciplina che gli stessi organi costituzionali si sono dati nelle materie di loro pertinenza. Sulla base di come si è venuta ad articolare la giurisprudenza costituzionale, l'autodichia parlamentare<sup>7</sup> rappresenta, segnatamente, la potestà attribuita a ciascuna Camera di

---

dei senatori cessati dal mandato, sia diretti, sia di reversibilità, fossero rideterminati applicando il metodo contributivo e che tale sistema (da attuarsi mediante la moltiplicazione del montante contributivo individuale per un coefficiente di trasformazione correlato all'età anagrafica del senatore e alla data della decorrenza dell'assegno vitalizio o del trattamento previdenziale *pro rata*) dovesse valere, oltre che per gli assegni in corso di erogazione, anche per quelli di futura erogazione maturati sulla base della normativa vigente al 31 dicembre 2011 e relativi agli anni di mandato svolti fino a tale data.

<sup>4</sup> La Corte costituzionale, nella citata pronuncia, ha osservato che non sono risultate «adeguatamente esplicitate le ragioni della rilevanza della censurata disposizione ai fini della decisione della controversia all'esame del rimettente» ([Corte cost., n. 237/2022](#), cons. in dir. §5.1.), in quanto il Consiglio di garanzia del Senato si sarebbe limitato «alla tautologica affermazione secondo la quale l'omessa previsione, nella disposizione in scrutinio, della soggezione della disciplina dei vitalizi ai principi generali dell'ordinamento previdenziale assumerebbe rilevanza ai fini dell'esame di un punto controverso e fondamentale del giudizio», senza però chiarire le ragioni per le quali l'omissione riscontrata nella legge 724/1994 avrebbe costituito un ostacolo alla decisione della controversia (*ibidem*, cons. in dir. §5.1.1.). Da qui la pronuncia di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 26, comma 1, lett. b), l. 724/1994.

<sup>5</sup> Infatti, il Consiglio di garanzia del Senato, oltre a dichiarare rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 26, comma 1, lett. b) l. 724/1994, in rapporto agli artt. 2, 3, 23, 36, 38, 53, 67, 69 e 117, comma 1, Cost., aveva altresì ritenuto non manifestamente infondata la questione della legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1 della [delibera del Consiglio di Presidenza del Senato n. 6/2018](#) «laddove qualificata come *regolamento minore* avente forza di legge, nella parte in cui viola i principi di proporzionalità e ragionevolezza nella determinazione retroattiva dei vitalizi», con riferimento ai succitati articoli della Costituzione.

<sup>6</sup> [Corte cost., n. 237/2022](#), cons. in dir. §5.2.1. (su cui v. *infra*).

<sup>7</sup> Sull'autodichia parlamentare la bibliografia è molto vasta. Tra i diversi contributi, v. L. CASTELLI, *L'autodichia degli organi costituzionali. Assetti, revisioni e valutazioni*, Giappichelli, Torino, 2019; L. BRUNETTI, *L'autodichia delle Camere*, Vita e Pensiero, Milano, 2018; L. DIACO, *L'autodichia delle Camere parlamentari*, Aracne, Roma, 2018; A. LO CALZO, *L'autodichia degli organi costituzionali. Il difficile percorso della sovranità istituzionale alla garanzia della funzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; A. LOSACCO, *Autodichia degli organi costituzionali. Fondamento e*

decidere sulle controversie concernenti lo stato giuridico ed economico del rispettivo personale dipendente<sup>8</sup>.

Tale potestà, non riconosciuta formalmente dalla Costituzione, ma fondata su una consuetudine costituzionale<sup>9</sup>, trova espressa previsione nell'art. 12 reg. Cam., laddove è disposto, al terzo comma, lett. f), che Ufficio di Presidenza della Camera «adotta i regolamenti e le altre norme concernenti i ricorsi che rientrano nella materia dello stato giuridico, del trattamento economico e di quiescenza e la disciplina dei dipendenti della Camera, ivi compresi i doveri relativi al segreto d'ufficio». La potestà di autodichia, per effetto del medesimo articolo, si estende anche «ai ricorsi e qualsiasi impugnativa, anche presentata da soggetti estranei alla Camera, avverso gli altri atti di amministrazione della Camera medesima».

L'art. 12, comma 1, reg. Sen. Stabilisce, dal canto suo, che il Consiglio di Presidenza del Senato adotta i provvedimenti relativi al personale nei casi previsti, facendo implicitamente riferimento ai regolamenti interni.

---

*prassi*, Jovene, Napoli, 2018; S. GATTAMELATA, *Autodichia: il giudice domestico è compatibile con la Costituzione repubblicana?*, in [Amministrativ@mente](#), 1/2014, 13 ss.; G. MALINCONICO, *L'autodichia delle Camere dopo la sentenza n. 120/2014 della Consulta*, in [federalismi.it](#) - Focus Human Rights, n. 2/2014, 13; ID, *Ancora sull'autodichia delle Camere e sul sindacato di legittimità dei regolamenti parlamentari*, in [federalismi.it](#), 12/2013; V. COZZOLI, *La rinnovata validità dell'autodichia della Camera dei Deputati come strumento di autonomia dell'istituzione parlamentare*, in *Le autonomie in cammino, Scritti in onore di G.C. De Martin*, Cedam, Padova, 2012, 315 ss.; F. G. SCOCA, *Autodichia e Stato di Diritto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 25 ss.; T. F. GIUPPONI, *Autonomia e indipendenza delle Camere e dei Consigli regionali davanti alla Corte*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, a cura di A. Pace, Giuffrè, Milano, 2010, 372 ss.; E. ALBANESI, *Le implicazioni della giurisprudenza della Cassazione sull'autodichia delle Camere; dal "giusto processo" al "giusto procedimento" parlamentare*, in *Rassegna parlamentare*, 2008, 175 ss.; F. SORRENTINO, *L'autodichia degli organi parlamentari*, in *Giur. Mer.* 2008, 544 ss.; D. PICCIONE, *Dell'estensione parossistica dell'autodichia delle Camere: critica ad un regolamento di giurisdizione costituzionalmente imprudente*, in *Giur. Cost.*, 2008, 2659 ss.; A. D'ANDREA, *Autonomia costituzionale delle Camere e principio di legalità*, Giuffrè Milano, 2004; E. LEHNER, *Regolamento per la tutela giurisdizionale relativa agli atti di amministrazione della Camera dei Deputati non concernenti i dipendenti*, in *Giur. Cost.*, 2002, 471 ss.; C. CHIOLA, *Note critiche sull'autodichia delle Camere*, in *Giur. Cost.*, 2000, 3492 ss.; M. MIDIRI, *Autonomia costituzionale delle Camere e potere giudiziario*, Cedam, Padova, 1999; G. MINUTOLI, *Il rapporto di impiego con gli organi costituzionali tra autonomia dell'organo e tutela del dipendente*, in *Foro amm.* 1995, 781 ss.; A. PLACANICA, *Autodichia delle assemblee parlamentari*, in *Boll. inf. Cost. Parl.*, 1994, 189 ss.; P. DI MUCCIO, *L'autodichia parlamentare sugli impiegati delle Camere*, Cedam, Padova, 1990.

<sup>8</sup> Intesa in un'accezione più ampia, viene fatta ricomprendere in essa, da alcuni Autori, anche la potestà riconosciuta a ciascuna Camera di giudicare i titoli di ammissione dei propri componenti (in tal senso, cfr. P. PISICCHIO, *Aspetti dell'autodichia parlamentare: le incompatibilità e le ineleggibilità*, Cacucci, Bari, 2010). Tuttavia va rimarcato che tale specifica potestà è espressamente prevista dall'articolo 66 della Costituzione, per cui nel medesimo termine verrebbero ricomprese due situazioni tra loro differenti: la prima, rientrante in quella che D. PICCIONE definisce espressione della c.d. *giustizia politica* (op. cit., 2695 ss.), la quale ha pieno e incontestabile fondamento costituzionale; la seconda, relativa alla potestà di dirimere le controversie insorte con il proprio personale dipendente o, in alcune ipotesi, anche con i terzi, che non ha un fondamento costituzionale diretto (più di recente, cfr. S. GALDIERI, *Autodichia del Parlamento: giustizia domestica e verifica dei poteri*, in [Cammino Diritto](#), 6/2019). Circa il significato polisenso attribuibile al termine autodichia, cfr., altresì, N. OCCHIOCUPO, voce *Autodichia*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, 1, il quale assimila il concetto di autodichia a quello di autocrinia; quest'ultimo termine ha un contenuto sostanziale e non processuale e sta a significare la presunta potestà degli organi che ne sono dotati di emanare norme e atti amministrativi in grado di inibire l'applicazione delle disposizioni dell'ordinamento generale in materie quali, il rapporto di lavoro con i dipendenti ed i contratti con i terzi (al riguardo, più di recente, nel senso di una «connessione biunivoca» autocrinia-autodichia, cfr. A. LO CALZO, *Aggiornamenti in tema di autodichia: dal binomio autonomia normativa-autodichia alla Corte di Cassazione come giudice dei limiti della giurisdizione domestica*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2020, 142 ss.).

<sup>9</sup> L'autodichia costituisce «manifestazione tradizionale» della sfera di autonomia riconosciuta agli organi costituzionali ([Corte cost. 13 dicembre 2017, n. 262](#), cons. in dir. §7.1). In particolare, è stato rimarcato in dottrina che «gli organi costituzionali possono avere attribuzioni direttamente implicate dalla relativa autonomia costituzionale, che non sono positivizzate nella Carta o in leggi costituzionali, ma in consuetudini costituzionali espressamente riconosciute dalla Corte, quali quelle in materia di autonomia contabile, immunità delle sedi degli organi costituzionali ed autodichia» (R. DICKMANN, *La competenza dei regolamenti delle Camere come fonti di diritto. Questioni controverse e profili problematici*, in [federalismi.it](#), 19/09/2018, 25).

Le disposizioni in esame vengono intese come espressione del principio di autonomia delle due Camere, ancorché non attinenti specificamente allo svolgimento di attività parlamentare. Quindi, l'autodichia verrebbe a collocarsi accanto alle espressioni tipiche dell'autonomia parlamentare finalizzate a preservare l'organo titolare della potestà legislativa (e depositario della sovranità popolare) dalle interferenze degli altri poteri, in particolare del potere esecutivo<sup>10</sup>.

Da tempo è stata, peraltro, asserita in dottrina l'incoerenza delle norme attributive della potestà di autodichia alle Camere con i principi costituzionali che delineano in modo univoco e tassativo il sistema di garanzie giurisdizionali a tutela dei diritti e degli interessi legittimi delle persone.

Di simili perplessità si è resa interprete in passato la Corte di cassazione, che, a Sezioni Unite, nel 1977 e nel 1981, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale delle norme attributive alle Camere della autodichia, sotto i seguenti profili<sup>11</sup>:

- la riconducibilità dei regolamenti parlamentari alla categoria delle leggi e degli atti aventi forza di legge *ex art.* 134 Cost. e quindi la loro assoggettabilità al sindacato di legittimità della Corte costituzionale;

- la lesione degli artt. 24 e 113 Cost. che assicurano a tutti la tutela giurisdizionale dei propri diritti e interessi legittimi con riferimento agli atti di esercizio di qualsiasi pubblico potere;

- il contrasto con l'art. 101 Cost. (affidamento dell'amministrazione della giustizia ai giudici);

- la non qualificazione dell'autodichia come strumento di attuazione del valore costituzionale dell'indipendenza delle Camere.

La Corte costituzionale, con la [sentenza 23 maggio 1985, n. 154](#), nell'interpretare rigorosamente l'art. 134 Cost., aveva escluso di poter sindacare i regolamenti parlamentari, in quanto «la riserva costituzionale di competenza regolamentare rientra fra le garanzie disposte dalla Costituzione per assicurare l'indipendenza dell'organo sovrano da ogni potere»<sup>12</sup>. Contestualmente, però, la Corte aveva convenuto con la Cassazione nel ritenere che «indipendenza ed imparzialità dell'organo che decide, garanzia di difesa, tempo ragionevole, in quanto coesenziali al concetto stesso di una effettiva tutela, sono indefettibili nella definizione di qualsiasi controversia»<sup>13</sup>.

La pronuncia della Corte aveva indotto, quindi, le Camere a dotarsi di procedimenti con caratteristiche paragiurisdizionali<sup>14</sup> fino a che il tema dell'autodichia del Parlamento italiano non è stato portato, nel 2005, all'attenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo, assumendosene l'incompatibilità con l'art. 6, §1 CEDU (laddove è stabilito che «ogni persona ha diritto ad una equa

---

<sup>10</sup> Tra le espressioni tipiche dell'autonomia parlamentare formalmente riconosciute dalla Costituzione, si annoverano la potestà di convalida dei titoli di ammissione dei membri di Camera e Senato; l'autonomia regolamentare; l'insindacabilità delle opinioni espresse e dei voti dati dai parlamentari nell'esercizio delle loro funzioni; le immunità penali dei componenti le Camere.

<sup>11</sup> Si tratta dell'ordinanza 11 luglio 1977 n. 356 (su cui cfr. A. M. SANDULLI, *Spunti problematici in tema di autonomia degli organi costituzionali e di giustizia domestica nei confronti del loro personale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1977, 1833 ss.) e delle ordinanze 23 marzo 1981 nn. 135 e 136 (su cui cfr. R. MORETTI in *Foro it.*, 1/1981, 971 ss.).

<sup>12</sup> [Corte cost. n. 154/1985](#), cons. in dir. § 5.1.

<sup>13</sup> [Corte cost. n. 154/1985](#), cons in dir. § 4.4.

<sup>14</sup> Le Camere procedevano, rispettivamente, ad adottare il regolamento interno degli uffici e del personale del Senato, approvato con decreto del Presidente del Senato, 1° febbraio 1988, n. 6314, ed il regolamento per la tutela giurisdizionale dei dipendenti della Camera dei Deputati, approvato con decreto del Presidente della Camera, 16 maggio 1988, n. 420. Si trattava, evidentemente, di due regolamenti "minori" adottati sulla base delle disposizioni dei regolamenti "maggiori", dianzi citati, (per una valutazione critica, cfr. F. G. SCOCA, *Operazione cosmetica per i giudici parlamentari*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 491 ss.). Occorre sottolineare inoltre che, nella circostanza, i due regolamenti minori portavano ad ampliare l'ambito di applicazione dell'autodichia, ricomprendendovi le controversie riguardanti atti di amministrazione concernenti terzi, quali appalti e contratti di forniture. Nel contempo la giurisprudenza della Cassazione si atteneva alla pronuncia della Consulta (cfr., a titolo esemplificativo, Cass. 27/07/2004 n. 14085, con la quale la Cassazione riteneva che la Corte d'Appello avesse correttamente dichiarato il proprio difetto di giurisdizione in ordine ad una domanda di equa riparazione proposta da un dipendente del Senato, avvertendo, però, che non si potesse configurare difetto assoluto di giurisdizione), mostrando di propendere per una considerazione dell'autodichia parlamentare quale espressione di una giurisdizione speciale, tuttavia compatibile con il Titolo IV della Seconda parte della Costituzione.

e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente ed imparziale e costituito per legge»).

La Corte EDU, chiamata nello specifico a pronunciarsi sul carattere oggettivamente giurisdizionale dell'attività svolta dalla sezione giurisdizionale dell'Ufficio di Presidenza della Camera, quale organo interno di secondo grado competente a dirimere le controversie insorte a seguito di procedure di reclutamento del personale o quelle insorte tra dipendenti e amministrazione della Camera, ha riconosciuto, con la sentenza *Savino c. Italia* del 28 aprile 2009<sup>15</sup>, la compatibilità del sistema di autodichia parlamentare italiano con i principi espressi nella Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, fissando, peraltro, alcuni punti di orientamento<sup>16</sup>.

Successivamente, la Corte costituzionale, se, con la [sentenza 9 maggio 2014, n. 120](#), coerentemente con le conclusioni cui era pervenuta nel 1985, ha continuato ad escludere che i regolamenti parlamentari possano essere fatti rientrare tra le leggi e gli atti aventi forza di legge e come tali costituire oggetto di sindacato di legittimità costituzionale, ha, tuttavia, introdotto un importante elemento di novità, ritenendo possibile, a determinate condizioni e in un ambito che non pertenga all'espletamento delle funzioni primarie, la possibilità di un sindacato, in sede di conflitto di attribuzioni, ogni qualvolta diritti fondamentali dei cittadini (dipendenti delle Camere e non), siano eventualmente lesi da norme contenute nei regolamenti parlamentari. In altri termini, la Corte si è rappresentata la situazione in cui norme non sindacabili possano costituire il presupposto di atti lesivi di diritti costituzionalmente inviolabili<sup>17</sup>. Sicché, sia pur in sede di *vindicatio potestatis*, la Consulta potrebbe esercitare, ancorché in forma indiretta, un proprio sindacato sui regolamenti parlamentari<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Sulla sentenza *Savino*, cfr. G. A. FERRO, *Lo straordinario virtuosismo manicheo dell'autodichia degli organi costituzionali*, in [Ambiente Diritto](#), 23 marzo 2018, 21 ss.; G. PELELLA, *La giurisdizione interna della Camera dei Deputati tra principi costituzionali e principi sopranazionali: l'autodichia alla prova della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, in *Il Parlamento della Repubblica*, Camera dei Deputati, 2013, vol I, 237 ss.; S. M. CICONETTI, *Corte europea dei diritti dell'Uomo e principio di autodichia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 913 ss.; N. OCCHIOCUPO, *La Corte europea dei Diritti dell'Uomo dà il suo imprimatur all'autodichia della Camera dei Deputati e degli altri organi costituzionali dello Stato italiano*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2010, 397 ss.; G. MALINCONICO, *I "codici di procedura" dell'autodichia della Camera dopo la decisione 14/2009 della Corte europea dei diritti dell'Uomo: guida alla lettura e modifica dei regolamenti di tutela giurisdizionale*, in [federalismi.it](#), n. 22/2009; C. FASONE, *L'autodichia delle Camere dopo il caso Savino. Una condanna (lieve) da parte della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 1074 ss.; N. LUPO, *Sull'autodichia parlamentare: una sentenza di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma facilmente (e tempestivamente) rimediabile con apposite modifiche ai regolamenti parlamentari*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2009.

<sup>16</sup> Tali punti possono essere così riassunti:

- nell'utilizzare il termine «tribunale», l'art. 6 della Convenzione non intende riferirsi esclusivamente a una giurisdizione di tipo classico, integrata nelle strutture giudiziarie dello Stato. Pertanto, un'autorità può essere considerata tribunale, nel senso materiale del termine, «qualora le competa di decidere, sulla base di norme di diritto, con pienezza di giurisdizione e a conclusione di una procedura organizzata, su una qualsiasi questione di sua competenza», potendo «riformulare completamente, in fatto e in diritto, la decisione emessa da un'autorità amministrativa», deliberando in modo obbligato sia per l'amministrazione che per i destinatari, senza che la sua pronuncia possa essere modificata da un'autorità non giudiziaria;

- non è messo in discussione il potere della Camera e di altri organi costituzionali statali di disporre di un sistema giudiziario interno e di regolamentare in maniera autonoma la tutela giurisdizionale dei propri dipendenti e i rapporti giuridici con terzi. Al riguardo gli organi giurisdizionali interni, ancorché disciplinati da regolamenti minori, sono da ritenere tribunali costituiti per legge;

- dette autorità, definibili come tribunali, debbono essere imparziali e indipendenti.

<sup>17</sup> Come ha sottolineato L. Testa, è stata sì riaffermata l'insindacabilità dei regolamenti, ma essa non ha comportato che gli stessi siano fonti puramente interne e con ciò si è inteso «chiarire che essi, pur sottratti all'area della cui legittimità costituzionale è custode la Consulta ex art.134 prima a linea Cost., non possono risolversi in una lesione, diretta o indiretta, del rispetto dei diritti fondamentali» (L. TESTA, *La Corte salva (ma non troppo) l'autodichia. Brevi note su Corte costituzionale, sentenza n. 120 del 2014*, in [federalismi.it](#), n. 10/2014).

<sup>18</sup> Peraltro, già in precedenza alcuni Autori avevano espresso l'avviso che i regolamenti parlamentari fossero insindacabili nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale, ma non in sede di conflitti di attribuzione (in tal senso, cfr. L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di Diritto parlamentare*, il Mulino, Bologna, 2013, 47, secondo i quali «la Corte costituzionale, dopo aver sbarrato la via del giudizio sulle leggi, ha lasciato aperta quella del conflitto di

Le Sezioni Unite della Cassazione, a seguito della menzionata [sentenza n. 120/2014](#), individuando il *novum* che l'aveva caratterizzata rispetto alla [sentenza n. 154/1985](#) e cioè il passaggio dalla insindacabilità generalizzata dei regolamenti parlamentari alla sindacabilità relativa nella forma del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, sollevavano, con ordinanza del 19 dicembre 2014, n. 26936, conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato<sup>19</sup>, nel contempo rinnovando i dubbi sulla legittimità costituzionale dell'assetto dell'autodichia in materia di controversie di lavoro del personale delle Camere (nella fattispecie considerata, del Senato) previste dalle norme *sub-regolamentari*.

Su tale conflitto, la Corte costituzionale si pronunciava con la [sentenza del 13 dicembre 2017, n. 262](#)<sup>20</sup>, confermando quale fondamento dell'autodichia l'autonomia normativa che la Costituzione riconosce esplicitamente o implicitamente alle Camere, e che i relativi organi «sono chiamati a dirimere, in posizione *super partes*, controversie tra l'amministrazione dell'organo costituzionale e i suoi dipendenti secondo moduli procedimentali di carattere giurisdizionale, e dunque a svolgere funzioni obiettivamente giurisdizionali per la decisione delle controversie in cui siano coinvolte le posizioni giuridiche soggettive dei dipendenti»<sup>21</sup>.

In tal senso, l'autodichia costituisce il riflesso della potestà riconosciuta agli organi costituzionali di «approvare norme relative al rapporto di lavoro con i propri dipendenti<sup>22</sup>: infatti, il buon esercizio delle alte funzioni costituzionali attribuite agli organi in questione dipende in misura decisiva dalle modalità con le quali è selezionato, normativamente disciplinato, organizzato e gestito il personale»<sup>23</sup>. Quindi, le Camere provvedono a disciplinare, attraverso proprie fonti, il rapporto di lavoro con i rispettivi dipendenti, ma «la conseguente riserva agli organi di autodichia dell'interpretazione e dell'applicazione di tali fonti non comporta una alterazione dell'ordine costituzionale delle competenze e, in particolare, una lesione delle attribuzioni dell'autorità

---

attribuzione tra poteri dello Stato», e viene individuata a tal proposito quale sentenza capostipite la [sent. n. 1150/1988](#); S.M. CICONETTI, *Lezioni di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2010, 106, per il quale «non sembra potersi escludere la possibilità astratta che le norme dei regolamenti parlamentari costituiscano l'oggetto di un conflitto tra una Camera ed un altro soggetto costituzionale ai sensi dell'articolo 134 Cost.»; A. MANNINO, *Diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano, 2010, 35). Questa conclusione deriva dalla considerazione che, una volta confermata la garanzia d'indipendenza delle Camere da ogni altro potere, la medesima indipendenza non può comunque né compromettere diritti fondamentali, né pregiudicare l'attuazione di principi inderogabili.

<sup>19</sup> Nella specie, lo strumento utilizzato è stato l'ordinanza, ritenuta, peraltro, dalla Corte atto idoneo allo scopo, pur avendo essa chiarito in precedenza che il conflitto dovesse essere sollevato con ricorso (v. [sent. n. 10/2000](#); [ordd. n. 129/2013](#), [n. 317/2013](#); [n. 161/2014](#)). A commento della citata ordinanza, cfr. C. MEOLI, *Perché è quella del conflitto la strada da percorrere (brevi riflessioni a margine di Cass. S.U. civili ord. 26934/14)* in [GiustAmm.](#) 1/2015; A. C. SORRENTINO, *La giurisdizione domestica delle Camere del Parlamento alla prova del conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2/2015. L'ordinanza della Cassazione che sollevava conflitto di attribuzione nei confronti del Senato, veniva seguita dall'ordinanza del 19 gennaio 2015 nei confronti della Presidenza della Repubblica.

<sup>20</sup> In merito all'illustrazione dei motivi di impugnazione sostenuti dalla Cassazione, v. F. G. CUTTAIA, *L'autodichia parlamentare alla prova del conflitto di attribuzione tra i poteri*, in [Astrid Rassegna](#), 28/07/2016; E. GRIGLIO, *Le assemblee parlamentari, giudici in causa propria ma non a titolo esclusivo? I seguiti della sent. n. 120/2014 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2015.

<sup>21</sup> [Corte cost. n. 262/2017](#), cons. in dir. §7.4. In precedenza, [Corte cost., 12/10/2017, n. 213](#) aveva riconosciuto gli organi di autodichia (nel caso specifico la Commissione giurisdizionale per il personale delle Camere) quali giudici e, in quanto tali, competenti a sollevare l'incidente di costituzionalità, come giudici *a quo*, ai sensi dell'art. 1, l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1 e dell'art. 23, l. 11 marzo 1953, n. 87 (al riguardo, sugli organi di autodichia come giudici *a quibus*, pur in carenza di una loro natura giurisdizionale, cfr. A. LO CALZO, [Il controllo di legittimità Costituzionale sugli atti normativi interni di camera e senato \(a margine della sent. n. 213 del 2017 della Corte costituzionale\)](#), in questa [Rivista](#), 2018/I, 30 ss.).

<sup>22</sup> La Corte ha, altresì, posto in rilievo la circostanza che l'autonomia degli organi costituzionali non si esaurisce nella normazione, bensì comprende «- coerentemente - il momento applicativo delle norme stesse, incluse le scelte riguardanti la concreta adozione delle misure atte ad assicurarne l'osservanza»: [Corte cost., n. 262/2017](#), cons. in dir. §7. Tale asserzione è stata ripresa da [Corte cost. n. 129/1981](#), la quale aveva escluso che non spettasse alla Corte dei conti il potere di sottoporre a giudizio di conto i tesorieri della Presidenza della Repubblica, della Camera dei Deputati e del Senato.

<sup>23</sup> [Corte cost., n. 262/2017](#), cons. in dir. §7.2.

giudiziaria ricorrente»<sup>24</sup>, in quanto «il razionale completamento dell'autonomia organizzativa degli organi costituzionali in questione, in relazione ai loro apparati serventi, la cui disciplina e gestione viene in tal modo sottratta a qualunque ingerenza esterna»<sup>25</sup>. Del resto, «ammettere che gli organi costituzionali possano, in forza dell'autonomia loro riconosciuta, regolare da sé i rapporti con il proprio personale, per poi consentire che siano gli organi della giurisdizione comune ad interpretare ed applicare tale speciale disciplina, significherebbe dimezzare quella stessa autonomia che si è inteso garantire»<sup>26</sup>. Posto, quindi, che il giudizio non potrà che vertere sulla esplicazione della potestà di autodichia che si sia concretizzata in una lesione delle attribuzioni del potere giudiziario, la lesione medesima dovrà derivare esclusivamente da una rilevata omessa tutela delle posizioni giuridiche dei dipendenti (nelle controversie che li oppongano all'organo costituzionale), causata dalla mancata istituzione di organi interni operanti in posizione *super partes*, dotati quindi di indipendenza e imparzialità, o dalla mancata predisposizione di moduli procedurali di carattere giurisdizionale, idonei a garantire il diritto di difesa e un effettivo contraddittorio<sup>27</sup>. Sulla scorta delle chiare statuizioni formulate dalla Corte costituzionale, le sezioni unite della Cassazione sono pervenute alla conclusione che l'autonomia delle Camere investe anche gli aspetti organizzativi, ricomprendendovi ciò che riguarda il funzionamento degli apparati amministrativi "serventi" e che l'autonomia medesima non si esaurisce nella normazione ma comprende anche il momento applicativo delle norme stesse<sup>28</sup>. Il che è sembrato implicare l'esclusione alla radice della possibilità per gli organi di autodichia delle Camere di sollevare dinanzi alla Corte costituzionale qualsiasi questione attinente alla legittimità della loro potestà se non, esclusivamente, sotto il profilo di una *vindicatio potestatis* a proprio favore rispetto ad altri poteri dello Stato.

3. *La definizione del perimetro dell'autodichia parlamentare attraverso gli interventi della Corte di Cassazione successivi alle sentenze della Corte costituzionale [nn. 120/2014](#) e [262/2017](#).*

3.1. *L'esclusione dalla giustizia domestica per i terzi non dipendenti.*

---

<sup>24</sup>*Ibidem*, cons. in dir. §7.3. Sotto tale profilo l'autodichia rappresenta un mero completamento dell'autonomia normativa (in tal senso, cfr. M. MANETTI, *Quell'oscuro oggetto del desiderio: l'autodichia degli organi costituzionali nei confronti dei propri dipendenti*, in *Giur.cost.*, 2017, 2841). Secondo A. LO CALZO, la Corte è apparsa «ricavare la legittimazione della giustizia domestica come conseguenze logico-razionale dell'esistenza di una sfera di autonomia normativa costituzionalmente incompressibile» (A. LO CALZO, *Il nuovo "perimetro" dell'autodichia degli organi costituzionali. Recenti tendenze della giustizia domestica dopo la svolta delle sentenze della Corte costituzionale n. 120/2014 e n. 262/2017*, in *PA Persona e Amministrazione*, 10/10/2022, 469).

<sup>25</sup> *Ibidem*, cons. in dir. §7.3.

<sup>26</sup> *Ibidem*, cons. in dir. §7.3.

<sup>27</sup> Non si può, tuttavia, sottacere la circostanza per cui non sarebbe stata definita con chiarezza la natura degli organi di autodichia. Anzi, secondo N. LUPO, permane al riguardo una situazione di ambiguità in quanto essi «devono qualificarsi come giudici ai sensi dell'art. 6 della CEDU, e altresì come giudici *a quibus* ai fini del promovimento di questioni di legittimità costituzionale, ma non sono da qualificarsi come giudici speciali ai sensi dell'art. 102, comma 2, Cost., né come giudici ai fini della ricorribilità in Cassazione per violazione di legge ex art. 111, settimo comma, Cost.» (N. LUPO, *Sull'autodichia la Corte costituzionale, dopo lunga attesa, opta per la continuità*, cit., 4). Secondo R. DICKMANN, invece, con riferimento anche a [Corte cost. n. 213/2017](#) cit., è stata «superata ogni questione circa la Natura autenticamente giurisdizionale, ancorché non speciale, degli organi di autodichia» (R. DICKMANN, *La Corte costituzionale consolida l'autodichia degli organi costituzionali*, cit., 11). Resta il fatto che, secondo la Corte costituzionale, non sarebbe «neppure configurabile – come richiesto in via subordinata dalla ricorrente – il ricorso ex art. 111, comma 7, Cost.» ([Corte cost. n. 262/2017](#), cons. in dir. §7.4). In proposito, è da ritenere che la funzione giurisdizionale sia svolta dagli organi di autodichia solo in senso materiale, trattandosi di organi interni non appartenenti alla organizzazione giudiziaria. Infatti, secondo L. BRUNETTI, nel caso in cui si riconoscesse alla funzione di autodichia piena natura giurisdizionale, sarebbe logico dedurre che tali organi siano, «a tutti gli effetti, dei veri e propri giudici speciali, con giurisdizione piena ed esclusiva: in tal caso difficile sarebbe sottrarre le loro decisioni (che non a caso i regolamenti camerati denominano "sentenze") al ricorso per Cassazione, ex art. 111 Cost.» (L. BRUNETTI, *Il "Contributo di solidarietà" sulle pensioni degli ex dipendenti della Camera non viola l'autonomia dell'organo*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 29/10/2017, 2).

<sup>28</sup> In tal senso, Cass. sez. un. 12 maggio 2022, n. 15236 (su cui v. *infra*).

Come sottolineato in dottrina, la sussistenza del legame tra autonomia normativa e autodichia ha condotto «la Corte alla formulazione di un significativo, ma altresì problematico, *obiter* inerente l'autodichia per i *terzi* non dipendenti»<sup>29</sup>. Il riferimento è alla sentenza della Corte costituzionale [n. 262/2017](#), per cui «se è consentito agli organi costituzionali di disciplinare il rapporto di lavoro con i propri dipendenti, non spetta invece loro, in via di principio, ricorrere alla propria potestà normativa, né per disciplinare rapporti giuridici con soggetti terzi, né per riservare agli organi di autodichia la decisione di eventuali controversie che ne coinvolgano le situazioni soggettive (si pensi, ad esempio, alle controversie relative ad appalti e forniture di servizi prestati a favore delle amministrazioni degli organi costituzionali)»<sup>30</sup>, le quali, pertanto, non potranno essere sottratte alla giurisdizione comune<sup>31</sup>.

La giurisprudenza amministrativa si è attenuta a tale precisa indicazione della Corte costituzionale. In particolare, il Consiglio di Stato, con la sentenza 31 maggio 2021, n. 4150, ha rivendicato alla giurisdizione amministrativa la competenza a decidere in ordine a questioni relative ad atti di amministrazione delle Camere che coinvolgano soggetti da esse non dipendenti. Ciò, in virtù non già di una disapplicazione delle disposizioni regolamentari delle Camere, quanto in base alla rigorosa interpretazione letterale e funzionale da dare alle medesime disposizioni<sup>32</sup>.

Tale interpretazione ha trovato autorevole conferma da parte delle Sezioni Unite della Cassazione, pronunciate con la già citata sentenza n. 15236/ 2022.

La Suprema Corte, infatti, nell'escludere che la decisione del giudice (ordinario o amministrativo) possa avere efficacia disapplicativa del regolamento parlamentare, riconosce al giudice medesimo di utilizzare i propri poteri interpretativi al fine di stabilire se una questione si collochi al di fuori del perimetro dell'autodichia, rimanendo in questo caso salva la possibilità per le Camere di promuovere eventualmente il conflitto costituzionale di attribuzione. In tal modo, la

---

<sup>29</sup> A. LO CALZO, *Il nuovo "perimetro" dell'autodichia degli organi costituzionali*, cit., 469.

<sup>30</sup> [Corte cost. 262/2017](#), cons. in dir. §7.2.

<sup>31</sup> La Corte, peraltro, non ha escluso tassativamente la possibilità che le Camere attraggano in autodichia rapporti con i terzi non riconducibili alla «linea di principio» affermata nell'*obiter*. Sul punto, in senso conforme, cfr. A. LO CALZO, *Il nuovo "perimetro" dell'autodichia degli organi costituzionali*, cit., 475; G. A. FERRO, *Lo straordinario virtuosismo manicheo dell'autodichia*, cit., 20. Per una critica al contenuto dell'*obiter* in merito ad una non precisa definizione di «terzo», cfr. G. BARCELLONA, *I paradisi normativi e la grande regola dello Stato di diritto: l'autodichia degli organi costituzionali e la tutela dei diritti dei terzi*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 3/2018, 5 ss.

<sup>32</sup> Nello specifico, il Consiglio di Stato ha osservato che «le norme del Regolamento di amministrazione e contabilità della Camera dei Deputati (articoli 39 e ss.), dettate in materia di contratti, non essendo espressione della ridetta autonomia normativa costituzionalmente fondata, non giustificano l'attrazione della controversia nell'ambito della cognizione dell'organo di autodichia» (Cons. Stato, 31 maggio 2021, n. 4150, cons. in dir. §7.5). Il Consiglio di Stato era stato chiamato a pronunciarsi sul ricorso, proposto da un privato che era stato escluso dalla gara su un appalto indetta dall'amministrazione della Camera dei Deputati, nei confronti della sentenza del TAR Lazio 24 aprile 2020, n. 4183, la quale, pur avendo respinto l'eccezione del difetto di giurisdizione formulata dalla Camera dei Deputati, aveva dato comunque ragione a quest'ultima nel merito (per un commento alla sentenza del TAR Lazio si rinvia a E. M. SANTORI, *Sulla giurisdizione del giudice amministrativo relativa ad una procedura di gara indetta dalla Camera dei deputati*, in [Foro Amm.](#) 4/2020, 644 ss. Già in precedenza, comunque, il TAR Lazio si era pronunciato, in un caso di appalto da parte del Senato della Repubblica, affermando la propria giurisdizione richiamando la sentenza della Corte cost. 262/2017). A seguito del ricorso al Consiglio di Stato, la Camera riproponeva l'eccezione di difetto di giurisdizione, anch'essa respinta dal supremo organo di giustizia amministrativa, il quale, però, nel merito, ribaltava la sentenza del Tar (per un commento alla sentenza del Consiglio di Stato, si rinvia a T. IANNUZZI, *La Corte costituzionale e il "giudice naturale" della Autodichia. Nota alla sentenza della Quinta Sezione del Consiglio di Stato n. 4150 del 1° maggio 2021*, in [federalismi.it](#), 28/2021, 58 ss.). Da qui il ricorso della Camera alla Corte di Cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., denunciando il difetto assoluto di giurisdizione in base al rilievo che la controversia sarebbe stata da attribuire agli organi di autodichia della Camera dei Deputati. La Suprema Corte ha deciso con la sentenza n. 15236/2022, rigettando il ricorso, dopo aver stabilito che «la cognizione della controversia sorta a seguito dell'esclusione dalla gara del concorrente la cui offerta sia stata ritenuta anomala in sede di verifica di congruità, spetta, non agli organi di autodichia, ma alla giurisdizione comune, secondo la *grande regola* dello Stato di diritto ed il conseguente regime giurisdizionale al quale sono sottoposti, nel nostro sistema costituzionale, tutti i beni giuridici e le situazioni giuridiche soggettive» (cons. in dir. §15).



Cassazione ha definito uno *standard* di giudizio sull'autodichia, chiarendo che il giudice, soltanto ove ritenga di trovarsi di fronte ad un'ipotesi di giustizia domestica delle Camere, «avrà l'onere, in alternativa alla chiusura in rito del processo, di sollevare conflitto dinanzi alla Corte costituzionale, per lamentare la lesione concreta dell'attribuzione costituzionale di apprestare tutela alle situazioni soggettive davanti a lui azionate. Diversamente, se il giudice esclude che la fattispecie controversa sia suscumbibile nel perimetro della norma regolamentare che prevede l'autodichia, incombe alla Camera dei Deputati [o, a seconda dei casi, al Senato della Repubblica] l'iniziativa di promuovere il conflitto costituzionale di attribuzione»<sup>33</sup>; dovendosi al più volte citato *obiter* riconoscere «un valore non soltanto esemplificativo, ma anche orientativo, perché concorre, in una logica di bilanciamento, ad individuare il confine tra attribuzioni in un equilibrio sistemico, determinando il perimetro dell'ambito garantito degli organi costituzionali, al di fuori del quale si espande la normale funzione giurisdizionale dei diritti»<sup>34</sup>.

La pronuncia della Cassazione, chiarendo la portata precettiva dell'*obiter* del 2017 e riducendo, attraverso l'affermazione dei poteri interpretativi del giudice, le stesse possibilità di proporre conflitti di attribuzione, la cui sollevazione sembra rimessa, a questo punto, nella sostanza, alle Camere, ha sostanzialmente delimitato l'ambito della giustizia domestica alla definizione delle questioni riguardanti i dipendenti delle Camere e, tutt'al più, coloro che stabiliscono con esse un rapporto di servizio.

### *3.2. La riconducibilità all'autodichia parlamentare delle questioni riguardanti le condizioni di attribuzione e la misura degli assegni vitalizi per gli ex parlamentari.*

In precedenza, la Corte di Cassazione era intervenuta in sede di regolamento preventivo di giurisdizione in relazione a due delibere dei competenti organi delle amministrazioni delle Camere aventi ad oggetto la riforma retroattiva dei trattamenti pensionistici per gli *ex* parlamentari<sup>35</sup>.

In particolare, le Sezioni Unite della Cassazione si sono pronunciate con le [ordinanze nn. 18265 e 18266](#), entrambe dell'8 luglio 2019, attraverso le quali è stato stabilito che «le controversie relative alle condizioni di attribuzione e alla misura dell'indennità parlamentare e/o degli assegni vitalizi per gli *ex* parlamentari non possono che essere decise dagli organi dell'autodichia, la cui previsione risponde alla medesima finalità di garantire la particolare autonomia del Parlamento»<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Cass. Sez. Un. n. 15236/2022, cons. in dir. §5.2. Come osservato in dottrina, la Cassazione ha così fornito «delle vere e proprie istruzioni impartite a tutti i giudici allorché si trovino al cospetto dell'eccezione di autodichia» (L. CASTELLI, *Soggetti terzi e limiti dell'autodichia degli organi costituzionali. Ancora un importante chiarimento da parte della Corte di cassazione*, in [Diritti Comparati](#), 20/07/2022, 5).

<sup>34</sup> Cass. Sez. Un. n. 15236/2022, cons. in dir. §10. A parere di A. Lo Calzo, la Corte di Cassazione ha compiuto «un notevole sforzo argomentativo della portata vincolante dell'*obiter*, scegliendo sicuramente la via più tortuosa, quella dei poteri interpretativi del giudice» (A. LO CALZO, *Il nuovo "perimetro" dell'autodichia degli organi costituzionali*, cit., 482).

<sup>35</sup> Si tratta della [delibera del Consiglio di Presidenza del Senato n. 6/2018](#), già in precedenza citata, e della delibera dell'Ufficio di presidenza della Camera n. 14 del 12 luglio 2018. Sulle due delibere alcuni *ex* parlamentari producevano ricorsi dinanzi agli organi di autodichia di Camera e Senato e, nel contempo, promuovevano ricorso alla Corte di Cassazione per il regolamento preventivo di giurisdizione con l'intento di far dichiarare la sussistenza della giurisdizione comune in luogo di quella domestica. Per le relative questioni, si rinvia a V. DE SANTIS, *Indennità e vitalizi per uno studio dell'art. 69 della Costituzione*, Franco Angeli, Milano, 2020; G. LAURICELLA, *La riserva di regolamento parlamentare tra regolamento "maggiore" e regolamenti "minori", in ordine alla deliberazioni n. 14 del 12 luglio 2018 dell'Ufficio di Presidenza della Camera dei deputati*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 9/2019); L. CASTELLI, *Il ricalcolo dei vitalizi degli ex deputati*, in *Rassegna Parlamentare*, 2018, 337 ss.; J. ROSI, *Prime osservazioni sui recenti provvedimenti di rideterminazione degli assegni vitalizi per gli ex parlamentari e per i consiglieri regionali*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2018; G. COGO, *Autodichia delle Camere Parlamentari nelle controversie per l'annullamento delle delibere afferenti il ricalcolo ex post dei "vitalizi" degli ex parlamentari secondo il metodo contributivo?*, in *Lo Stato*, 2018, 355 ss.

<sup>36</sup> Cass. Sez. Un. ord., nn. 18265 e 18266/2019. Per una valutazione critica del loro contenuto, cfr. S. GALDIERI, *Vitalizi dei parlamentari ed autodichia: alcune considerazioni a margine dell'ordinanza n. 18265/2019 della Corte di Cassazione*, in [Diritti comparati](#), 25/07/2019; E. RINALDI, [Le vacillanti colonne d'Ercole dell'autodichia e i paradossi](#)

Alla base delle due decisioni c'è stata la considerazione che i parlamentari non possano essere considerati soggetti terzi, stante la stretta correlazione sussistente tra l'indennità (percepita durante il mandato) e il vitalizio (da percepire scaduto il mandato)<sup>37</sup>.

La Cassazione ha altresì chiarito che eventuali violazioni di diritti fondamentali ed eventuali dubbi di legittimità costituzionale delle norme di legge «cui i regolamenti parlamentari e le fonti di autonomia in genere fanno rinvio che rilevino per la decisione della controversia», possono essere evidenziati anche dinanzi agli organi di autodichia<sup>38</sup>, i quali, pertanto, sono abilitati a sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale.

#### *4. Il problema della sindacabilità sul piano della legittimità costituzionale dei c.d. regolamenti minori e delle delibere interne di Camera e Senato.*

Il Consiglio di garanzia del Senato, nel sollevare questione di legittimità costituzionale anche nei confronti della [delibera n. 6/2018 del Consiglio di Presidenza del Senato](#), ha ritenuto che i regolamenti c.d. minori, quando siano idonei ad incidere su diritti dei privati, dovrebbero essere riconosciuti quali «atti aventi forza di legge» e perciò estranei all'area dell'assoluta sovranità ed indipendenza del Parlamento, e quindi diversi da quelli sottratti alla insindacabilità della Corte costituzionale in ragione del principio di separazione dei poteri.

L'iniziativa assunta dal Consiglio di garanzia del Senato è apparsa fin da subito del tutto non in linea con la giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, come già ricordato<sup>39</sup>, nel riaffermare l'autonomia normativa delle Camere, volta a disciplinare il rapporto di lavoro con i propri dipendenti ha riconosciuto che detta autonomia non si esaurisce nella normazione, ma comprende anche coerentemente il momento applicativo delle norme stesse, incluse le scelte riguardanti la concreta adozione delle misure atte ad assicurarne l'osservanza, senza distinguere tra regolamenti maggiori, minori, delibere.

Peraltro, prima che venisse proposta l'anzidetta questione di legittimità costituzionale, anche il Consiglio di Stato, richiesto di un parere dal Consiglio di Presidenza del Senato in ordine alla praticabilità di disporre, con propria delibera, la riforma retroattiva dei trattamenti pensionistici per gli *ex* parlamentari, si era espresso in senso favorevole circa l'idoneità della fonte regolamentare a disciplinare la materia dei c.d. vitalizi<sup>40</sup>.

Nello specifico, il Consiglio di Stato aveva precisato che i regolamenti c.d. maggiori (cioè quelli che le Camere sono tenuti ad adottare, a maggioranza assoluta dei propri componenti, ai sensi degli artt. 64, comma 1, e 72, comma 1, e 2 Cost.) prevedono l'adozione (da parte del Consiglio di

---

[dell'antipolitica: tra volontà di "fare giustizia" dei privilegi dei parlamentari, ingiustificate disparità di trattamento e collocazione dei regolamenti parlamentari nel sistema delle fonti](#), in questa [Rivista](#), 2019/III, 454-455 ss.. In particolare, quest'ultima sottolinea che «in entrambe le pronunce la Corte di Cassazione non semplicemente rinuncia ad esprimere qualunque dubbio sul fondamento costituzionale dell'autodichia ma, diversamente dal passato, aderisce integralmente alle conclusioni raggiunte dalla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale», pur dovendo rilevare «l'insoddisfazione suscitata da tali pronunce». Su un versante differente si pone invece R. Dickmann, il quale mette in risalto che la Cassazione ha riconosciuto che i collegi di autodichia «sono in posizione di indipendenza ed imparzialità e svolgono funzioni oggettivamente giurisdizionali per la decisione delle controversie ad essi deferite» e precisando altresì che la Cassazione, aderendo alle indicazioni della Corte costituzionale, non ha ravvisato «anomalie dal punto di vista del rispetto della "grande regola" del diritto al giudice» (R. DICKMANN, *Il regolamento preventivo di giurisdizione in Cassazione come sede di delibazione dell'effettività e dell'efficacia dei collegi di autodichia delle Camere sotto il profilo del rispetto della "grande regola" del diritto al giudice (a margine di Corte di cassazione S.U. ordinanze 8 luglio 2019 n. 18265 e n. 18266)*, in [federalismi.it](#), 17/07/2019, 5-6.

<sup>37</sup> Secondo la Cassazione, «il c.d. vitalizio rappresenta la proiezione economica dell'indennità parlamentare per la parentesi di vita successiva allo svolgimento del mandato – sebbene esso non trovi specifica menzione nella Costituzione, a differenza dell'indennità prevista nell'art. 69 Cost. →» (Cass. sez. un. ord. 18265/2019).

<sup>38</sup> Cass. sez. un., ord. 18265/2019.

<sup>39</sup> *Supra* alla nota 22.

<sup>40</sup> [Parere Cons. Stato 26 luglio 2018, n. 2016](#), primo quesito.

Presidenza del Senato e dell'Ufficio di Presidenza della Camera) di «norme di rango parimenti regolamentare (regolamenti c.d. minori o derivati), ordinariamente intese – non ostandovi una riserva assoluta di legge – alla auto-normazione di vari profili complessivamente attinenti all'organizzazione e al funzionamento di ciascuna Camera, ed ai quali rimonta il c.d. diritto parlamentare amministrativo»<sup>41</sup>.

D'altra parte, giova osservare che in tema di vitalizi e, a partire dal 2012, del sistema previdenziale su base contributiva per gli *ex* parlamentari, sono intervenuti sempre regolamenti minori<sup>42</sup>.

Ebbene, nonostante sia il Consiglio di Stato (con il parere del 2018), sia la Cassazione (con le due ordinanze del 2019), pur restringendo il perimetro dell'autodichia parlamentare alle questioni attinenti ai soli dipendenti (con esclusione dunque dei terzi), avessero ricompreso nell'autonomia normativa delle Camere i c.d. regolamenti minori e le delibere emanate dai rispettivi organi di amministrazione (peraltro conformemente a quanto statuito dalla giurisprudenza costituzionale in materia), il Consiglio di Garanzia del Senato ha ritenuto di dover comunque sollevare la questione di legittimità costituzionale, auspicando, in proposito, «una soluzione definitiva e non equivoca»<sup>43</sup>.

La Corte costituzionale ha dichiarato la questione inammissibile, precisando che «anche i regolamenti parlamentari minori costituiscono una manifestazione della potestà normativa che la Costituzione riconosce alle Camere a presidio della loro indipendenza e perciò per il libero ed efficiente svolgimento delle proprie funzioni»<sup>44</sup>. Secondo la Corte, inoltre, quanto ritenuto valido per i regolamenti maggiori, che, se pure inscrivibili tra le fonti dell'ordinamento generale della Repubblica, non sono annoverabili tra gli atti aventi forza di legge, vale a maggior ragione con riguardo ai regolamenti minori, che «trovano in quelli maggiori la propria fonte di legittimazione»<sup>45</sup>.

La circostanza, peraltro, non esclude, sempre a parere della Corte, che l'adozione di norme volte a dettare una disciplina sugli emolumenti dovuti all'*ex* parlamentare al termine dell'incarico elettivo possa essere rimessa ad una fonte legislativa (situazione, questa, che garantirebbe la conseguente scrutinabilità da parte della Corte costituzionale sull'atto normativo adottato) sulla base di una scelta *lato sensu* politica rimessa al Parlamento<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> [Parere Cons. Stato n. 2016/2018](#), primo quesito §2.

<sup>42</sup> Sul punto cfr. R. DICKMANN, *La competenza dei regolamenti delle Camere come fonti del diritto*, cit., 33 ss.

<sup>43</sup> [Corte cost., n. 237/2022](#), cons. in fatto §1.3.

<sup>44</sup> *Ibidem*, cons. in dir. §5.2.1.

<sup>45</sup> *Ibidem*, cons. in dir. §5.2.2.

<sup>46</sup> Questo aspetto, con riferimento proprio alla materia dei trattamenti economico post-mandato dei parlamentari, è stato esaminato nel corso delle audizioni svoltesi in Commissione Affari Costituzionali del Senato nel 2017, avente ad oggetto il ddl n. 2888 e connessi (abolizione dei vitalizi). Al riguardo, N. Lupo ha fornito una lettura dell'«intarsio» tra legge e regolamento parlamentare, chiarendo la *ratio* sottesa alla scelta da operare, nel senso che «in linea tendenziale, la legge è più adatta allorché si vogliono *aprire* i procedimenti parlamentari agli altri organi costituzionali o ad altri soggetti, con norme che più efficacemente riescono a vincolarli nei tempi e nei modi; o anche laddove si tratti di assicurare un coordinamento tra i due rami del Parlamento. Al contrario, i regolamenti di Camera e Senato tendono ad essere competenti quando il Parlamento – anzi, ciascuna Camera – preferisce fare tutto da sé, configurando procedimenti che tendenzialmente si esauriscono al suo interno (pur originando atti che poi hanno efficacia nell'ordinamento giuridico generale)» (N. LUPO, *Testo dell'Audizione resa l'11 ottobre 2017 alla Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica nel corso dell'esame del disegno di legge n. 2888 e connessi (abolizione dei vitalizi)*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2017, 260. G. AZZARITI, ha posto in risalto come l'eventuale passaggio dalla fonte regolamentare a quella legislativa in materia di diritti e *status* dei parlamentari anche dopo avere terminato il mandato, potrebbe comportare il rischio di «una cessione del monopolio parlamentare in materia», ove si consideri che «una volta ammessa la regolamentazione per via legislativa, non può escludersi che essa venga espressa anche dall'altro soggetto che può adottare atti aventi la medesima forza: il Governo, tramite decretazione d'urgenza» (*Audizione*, cit., resa il 28 settembre 2017, *ibidem*, 90). Secondo M. BELLETTI, «la legge, lungi dal costituire una garanzia, sarebbe la via per consentire reciproche interferenze tra le due Assemblee» (*Audizione*, cit., resa il 28 settembre 2017, *ibidem*, 94). In senso contrario si è espressa G. CERRINA FERONI, secondo la quale il principio di autonomia del Parlamento, giustificato dalla necessità di salvaguardare valori e interessi legati al funzionamento delle due Camere e alla tutela della loro indipendenza, non sarebbe intaccato dalla previsione per legge di una riduzione degli emolumenti per gli *ex* parlamentari, in quanto il relativo provvedimento legislativo riguarderebbe la situazione patrimoniale di soggetti ormai

### 5. Osservazioni conclusive.

Al di là delle valutazioni di merito concernenti la rideterminazione degli assegni vitalizi e dei trattamenti previdenziali degli *ex* parlamentari, la [sentenza della Corte costituzionale n. 237/2022](#) ha stabilito un definitivo punto fermo (peraltro desumibile implicitamente dalle precedenti pronunce) in materia di autodichia parlamentare, dissolvendo qualsiasi dubbio in merito alla riconducibilità dei regolamenti parlamentari minori all'autonomia normativa accordata dalla Costituzione alle Camere e, in quanto tali, non sottoponibili allo scrutinio di legittimità costituzionale da parte della Consulta in sede di giudizio incidentale.

L'ambito della potestà di autodichia rimane così, sul piano formale, definitivamente tracciato, mentre, sul piano sostanziale, grazie agli apporti delle Sezioni Unite della Cassazione e del Consiglio di Stato, appare evidente come esso debba essere circoscritto esclusivamente a questioni involgenti soggetti legati (anche potenzialmente, ad es. durante l'espletamento di procedure concorsuali) all'amministrazione delle Camere da un rapporto di lavoro dipendente o quantomeno di servizio (ai quali non sono quindi assimilabili, ad es., il rapporto contrattuale derivante da un appalto e strumenti negoziali similari).

Sotto questo profilo appaiono maturi i tempi perché le Camere pongano mano alla modifica dei rispettivi regolamenti, adeguandoli «alle indicazioni del Giudice costituzionale, avallate dal Consiglio di Stato e dalla Corte di Cassazione»<sup>47</sup>.

---

estranei alle Camere; inoltre «avverso una legge formale questi soggetti potrebbero azionare, ove lo ritenessero opportuno, giudizi di legittimità costituzionale: facoltà che invece non sarebbe azionabile laddove la disciplina venisse regolata con Regolamento» (*Audizione*, cit., resa il 4 ottobre 2017, *ibidem*, 119); in senso analogo, cfr. G. CAZZOLA (*Audizione*, cit., resa il 28 settembre 2017, *ibidem*, 245). Anche M. LUCIANI, pur affermando la possibilità di una «sovrapposizione tra legge e regolamento», osserva che «per tutto quanto regolato dalla legge è sempre possibile quantomeno un'azione di accertamento del diritto dei soggetti che se ne ritengono lesi, azione che porta all'introduzione di un giudizio nel corso del quale è ben possibile sollevare una questione di legittimità costituzionale» (*Audizione*, cit., resa il 26 settembre 2017, *ibidem*, 125-126).

<sup>47</sup> L. CASTELLI, *Soggetti terzi e limiti dell'autodichia degli organi costituzionali*, cit., 7.

Alfonso Celotto

**Si può rinviare alle Camere *ex art. 74 Cost.*  
una legge di conversione di un decreto-legge?**

(note minime sulla [lettera](#) del pres. Mattarella rispetto alla legge di conversione del decreto-legge del 29 dicembre 2022 n. 198)\*

**ABSTRACT:** *The author agrees with the presidential solution required by the risk of decadence of the law decree and suggests proceeding at a partial promulgation. In fact, this solution would allow overcoming the temporal impasse avoiding the risk to frustrate the conversion procedure and to eliminate the more “abusive” provisions added during the same procedure of conversion of the decree-law.*

Il Capo dello Stato è tornato a far sentire la sua voce “di garanzia” in tema dei decreti-legge dopo 20 anni da quando Carlo Azeglio Ciampi aveva rinviato alle Camere la legge di conversione del decreto-legge 25 gennaio 2002, n. 4, recante “disposizioni urgenti finalizzate a superare lo stato di crisi per il settore zootecnico, per la pesca e per l’agricoltura”. Era il 29 marzo del 2002 e quel [messaggio](#) contestava la mancanza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza, l’eterogeneità degli emendamenti approvati, la frammentarietà degli interventi<sup>1</sup>.

I vizi rilevati nel 2002 sono in pratica analoghi a quelli che il Presidente Mattarella segnala nella [lettera del 24 febbraio](#), con cui ha accompagnato la promulgazione della legge di conversione del mille proroghe 2022 (cioè il d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, recante “Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi”). Un testo che era uscito dal Consiglio dei ministri con 149 misure e che ha terminato l’esame parlamentare con 205, cioè aumentando di un terzo la sua consistenza, con interventi molto frammentari, confusi e precari.

Il Presidente ricorda il mancato rispetto dei limiti costituzionali, l’eterogeneità delle misure, la frammentarietà del quadro, ribadendo come “*i decreti-legge siano da tempo divenuti lo strumento di gran lunga prevalente attraverso il quale i Governi esercitano l’iniziativa legislativa*”. Tra le righe il Presidente si mostra anche consapevole che non può essere l’ennesimo richiamo a modificare una prassi abusiva da decenni. La soluzione è piuttosto in “*un’adeguata capacità di programmazione legislativa da parte del Governo e di una corrispondente attitudine del Parlamento a consentire l’approvazione in tempi ragionevoli dei disegni di legge ordinaria*” (come recita la lettera). Anche perché questo modo di produrre norme non fa bene al Paese. E il Presidente Mattarella lo sintetizza bene: “*Tutto ciò acuisce i problemi e allunga i tempi dell’attività dell’amministrazione, disorientando amministratori, cittadini e imprese*”.

Non voglio riprendere e dilungarmi su 40 e più anni di abuso del decreto-legge e sui tentativi della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica di arginarli, con sentenze e moniti, ma soltanto per spendere qualche minima considerazione su un problema antico. La possibilità per il Capo dello Stato di rinviare alle Camere una legge di conversione di decreto-legge.

Nella storia repubblicana i casi di rinvio di una legge di conversione si contano davvero sulle dita di una mano: come quelli del [pres. Cossiga](#) rispetto al d.l. n. 882 del 1986<sup>2</sup> e del [pres. Scalfaro](#) sulla l. di conversione del d.l. n. 545 del 1994 per mancanza di copertura finanziaria

Del resto, la dottrina tradizionalmente è stata molto cauta nella configurabilità di tale rinvio. Perché rinviare una legge di conversione significa in pratica impedire la conversione (data che la precaria vigenza è di soli 60 giorni, come sappiamo) e quindi comporta irrimediabilmente la decadenza



<sup>1</sup> Sul rinvio Ciampi del 2002, v. N. MACCABIANI, *La mancata conversione di un decreto-legge per effetto del rinvio presidenziale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 8 aprile 2002; G. D’AMICO, *Gli argini della Costituzione ed il “vulcano” della politica. Brevi considerazioni a riguardo del rinvio presidenziale della legge di conversione del decreto-legge 25 gennaio 2002, n. 4 e del suo “seguito” governativo*, [ivi](#), 14 maggio 2002.

<sup>2</sup> Al riguardo, v. M. CORSO, *Sul rinvio alle Camere di una legge di conversione di un decreto-legge da parte del Presidente della repubblica*, in *Quad. Cost.*, 1987, 109 ss.

retroattiva del decreto. In sostanza più che un rinvio, diventa in vero un rifiuto di promulgazione, essendo in pratica impossibile il nuovo esame *ex art 74 Cost*<sup>3</sup>.

Nella [lettera](#) di questi giorni, il Pres Mattarella si mostra pienamente consapevole di questo problema e infatti preferisce non rinviare la legge alle camere, ma piuttosto accompagnarla con un messaggio, che sul punto osserva: “*L’esame della legge di conversione del decreto-legge in questione ha fatto dunque emergere molteplici profili critici, dei quali il più evidente è rappresentato dai ricordati emendamenti relativi alle concessioni demaniali, che potrebbero giustificare l’esercizio della facoltà attribuitami dall’articolo 74 della Costituzione.*

*Sono tuttavia consapevole della delicatezza, sotto il profilo costituzionale, del rinvio alle Camere esercitato nei confronti di una legge di conversione di un decreto-legge, a pochi giorni dalla sua scadenza: farebbe, inevitabilmente, venir meno, con effetti retroattivi, in molti casi in maniera irreversibile, tutte le numerose altre disposizioni che il decreto-legge contiene, determinando incertezza e disorientamento nelle pubbliche amministrazioni e nei destinatari delle norme”.*

A me pare la soluzione costituzionalmente più corretta, perché sicuramente il rinvio *ex art. 74 Cost.* della legge di conversione inevitabilmente si trasforma in un rifiuto di promulgazione e quindi rappresenta una sorte di eterogenesi dei fini rispetto all’ambito della stessa disposizione costituzionale, nella genetica anomalia di un procedimento di legiferazione d’urgenza cui si sovrappone un procedimento legislativo ordinario. Del resto, si scontra con la lettera della Costituzione pensare che la eventuale riapprovazione parlamentare della legge di conversione, oltre i 60 giorni di precaria vigenza del decreto, possa comunque essere considerata valida, in ragione del rinvio presidenziale.

A rigore rispetto a una legge di conversione di dubbia costituzionalità la soluzione costituzionalmente più opportuna è proprio quella del messaggio, in luogo del rinvio. Salvo a non voler considerare una altra soluzione, fino ad ora mai applicata dalla prassi: la eventuale promulgazione parziale della legge di conversione. Tutti ricordiamo quanto sia stata dibattuta la prassi introdotta dalla Regione Sicilia della promulgazione parziale delle leggi, tuttavia proprio sulla conversione del decreto-legge una promulgazione parziale potrebbe essere la soluzione che consente al Presidente della Repubblica di non frustrare il procedimento di conversione, ma al tempo stesso di espungere le disposizioni aggiunte in sede di conversione che maggiormente si configurano come abusive rispetto all’impianto della decretazione d’urgenza.

---

<sup>3</sup> Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, IX ediz., Padova, 1976, 636; G.F. CIAURRO, *Le istituzioni parlamentari*, Milano, 1982, 97; S.M. CICONETTI, *Decreti-legge e poteri del Presidente della repubblica*, in *Dir. e Società*, 1980, 563 ss.; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, Padova, 1989. A favore della possibilità di esercitare tale potere presidenziale, sia pure con limitazioni di prudenza e di opportunità, cfr. C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 882 s.; L. PALADIN, *Art. 77*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1979, 77 ss.; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, V ediz., Torino, 1982, 330; M.C. GRISOLIA, *Il rinvio presidenziale delle leggi*, in *Quad. Cost.*, 1992, 227 ss.; da ultimo, il dibattito di [Astrid](#), 2008, tra cui V. ONIDA, *Emendamenti alla legge di conversione del decreto legge e rinvio presidenziale*.

**Domiziano Pierantoni**  
**Rielezione del Presidente della Repubblica: qualche riflessione**  
**(ad un anno dalla rielezione del Presidente Mattarella)\***

**ABSTRACT:** *This paper, taking inspiration from the recent re-election of President Sergio Mattarella, wants to suggest some reflections on the topic of the re-election of the President of the Republic.*

SOMMARIO: 1. Premessa. La rielezione del Presidente della Repubblica, da *extrema ratio* a «ipotesi ordinaria»? – 2. Sull’opportunità di introdurre un divieto espresso di rieleggibilità del Capo dello Stato. – 3. Rieleggibilità e “semestre bianco”: *simul stabunt, simul cadent*.

1. *Premessa. La rielezione del Presidente della Repubblica, da extrema ratio a «ipotesi ordinaria»?*

All’esito dell’elezioni del gennaio 2022, il Presidente Mattarella si è trovato a dover disfare le proprie valigie e a dover organizzare il prolungato soggiorno tra le mura del Palazzo del Quirinale<sup>1</sup>. La rielezione del Capo di Stato uscente, lungi dal potersi definire un successo della rappresentanza parlamentare e un esito fausto per la stabilità delle istituzioni nazionali, è stata frutto dell’incapacità, per non dire della mancata volontà, delle forze politiche di accordarsi su un nome nuovo.

Si tratta di una vicenda che ha suggerito e continua a suggerire un’attenta riflessione sull’opportunità di introdurre in Costituzione limiti espressi alla rielezione del Presidente della Repubblica<sup>2</sup>.



<sup>1</sup> Le elezioni quirinalizie del gennaio del 2022 si sono svolte in un contesto reso particolare sia dall’odiosa crisi sanitaria causata dal diffondersi del virus SARS-CoV-2 (fattore che ha imposto l’adozione di una serie di misure per preservare la salute degli elettori presidenziali senza, al contempo, penalizzare il diritto di voto di quanti tra essi fossero positivi e/o sottoposti a quarantena), sia dalla complessità della stagione politica, caratterizzata dalla presenza di un singolare governo definito dallo stesso Presidente del Consiglio dei ministri Mario Draghi come governo di «salvezza nazionale», frutto di un ampio accordo di coalizione e sorretto da un’anomala, seppur ampia, maggioranza c.d. «dalle larghe intese». Dopo giorni di inutili trattative e l’insuccesso di varie candidature, le forze politiche hanno compreso che la via da prediligere per uscire dall’*impasse* venutasi a creare era quella che portava a convergere sulla rielezione di Sergio Mattarella. La stessa strada suggerita chiaramente dall’Aula di Montecitorio. Si può dire, infatti, che la rielezione di Mattarella abbia preso forma spontaneamente “dal basso”: i parlamentari lo hanno votato sin da subito senza seguire indicazioni di partito, in un crescendo costante di consensi. Così, il 29 gennaio 2022, all’ottavo scrutinio, Sergio Mattarella veniva rieletto Presidente della Repubblica con 759 voti, divenendo il Capo di Stato più votato dopo Pertini (che ne ottenne 832). La ragione principale di questo moto spontaneo dei parlamentari, coagulatisi intorno al Presidente uscente, è stata l’esigenza di portare al Colle una figura che salvaguardasse la maggioranza e che consentisse al Governo di proseguire nel proprio operato sino al termine della legislatura: di fatto, si è optato per un mantenimento dell’allora formazione istituzionale, con Mario Draghi fermo a Palazzo Chigi e Mattarella confermato al Quirinale. Cfr., in tal senso, I. PELLIZZONE, *Il ruolo del Parlamento nella rielezione presidenziale, tra vuoto dei leader e crisi di governo. Riflessioni a margine della seconda elezione del Presidente Mattarella*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 4-5, paper del forum *Elezione del Presidente della Repubblica: riflessioni costituzionali “a caldo”*, 31 gennaio 2022. Per un quadro completo sulla rielezione di Sergio Mattarella, v. L. DE CARLO, E. ROSSI, G. SANTINI, *L’elezione del Capo dello Stato tra regole, regolarità e innovazioni (Rileggendo la tornata presidenziale del gennaio 2022)*, in [Nomos](http://Nomos.it), n. 1/2022.

<sup>2</sup> Tema, quello dell’opportunità di introdurre in Costituzione limiti espressi alla rieleggibilità del Presidente della Repubblica, risultato oggetto di ponderazione sia nel corso dei lavori preparatori della Costituzione sia durante le successive vicende della Repubblica italiana. A tal riguardo, sono noti il messaggio del 16 settembre del 1963, inviato alle Camere dal Presidente Segni, e la conseguente proposta di revisione costituzionale avanzata dal Governo Leone (C. 599 – IV Legislatura): entrambi miranti a sopprimere, parallelamente, l’immediata rieleggibilità del Capo dello Stato e il semestre bianco. Altrettanto noto il messaggio che lo stesso Leone, una volta assunto a prima carica dello Stato, inviò alle Camere il 14 ottobre del 1975 ribadendo l’opportunità di una revisione costituzionale in tal senso. Il tema riaffiorò durante la IX Legislatura, con la Commissione parlamentare bicamerale per le riforme istituzionali (c.d. Commissione Bozzi) che propose l’introduzione della non immediata rieleggibilità e, quanto alla facoltà di cui all’art. 88 della Costituzione, la subordinazione del potere di sciogliere le Camere al parere conforme dei Presidenti dei due rami del Parlamento. Della

Sul punto, la nostra Carta fondamentale tace. L'art. 85 della Costituzione si limita a stabilire la durata settennale del mandato presidenziale, nulla dicendo in merito alla possibilità di una nuova nomina. Né il silenzio del Costituente può dirsi "neutro", essendo in altri casi inequivocabilmente esclusa la possibilità di un secondo mandato (artt. 104, comma 6, e 135, comma 3)<sup>3</sup>.

Come noto, in effetti, in sede di Assemblea costituente si ritenne preferibile non introdurre un divieto espresso di rieleggibilità del rappresentante dell'unità nazionale, apparendo inopportuno precludere a priori la possibilità di avvalersi delle già collaudate capacità di personalità di altissimo profilo<sup>4</sup>.

La non rielezione deve, tuttavia, ritenersi più conforme al nostro modello costituzionale di Presidente della Repubblica<sup>5</sup>. L'ipotesi inversa dovrebbe rappresentare un'*extrema ratio*, una strada eccezionale da potersi percorrere in situazioni di gravissimo stallo<sup>6</sup>. Eppure, oggi registriamo che per la seconda volta consecutiva si è assistito al reinsediamento del Capo di Stato uscente<sup>7</sup>.

Se un espresso divieto in tal senso poteva apparire un eccessivo irrigidimento a fronte di un prassi che, nell'arco di più di sessant'anni di vigenza della Carta costituzionale, aveva relegato la rielezione del Presidente della Repubblica a mera possibilità teorica<sup>8</sup>, (prassi, questa, che il Presidente Ciampi

---

legislatura successiva è l'iniziativa presso il Senato (S. 845 – X Legislatura) dei Senatori Mancino, Fabbri, Cariglia e Malagodi mirante a modificare gli articoli 85 e 88 della Costituzione al fine, da un lato, di introdurre un divieto assoluto di rieleggibilità e, dall'altro lato, di abrogare il secondo comma dell'art. 88. Dello stesso tenore il più recente disegno di legge costituzionale d'iniziativa dei senatori Parrini, Zanda e Bressa (S. 2468 – XVIII Legislatura). Tutte proposte, queste, rimaste lettera morta, con gli artt. 85 e 88 della Costituzione che sono rimasti identici a sé stessi, eccezion fatta per la modifica apportata al capoverso dell'art. 88 dalla legge costituzionale 4 novembre 1991, n. 1 che, nell'affrontare il problema della coincidenza tra la fine della legislatura e il c.d. semestre bianco, adottò una parziale deroga alla regola generale consentendo al Presidente della Repubblica di esercitare il potere di scioglimento delle Camere anche durante gli ultimi sei mesi del suo mandato quando essi coincidano, in tutto o in parte, con gli ultimi sei mesi della legislatura.

<sup>3</sup> Cfr. M. VOLPI, *Considerazioni sulla rieleggibilità del Presidente della Repubblica*, in *Quad. cost.*, n. 1/1985, 108-109. In tal senso, più di recente, anche R. BORRELLO, *Intervento al Forum "La coda del Capo: Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato"*, in *Nomos*, n. 3/2021, 21; O. CHESSA, *Intervento al Forum "La coda del Capo"*, cit., 33.

<sup>4</sup> Sul punto, per ricostruire il dibattito e isolare le diverse posizioni affermatesi in seno alla Costituente, è interessante consultare i seguenti documenti: A.C., Commissione per la Costituzione, Seconda sottocommissione (prima Sezione), *Resoconto sommario della seduta di giovedì 19 dicembre 1946*, 6; A.C. Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria, *Resoconto sommario della seduta di martedì 21 gennaio 1947*, 136.

<sup>5</sup> Cfr. L. PALADIN, *Presidente della Repubblica* in *Enc. Dir.*, XXXV, 1986, 183.

<sup>6</sup> Cfr. M. LUCIANI, *La (ri)elezione nella dinamica della forma di governo*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2022, 8, il quale considera la rielezione del Presidente della Repubblica fattispecie *normale*, in quanto corrispondente ad una norma, ma non *ordinaria*. Si registra una situazione analoga a quella del decreto-legge: esattamente come tale atto governativo è fonte normale ma necessariamente straordinaria, altrettanto normale e straordinaria è la rielezione del Capo di Stato.

<sup>7</sup> Il 20 aprile 2013 Giorgio Napolitano, primo caso nella storia della nostra Repubblica, è stato rieletto Capo di Stato. Ciò è avvenuto in un contesto politico e istituzionale del tutto particolare, segnato dalle difficoltà riscontrate nel formare un governo a seguito delle elezioni parlamentari del 24 e 25 febbraio 2013. Le forze politiche risultavano profondamente divise (anche al loro interno) e al contempo ansiose di uscire rapidamente dalla situazione di stallo venutasi a creare. Le difficoltà risultarono acuite dopo il fallimento delle candidature di Franco Marini e di Romano Prodi. La rielezione del Presidente uscente rappresentò, quindi, una sorta di salvagente per un sistema entrato in un singolare cortocircuito, determinato da una situazione di temporanea ingovernabilità del Paese a seguito di elezioni dagli esiti pesantemente incerti e da una crescente conflittualità tra i partiti che complicava assai la possibilità di accordarsi sull'individuazione di un nome nuovo per il Colle. In tale contesto, il Presidente Napolitano (che aveva dichiarato più volte di non aspirare ad una rielezione sia per ragioni istituzionali che per motivi personali) decise di accogliere l'appello rivoltagli dai leader dei partiti politici. Venne, così, rieletto al sesto scrutinio ottenendo 738 voti. Il 14 gennaio 2015 rassegnò le proprie dimissioni, peraltro preannunciate nel messaggio di fine anno del 31 dicembre 2014, per difficoltà dovute all'età. Sulla rielezione di Giorgio Napolitano, *ex multis*, G. SCACCIA, *La storica rielezione di Napolitano e gli equilibri sulla forma di governo*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013 e M. OLIVETTI, *Il tormentato avvio della XVII legislatura: le elezioni politiche, la rielezione del Presidente Napolitano e la formazione del governo Letta*, in *Amministrazione In Cammino*, maggio 2014, 40 ss. Si ricordi, peraltro, che la rielezione era stata in precedenza adombrata anche per Sandro Pertini, che non aveva contrastato l'ipotesi: cfr. G. ROSSI, *Pertini precisa l'intervista e non esclude la rielezione*, in *la Repubblica* del 3 aprile 1985.

<sup>8</sup> L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit., osservava come l'ipotesi della rielezione fosse ormai da considerarsi con sfavore e appartenente al novero degli eventi «politicamente improbabili».



non esitava a definire «consuetudine significativa»<sup>9</sup>), ad oggi i termini della questione appaiono incontrovertibilmente cambiati tanto da doversi chiedere: rischia, forse, di svanire la natura di caso limite della rielezione del Capo dello Stato? Che sia, dunque, il caso di riformare il testo della nostra Costituzione?

## 2. *Sull'opportunità di introdurre un divieto espresso di rieleggibilità del Capo dello Stato*

Il rinnovo di un mandato lungo, quale quello settennale del Presidente della Repubblica, mal si confà alle caratteristiche proprie della forma repubblicana del nostro Stato<sup>10</sup>. La rielezione consente al rappresentante dell'unità nazionale di detenere una porzione significativa di potere per un lasso temporale che corrisponde a quasi tre legislature. Quattordici anni sono veramente tanti, per non dire troppi, mentre una concezione rigorosa della forma repubblicana imporrebbe, oltre che l'elettività, l'alternanza al potere in forza del principio della temporaneità delle cariche politiche di vertice, tanto più se monocratiche<sup>11</sup>.

Né, peraltro, può fuggirsi del tutto l'idea che, complici l'aumento dell'aspettativa di vita e il silenzio della Costituzione, in futuro si possa prospettare addirittura l'ipotesi di andare oltre il secondo mandato presidenziale.

Ne potrebbe derivare un ulteriore *assist* alla tendenza espansionistica dei poteri di un Capo dello Stato dalla spiccata "forza politica": da garante del corretto equilibrio tra gli organi cui spetta la direzione politica dello Stato a partecipe, sempre più attivo, della direzione politica di governo in senso proprio<sup>12</sup>.

Ora più che mai sembra, dunque, rilevante ponderare attentamente l'opportunità di introdurre in Costituzione un divieto espresso di rielezione.

Non deve trascurarsi, infatti, la possibilità che si affermi una prassi nel senso dell'immediata rielezione del Presidente uscente<sup>13</sup>. Nel duplice illustre precedente Napolitano - Mattarella è insito il pericolo che l'eccezione alla regola si trasformi nel *commodus discessus* cui le forze politiche possano, sempre più facilmente, far ricorso quando le opportunità del caso lo suggeriscano<sup>14</sup>. È il

---

<sup>9</sup> A fronte delle numerose dichiarazioni favorevoli ad una sua eventuale rielezione, il Presidente Ciampi, con una dichiarazione resa nota dall'Ufficio Stampa del Quirinale il 3 maggio 2006, manifestò la sua non disponibilità ad un rinnovo del mandato osservando come: «nessuno dei precedenti nove Presidenti della Repubblica è stato rieletto. Ritengo che questa sia divenuta una consuetudine significativa. È bene non infrangerla». Cfr. M. OLIVETTI, *Il tormentato avvio della XVII legislatura*, cit., 52, il quale, in realtà, ritiene preferibile interpretare la dichiarazione del Presidente Ciampi in senso atecnico, escludendo, cioè, che egli intendesse evocare la consuetudine costituzionale in senso giuridico. S. CECCANTI, *Rieletto, ma non troppo: le grandi differenze tra l'undicesimo e il dodicesimo Presidente*, in *Forum di Quad. cost.*, 22 aprile 2013, 1, parlava di «convenzione sulla non rielezione del Presidente».

<sup>10</sup> Cfr. L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit., 185; più di recente L. LONGHI, *Cincinnato e la discesa dal Colle. Osservazioni in tema di rieleggibilità del Presidente della Repubblica*, in *Dir. pubbl. eur. – Rassegna online*, n. 1/2022, 106.

<sup>11</sup> Cfr. G. AZZARITI, *Perché la rielezione del Presidente va vietata*, in *Il Manifesto*, 31 gennaio 2022.

<sup>12</sup> Cfr. G. SCACCIA, *Intervento al Forum "La coda del Capo"*, cit., 84.

<sup>13</sup> Cfr. A. CIANCIO, *La rielezione di Mattarella, il de profundis per la politica e quel "soffitto di cristallo" che non si infrange*, in *federalismi.it*, 5/2022, 3, paper del forum *Elezioni del Presidente della Repubblica: riflessioni costituzionali "a caldo"*. Si vedano anche G. AZZARITI, *Perché la rielezione del Presidente va vietata*, cit., il quale osserva che «quel che preoccupa è l'affermarsi della "regola" della conferma del mandato settennale dei presidenti»; L. LONGHI, *Cincinnato e la discesa dal Colle*, cit., 102. A. RUGGERI, *La rielezione di Mattarella al Quirinale, ovvero sia il crepuscolo della politica e della Repubblica*, in questa *Rivista*, editoriale del 31 gennaio 2022, 1, ritiene che la rielezione di Mattarella sia segno incipiente di una «consuetudine costituzionale in progress».

<sup>14</sup> G. M. SALERNO, *Dalla prima alla seconda Presidenza Mattarella: novità nella continuità*, in *federalismi.it*, 5/2022, 4-5, sottolinea come la rielezione di Sergio Mattarella sia stata considerata dai soggetti istituzionali e politici come ipotesi "ordinaria" e non come *extrema ratio* cui poter ricorrere in casi di assoluta irresolutezza nella determinazione di una scelta sufficientemente condivisa all'interno del Parlamento. Così, osserva significativamente l'A., mentre lo stesso Giorgio Napolitano nel discorso di (re)insediamento pronunciato il 22 aprile 2013 faceva riferimento alla sua rielezione come ad «una scelta pienamente legittima ma eccezionale», nel discorso pronunciato dal Presidente Mattarella il 3 febbraio 2022 non si è fatto alcun cenno al carattere eccezionale della rielezione quasi che quest'ultima «sia stata ormai incorporata

rischio di spalancare la porta a tatticismi e a logiche conservative che, le vicende elettorali del gennaio del 2022 lo raccontano, portino il Parlamento in seduta comune ad abdicare alle proprie responsabilità verso la Nazione e verso la Costituzione pur di mettere al riparo la maggioranza da terremoti e fratture interne<sup>15</sup>.

Non solo.

Non può di certo dirsi peregrina l'ipotesi che un prossimo Presidente della Repubblica accarezzi, in cuor suo, l'idea di essere confermato al vertice dello Stato. È indubbio che la rettitudine di ogni incarico deve molto alla coscienza e alle caratteristiche proprie della persona che lo ricopre: di qui le modalità con cui esso viene concretamente esercitato. Il pericolo attuale, tuttavia, è quello di incrinare fortemente il ruolo di garanzia che la Costituzione assegna al rappresentante dell'unità nazionale<sup>16</sup>. La possibilità del rinnovo del mandato, così come recentemente "sdoganata", rischia, infatti, di portare in sé un germe patogeno per l'imparzialità e l'indipendenza, anche morale, che si esige nell'adempimento dell'altissimo ufficio *de quo*. Si potrebbe insinuare l'odioso sospetto che qualche atto del Presidente uscente possa essere compiuto al fine di favorirne la rielezione<sup>17</sup>. Con la conseguenza che, a ben vedere, risulterebbe tradita la *ratio* sottesa proprio alla scelta del mandato settennale<sup>18</sup>: il Capo di Stato è sì affrancato dal Parlamento che lo ha espresso ma v'è il pericolo che tale non risulti dinnanzi a quello che lo potrebbe rieleggere.

Di qui, lungi dal sottovalutare le plurime sfaccettature della natura umana, l'esigenza di prevedere una disciplina idonea a ridurre, in chi lo detiene, la tentazione di far uso del potere per finalità improprie.

Si potrebbe riflettere, a tal fine, sull'opportunità di introdurre un divieto espresso di *immediata* rielezione<sup>19</sup>.

Ipotesi "intermedia", questa, che avrebbe il pregio di assicurare fino al termine del settennato una piena indipendenza e imparzialità del Presidente della Repubblica dalle Camere.

---

nella regolarità della concretizzazione del vigente dettato costituzionale». I. PELLIZZONE, *L'impatto della rielezione del Presidente Mattarella: verso aspettative di rieleggibilità della carica presidenziale?* nella Rubrica "La Lettera" 2/2022, sul [sito](#) dell'AIC, osserva come le vicende del gennaio del 2022 abbiano rafforzato la consapevolezza delle forze politiche circa la percorribilità e la "comodità" della rielezione del Presidente della Repubblica uscente.

<sup>15</sup> Cfr. E. FURNO, *La rivincita dei peones*, in [federalismi.it](#), 5/2022, paper del forum *Elezioni del Presidente della Repubblica: riflessioni costituzionali "a caldo"*. L'A. sottolinea come il risultato delle elezioni presidenziali sia stato condizionato in modo decisivo dall'impatto che la scelta presidenziale avrebbe avuto sulle sorti del governo. La riconferma del Presidente Mattarella, in sostanza, è stata determinata dall'incapacità della classe politica di trovare un nome condiviso per il Colle che potesse evitare fratture interne alla maggioranza c.d. «dalle larghe intese». Ha pesato, peraltro, anche la prospettiva della riduzione dei parlamentari a partire dalla legislatura successiva, fattore che ha provocato un effetto trasversale sugli elettori presidenziali nel senso di confermare Mattarella per conservare un equilibrio, seppur precario, e allontanare lo spettro delle elezioni anticipate. In termini analoghi, I. PELLIZZONE, *il ruolo del Parlamento nella rielezione presidenziale*, cit., 4-5.

<sup>16</sup> Cfr. G. AZZARITI, *Perché la rielezione del Presidente va vietata*, cit.

<sup>17</sup> Cfr. A. SEGNI, *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica*, Camera dei deputati, *Documenti – Disegni di legge e relazioni*, doc. XII, n. 1, IV Legislatura, 16 settembre 1963, 6. Sul messaggio del Presidente Segni e sul vivo dibattito dottrinale cui diede origine si v. G. MENEGATTO, [Ancora sul semestre bianco e sulla rieleggibilità del Presidente della Repubblica, a 130 anni dalla nascita di Antonio Segni](#), in questa *Rivista*, 2021/I, 258 ss.

<sup>18</sup> La durata settennale del mandato presidenziale si giustifica con due ordini di ragioni: da un lato, la necessità di garantire continuità e stabilità all'esercizio delle funzioni presidenziali; dall'altro lato, l'esigenza di svincolare il mandato del Presidente della Repubblica dal Parlamento che lo ha espresso. A tal riguardo, occorre ricordare che nell'originario disegno costituzionale il Senato aveva una durata di sei anni: per rafforzare l'indipendenza dell'eletto dagli elettori era, quindi, necessario prevedere per il Capo di Stato un mandato di almeno sette anni. Cfr. F. Modugno (cur.), *Diritto pubblico*, Torino, 2021, 492.

<sup>19</sup> Tale opzione fu presa in considerazione già nel corso dei lavori della prima Sezione della seconda Sottocommissione per la Costituzione: l'on. Paolo Rossi suggerì di riflettere sulla possibilità di ammettere la rielezione del Presidente della Repubblica solo dopo un certo periodo di tempo dal termine del precedente mandato; l'on. Giuseppe Fuschini, quindi, propose di prevedere un divieto espresso di immediata rieleggibilità. Al riguardo: A.C., Commissione per la Costituzione, Seconda sottocommissione (prima Sezione), *Resoconto sommario della seduta di giovedì 19 dicembre 1946*, 6-7.

Si eviterebbe, peraltro, di irrigidire in maniera eccessiva l'esercizio delle funzioni presidenziali, garantendo quella soluzione di continuità tra un mandato e l'altro necessaria a non frenare la logica dell'alternanza al vertice propria di un ordinamento democratico.

Allo stesso tempo, tuttavia, lungi dal tradire il pensiero affermatosi in seno alla Costituente, non si chiuderebbe del tutto alla possibilità di avvalersi nuovamente delle illustri capacità di chi abbia già assunto l'incarico con onore. Né si tratterebbe di una possibilità meramente teorica<sup>20</sup> giacché, fermo restando il requisito dei cinquanta anni di età previsto dall'art. 84, primo comma, della Costituzione e tenuto conto della sempre più longeva aspettativa di vita, l'eventualità di vedere il Parlamento in seduta comune e allargata considerare la rielezione di un ex Presidente della Repubblica potrebbe senz'altro concretizzarsi.

### 3. Rieleggibilità e "semestre bianco": simul stabunt, simul cadent

Sia permessa un'ulteriore sintetica osservazione.

Laddove si modificasse l'art. 85 della Costituzione nel senso di introdurre un limite espresso all'immediata rieleggibilità del Capo dello Stato, occorrerebbe altresì eliminare la previsione del c.d. "semestre-bianco". Si tratta di una disposizione, quella di cui al secondo comma dell'art. 88 della Costituzione, che paralizza il potere del Presidente della Repubblica di sciogliere le Camere, o anche una sola di esse, durante l'ultimo semestre del mandato settennale, salvo che questo coincida, in tutto o in parte, con gli ultimi sei mesi della legislatura<sup>21</sup>. Ne risulta alterato il difficile e delicato equilibrio tra i poteri dello Stato ottenendosi l'effetto, tutt'altro che funzionale, di privare l'ordinamento di un efficace strumento di superamento di eventuali crisi del sistema istituzionale<sup>22</sup>.

In seno alla Costituente, una volta non esclusa la rieleggibilità del Presidente della Repubblica, si volle prevedere una garanzia volta ad impedirgli di attuare un «piccolo colpo di stato legale»<sup>23</sup>, strumentalizzando l'esercizio – o anche solo la minaccia di esercizio<sup>24</sup> – del potere *de quo* allo scopo di propiziare una propria rielezione.

Modificando l'art. 85 della Costituzione nel senso di prevedere un divieto di immediata rielezione del Capo dello Stato – sbarrando le porte, dunque, a qualsivoglia tentativo di anteporre la propria

---

<sup>20</sup> Come riteneva, ad esempio, l'on. Aldo Moro che, esprimendosi in senso contrario al limite della non rieleggibilità immediata del Presidente della Repubblica, osservò che, a fronte del lungo mandato settennale, una simile previsione si sarebbe tradotta, di fatto, nell'annullamento della concreta possibilità di rielezione (si veda A.C., Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria, *Resoconto sommario della seduta di martedì 21 gennaio 1947*, 136).

<sup>21</sup> Così il capoverso dell'art. 88 della Costituzione come modificato dalla legge costituzionale 4 novembre 1991, n. 1. In precedenza, infatti, la regola del c.d. semestre bianco era assoluta. L'obiettivo perseguito dalla novella del 1991 aveva carattere contingente: si voleva evitare "l'ingorgo istituzionale" che si sarebbe determinato nel luglio dell'anno successivo, allorché la naturale scadenza della X Legislatura sarebbe coincisa con il termine del mandato del Presidente Francesco Cossiga. Per procedere all'elezione del nuovo rappresentante dell'unità nazionale senza la proroga del mandato settennale prevista dall'art. 85, comma 3, della Costituzione, e per permettere lo svolgimento delle elezioni legislative del 1992 in un periodo congruo dell'anno (si svolsero il 5 e il 6 aprile), il Parlamento approvò la legge costituzionale *de qua*, conferendo al Capo dello Stato un più ampio margine di manovra. Al riguardo, V. ONIDA, *L'ultimo Cossiga: recenti novità nella prassi della Presidenza della Repubblica*, in *Quad. cost.*, n. 2/1992, 183, parla di «soluzione minimalistica» che «non ha risolto nessuno dei problemi da tempo posti intorno all'art. 88, né quello della utilità del "semestre bianco" (...); né quello, connesso, dell'opportunità di sancire la non rieleggibilità del Presidente della Repubblica».

<sup>22</sup> Cfr. A. SEGNI, *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica*, cit., 6. Cfr. G. MENEGATTO, *Ancora sul semestre bianco e sulla rieleggibilità del Presidente della Repubblica*, cit., che ricostruisce il vivo dibattito dottrinale stimolato proprio dal messaggio del Presidente Segni.

<sup>23</sup> Così l'on. Renzo Laconi: si veda A.C., *Seduta pomeridiana di venerdì 24 ottobre 1947*, 1545.

<sup>24</sup> Cfr. M. LUCIANI, *La (ri)elezione nella dinamica della forma di governo*, cit., 6: «potrà anche essere astratta e velleitaria la speranza del Presidente della Repubblica di avere dalla sua, dopo le elezioni, nuove Camere più favorevoli, ma è certamente concreto e realistico il pregiudizio ch'egli (...), sciogliendo, arreca alle Camere *vecchie*. È dunque la semplice minaccia dello scioglimento che conta, e conta proprio per il suo effetto di possibile condizionamento dell'azione di Camere che di essere sciolte non hanno mai particolare desiderio».

ambizione alla fedeltà verso la Repubblica e al bene della Nazione – verrebbe meno il presupposto stesso del divieto di sciogliere le Camere durante l'ultimo semestre presidenziale; sicché all'introduzione del primo dovrebbe far seguito, ad effetto domino, il venir meno del secondo<sup>25</sup>.

Potrebbe dirsi allora "*simul stabunt simul cadent*"<sup>26</sup>, purché ad andare al tappeto non sia il corretto funzionamento del nostro Stato repubblicano.

---

<sup>25</sup> Cfr., *ex multis*, G. AZZARITI, *Intervento al Forum "La coda del Capo"*, cit., 11; S. CECCANTI, *Intervento al Forum "La coda del Capo"*, cit., 28; M. LUCIANI, *Intervento al Forum "La coda del Capo"*, cit., 55; G. SCACCIA, *Intervento al Forum "La coda del Capo"*, cit., 80-81; ancora G. AZZARITI, *Perché la rielezione del Presidente va vietata*, cit.; L. LONGHI, *Cincinnato e la discesa dal Colle*, cit., 105.

Non mancano, tuttavia, opinioni di segno contrario che, cioè, affermano l'indipendenza reciproca della rieleggibilità del Presidente della repubblica e del c.d. semestre bianco. Da ultimo, in tal senso, G. MENEGATTO, *Ancora sul semestre bianco e sulla rieleggibilità del Presidente della Repubblica*, cit. 272 ss. L'A. ritiene che le due questioni non debbano considerarsi connesse in un rapporto di reciproca pregiudizialità bensì debbano essere mantenute distinte. Così, è dell'idea che il semestre bianco debba abolirsi indipendentemente dall'introduzione di un divieto espresso di rieleggibilità che, anzi, considera possibilità da dover mantenere nell'ordinamento in quanto strumento cui poter utilmente ricorrere per scongiurare il protrarsi di un'eventuale crisi sistemica.

<sup>26</sup> G. SCACCIA, *Intervento al Forum "La coda del Capo"*, cit., 81.

**Marco Marazzini**

**I poteri normativi del Governo nell'emergenza bellica in Ucraina.  
Alcuni spunti critici a partire dall'invio di aiuti militari e sulla loro secretazione\* \*\***

**ABSTRACT:** *This article aims to reconstruct the Italian legal system's reaction to the international crisis following the Russian invasion of Ukraine. The article focuses on the government's regulatory power in relation to the crisis, highlighting how both successive governments, one year after the start of the war crisis, preferred to resort to "ad hoc" legislation instead of using the legal instruments provided by the legal system. In particular, the article focuses on the relationship between the governmental decrees and the l. no. 145 of 2016 and on the decision to classify the list of armaments sent to the theatre of war.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa – 2. Le vicende normative della crisi ucraina – 2.1. La prima reazione all'aggressione dal punto di vista del diritto – 2.2. I successivi sviluppi sotto il Governo Draghi – 2.3. Le misure adottate dall'inizio della XIX legislatura al febbraio 2023 – 3. L'uso della classificazione da parte del Governo e il ruolo del COPASIR – 4. Rilievi critici sulla risposta dell'ordinamento italiano alla crisi internazionale – 4.1. Problemi e patologie delle tecniche e dei procedimenti normativi utilizzati – 4.2. La scarsa considerazione verso la legge quadro sulle missioni internazionali e la preferenza per un regime di specialità – 5. Guerra, segreto e potere dell'Esecutivo: considerazioni conclusive.

### 1. Premessa

Nel presente articolo s'intende tracciare un bilancio di come si sono manifestati finora i poteri del Governo, con particolare attenzione ai poteri normativi, a un anno di distanza dall'inizio della crisi internazionale successiva alla guerra d'aggressione mossa dalla Federazione Russa all'Ucraina, guerra tutt'ora in corso e i cui effetti coinvolgono anche il nostro ordinamento<sup>1</sup>.

Entro la vasta gamma di disposizioni e interventi che si sono susseguiti da fine febbraio, la vicenda dell'invio di armi, equipaggiamenti e mezzi militari alle forze armate ucraine si è poi caratterizzata per la sua capacità di suscitare ampio interesse, non solo nella comunità scientifica ma anche nell'opinione pubblica, non da ultimo per la decisione governativa di secretare l'elenco dei materiali.

Tenendo ferma una prospettiva giuridico-costituzionalista, nei prossimi paragrafi si offrirà dunque una prima ricostruzione delle vicende normative che hanno riguardato la risposta italiana alla crisi, ponendole in ordine cronologico e soffermandosi in particolare sugli aspetti attinenti al sostegno militare, per poi evidenziarne gli elementi più problematici.

I profili su cui ci si soffermerà nel presente contributo sono, dunque, soprattutto quelli che potremmo definire come gli aspetti "procedurali" della cosiddetta "Costituzione della difesa"<sup>2</sup>. Un'espressione che è peraltro da intendersi qua in senso piuttosto ampio, vista la perdurante non applicazione dell'art. 78 della Costituzione e il conseguente configurarsi di una 'legislazione della difesa' che della prima ha ripreso i principi, pur non attuandola<sup>3</sup>.



*\*\* Il presente contributo costituisce una rielaborazione e un aggiornamento del mio intervento al Seminario di studi dal titolo "Bilanci e prospettive intorno ai poteri normativi del Governo. A dieci anni dalla sentenza n. 22 del 2012 della Corte costituzionale", tenutosi presso l'Università di Genova il 25 novembre 2022.*

<sup>1</sup> Si deve premettere che le riflessioni pubblicate offrono una panoramica della situazione aggiornata ai primi di marzo 2023. Il rapido susseguirsi degli atti normativi adottati, che riflette la continua evoluzione delle operazioni militari e l'incertezza del contesto geopolitico, rende difficile prevedere con esattezza gli sviluppi collegati alla guerra in Ucraina, anche da un punto di vista costituzionalistico.

<sup>2</sup> L'espressione è in G. De Vergottini (cur.), *Costituzione della difesa e stati di crisi per la difesa nazionale*, Bologna, 1991.

<sup>3</sup> Sulle ragioni della non applicazione dell'art. 78 Cost., da intendersi come un fatto ormai risalente, e l'adozione di una legislazione che ne riproduce la logica, pur dovendo ritenersi alternativa all'attuazione costituzionale, G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004, 228 ss. e P. CARNEVALE,

Le osservazioni conclusive saranno infine dedicate all'analisi di alcune delle ragioni del generale aumento dei poteri governativi, ricollegabile alla crisi bellica, e all'elemento del "segreto" a essa evidentemente sotteso.

Non trova invece spazio in queste pagine l'aspetto, pur discusso in dottrina e d'indubbia rilevanza, della compatibilità con l'art. 11 della Costituzione dell'invio di armi a uno Stato in guerra<sup>4</sup>, così come lo studio dei numerosi provvedimenti d'emergenza adottati in concomitanza o a causa del conflitto, ma che hanno riguardato profili di per sé estranei alla decisione di inviare allo Stato aggredito assetti militari, ovvero all'invio, potenziamento o rinnovo di missioni militari in conseguenza dell'invasione russa. Per questo motivo l'accoglienza dei profughi ucraini, le numerose misure di sostegno economico o di risposta alla crisi energetica, e anche la partecipazione italiana alle sanzioni economiche contro la Federazione Russa, non saranno trattati che di sfuggita nel corso della relazione, benché siano tutti ambiti che hanno visto un forte intervento da parte del Governo<sup>5</sup>.

## 2. *Le vicende normative della crisi ucraina*

### 2.1. *La prima reazione all'aggressione dal punto di vista del diritto*

Non è qua il caso di soffermarsi nel dettaglio sulla cronologia degli eventi immediatamente precedenti all'invasione russa del 24 febbraio, o del 21, se si considera come invasione già l'ingresso delle truppe nelle regioni separatiste del paese. Per quel che riguarda gli accadimenti giuridicamente rilevanti per il nostro discorso, si può comunque notare come la risposta sul piano delle organizzazioni sovranazionali e internazionali di cui l'Italia è parte sia venuta largamente a coincidere – se non ad anticipare, da un punto di vista temporale – con quella avvenuta sul piano interno.

Le prime sanzioni economiche vengono decise dal Consiglio dell'Unione europea già il 23 febbraio, mentre il 24 nuove sanzioni sono varate dal Consiglio europeo, dopo una riunione

---

*Guerra, Costituzione e legge. Qualche riflessione sul trattamento costituzionale della guerra anche alla luce della recente legge sulle missioni internazionali*, in M. Cavino (cur.), *Il diritto della guerra e della pace*, Napoli, 2019, 44 e ss., 53.

<sup>4</sup> Il dibattito dottrinario sulla portata normativa del ripudio della guerra di cui all'art. 11 Cost. si è riaperto dall'inizio del conflitto. In particolare, si possono segnalare gli interventi del Seminario su *Democrazia e Costituzioni alla prova della guerra*, organizzato dall'Associazione Italiana dei Costituzionalisti il 16 marzo 2022 e ora raccolti in [Osservatorio costituzionale](#), n. 3 del 2022, 6 ss.; ma anche quelli svolti al Seminario della Rivista [Costituzionalismo.it](#) del 1° aprile 2022 e ora raccolti nel Quaderno n. 4 della stessa Rivista, curato da G. AZZARITI, *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?* Napoli, 2022. Da ultimo, si veda anche il Seminario *Costituzione e relazioni internazionali*, organizzato dal Centro di studi sul Parlamento e Arsae-il Filangieri il 3 ottobre 2022 e ora pubblicato su *il Filangieri*, Quaderno 2022, Napoli. È proprio l'invio di armi a uno dei due Stati belligeranti a costituire l'aspetto più criticato da quella parte di dottrina che lo ritiene contrastare con il dettato dell'art. 11, a fronte della lettura evolutiva dell'articolo che si è affermata già a partire dagli anni '90, con la Prima Guerra del Golfo e il progressivo intensificarsi degli interventi all'estero delle nostre Forze Armate. Le attuali posizioni appaiono in forte continuità con il dibattito precedente, per alcuni esempi particolarmente rappresentativi del quale si vedano, rispettivamente, G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione*, cit., 38 ss. e, dall'altra parte, M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, 2010 e C. DE FIORES, *«L'Italia ripudia la guerra»? La Costituzione di fronte al nuovo ordine globale*, Roma, 2002.

<sup>5</sup> Non vi è spazio per dare conto degli interventi normativi intrapresi dall'Esecutivo in ciascuno degli ambiti sopra richiamati. Rispetto alla gestione dei profughi, è però importate rilevare come con delibera del Consiglio dei ministri del 28 febbraio 2022 sia stato dichiarato, fino al 31 dicembre 2022, lo stato d'emergenza, in relazione all'esigenza di assicurare soccorso e assistenza alla popolazione ucraina. Sotto il profilo della gestione dei profughi e sul piano delle fonti, il regime seguito ha dunque visto la compresenza delle ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione civile, emanate in conformità alla delibera *ex art.* 24 del Codice della Protezione civile, e di numerosi decreti-legge governativi, nonché d'interventi adottati via decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. Non sfuggirà che la coesistenza, talvolta caotica, di queste fonti richiama la recente emergenza pandemica e si caratterizza sempre più come un tratto costante della gestione emergenziale nel nostro ordinamento.

straordinaria<sup>6</sup>. Parallelamente, il 25 febbraio si tiene un vertice d'emergenza tra i capi di Stato e di governo dei paesi membri dell'Organizzazione del Trattato nord-atlantico (NATO), conclusosi con una dichiarazione congiunta di condanna dell'aggressione e che già prefigura il sostegno, implicitamente anche militare, allo Stato aggredito. Peraltro, un comunicato programmatico della NATO che allude all'eventualità di un'invasione si ha già il 16 febbraio, in occasione dell'incontro tra i ministri della difesa degli Stati aderenti<sup>7</sup>. Si possono inoltre annoverare, tra le iniziative intraprese a livello inter-governativo e a ridosso dell'aggressione, anche quelle adottate il 24 del mese dall'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE), nell'ambito della quale dal 10 febbraio si susseguono gli incontri del Consiglio permanente, nel tentativo di scongiurare la crisi, mentre, sempre il giorno 24, anche i vertici degli esecutivi dei paesi del G7 formulano una dichiarazione congiunta di condanna della Russia<sup>8</sup>.

Dalla prospettiva dell'ordinamento interno italiano, lo stesso 24 febbraio si riunisce in via straordinaria il Consiglio supremo di difesa (CSD), Presieduto dal Capo dello Stato, il cui comunicato pare esprimere già, almeno nelle linee essenziali, quello che è stato finanche criticato come un vero e proprio indirizzo politico generale, anteposto alla funzione di garanzia propria del Presidente della Repubblica, seppur di un Presidente posto "in Consiglio supremo di difesa"<sup>9</sup>, secondo quanto disposto dall'art. 87, comma 9, Cost. e dagli artt. 2 e 10, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 66 del 2010 (codice dell'ordinamento militare)<sup>10</sup>. Dal punto di vista giuridico, però, l'indirizzo politico in questione non può ritenersi correttamente attribuibile al Governo se non con il giorno successivo, il 25 febbraio, in cui si hanno a poca distanza l'informativa urgente del Presidente del Consiglio Mario Draghi alle Camere, il già menzionato vertice d'emergenza della NATO e, soprattutto, la deliberazione da parte del Consiglio dei ministri del d.l. n. 14 del 2022<sup>11</sup>.

Il decreto, rubricato «Disposizioni urgenti sulla crisi in Ucraina», prevede all'art. 2 la cessione, a titolo gratuito, di mezzi e materiali di equipaggiamento militari *non letali* di protezione alle autorità

---

<sup>6</sup> Le prime misure adottate dal Consiglio dell'Unione sanzionavano il riconoscimento russo dei territori secessionisti ucraini ([comunicato stampa del 23 febbraio 2022](#)). Per un compendio delle sanzioni adottate aggiornato al gennaio 2023 si può consultare il portale ufficiale [EU Sanctions Map](#) della Commissione europea, ma si veda anche Servizi studi del Senato, XIX legislatura (legis.), [Dossier europei, n. 11/DE](#), 12 dicembre 2022.

<sup>7</sup> In ordine cronologico: [comunicato stampa n. 33 del 16 febbraio 2022](#) e [n. 46 del 25 febbraio 2022](#), nel quale si dice che gli Stati membri s'impegnano "to provide political and practical support to Ukraine as it continues to defend itself and call on others to do the same".

<sup>8</sup> In ambito OSCE, v. [Joint statement by OSCE Chairman-in-Office Rau and Secretary General Schmid on Russia's launch of a military operation in Ukraine](#), del 24 febbraio 2022, ma si vedano anche i [resoconti](#) della seduta allargata del Consiglio permanente dello stesso giorno, a cui la Russia ha preso ancora parte e delle [antecedenti sedute](#) tra il 10 e il 22 febbraio. Per il G7, ospitato nel 2022 dalla Germania, v. [Leaders' Statement on the invasion of Ukraine by armed forces of the Russian Federation](#), nel quale si richiama genericamente «to support [l'Ucraina] with humanitarian assistance in order to mitigate the suffering».

<sup>9</sup> Il termine è in A. MANZELLA, *Il Capo dello Stato in "Consiglio supremo di difesa"*, in *Quad. cost.*, n. 2 del 1987, 231 ss.

<sup>10</sup> Nel [Comunicato stampa](#) del 24 febbraio 2022, pubblicato sul sito del Ministero della difesa, si legge che il CSD "esprime la più ferma condanna per l'ingiustificabile aggressione militare lanciata dalla Federazione Russa contro l'Ucraina" e che "La Repubblica Italiana chiede alla Federazione Russa l'immediata cessazione delle ostilità e il ritiro delle forze fuori dai confini internazionalmente riconosciuti dell'Ucraina." Rispetto alle misure da adottare, si dice che "Insieme con i paesi membri dell'UE e gli alleati della NATO è indispensabile rispondere con unità, tempestività e determinazione. L'imposizione alla Federazione Russa di misure severe vede l'Italia agire convintamente nel quadro del coordinamento in seno all'Unione Europea". La critica che nell'operato del CSD vi sia stata una confusione tra le funzioni di indirizzo politico e di garanzia è in C. DE FIORES, *Il principio costituzionale pacifista, gli obblighi internazionali e l'invio di armi a paesi in guerra*, in G. Azzariti (cur.), *Il costituzionalismo democratico*, cit., 29 ss. e in M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3 del 2022, 20 ss. Contro queste critiche, G. GUIGLIA, *Il ruolo del Consiglio supremo di difesa e l'aggressione militare all'Ucraina*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 2 del 2022, 1 ss.

<sup>11</sup> *Informativa urgente del Presidente del Consiglio dei ministri sul conflitto tra Russia e Ucraina*, rispettivamente in Atti parlamentari della Camera dei deputati (da ora, APC), XVIII legis., [sed. del 25 febbraio 2022](#) e Atti parlamentari del Senato della Repubblica (da ora, APS), XVIII legis., [sed. del 25 febbraio 2022](#). Una prima riunione del Consiglio dei ministri si era tenuta già la mattina del 24 febbraio, prima della riunione del CSD, ma, da quanto è dato sapere, non vi era stata trattata la questione della crisi ucraina. Si veda il relativo [comunicato stampa](#).

governative dell'Ucraina<sup>12</sup>. L'art. 1 autorizza, poi, fino al 30 settembre 2022, la partecipazione di personale militare alle iniziative della NATO, per l'impiego di quella che viene chiamata Forza a elevata prontezza (*Very High Readiness Joint Task Force* o VJTF)<sup>13</sup>. Si autorizza, inoltre, per tutto il 2022 la prosecuzione della partecipazione di personale militare al potenziamento di numerosi altri dispositivi NATO, in deroga alla legge quadro sulle missioni internazionali n. 145 del 2016<sup>14</sup>.

Il decreto n. 14 è il primo atto con forza di legge che stabilisce la disciplina dell'emergenza bellica collegata all'aggressione russa, nonché molte delle linee fondamentali che caratterizzano anche i mesi successivi, tra cui l'uso del decreto-legge come strumento principale di risposta alla crisi. Com'è noto il d.l. 14 è però stato seguito, il 28 febbraio, dal d.l. n. 16, che integra in maniera incisiva il regime giuridico della risposta italiana<sup>15</sup>. Questo avviene laddove, all'art. 1 del decreto-legge, si stabilisce che fino al 31 dicembre 2022, previo atto d'indirizzo delle Camere e con uno o più decreti del Ministro della difesa (di concerto con i Ministri degli affari esteri e dell'economia), sia autorizzata la cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari in favore delle autorità governative dell'Ucraina, in deroga alle disposizioni di cui alla legge n. 185 del 1990 ("Norme sul controllo dell'esportazione, importazione e transito dei materiali di armamento") e agli articoli 310 e 311 del codice dell'ordinamento militare e connesse disposizioni attuative<sup>16</sup>. La scomparsa dal testo del d.l. n. 16 della specificazione sul carattere "non letale" degli equipaggiamenti militari, insieme all'espressa deroga alle disposizioni che regolano l'esportazione e la cessione d'armi, è ciò che ha consentito il sostegno militare italiano all'Ucraina nel corso del 2022. Al contempo, l'art. 1 del decreto pone il meccanismo procedurale che, nei suoi tratti principali, regge tutt'ora tale sostegno e che è incentrato sui necessari atti d'indirizzo delle Camere e i successivi decreti interministeriali, con i secondi da adottarsi in occasione di ogni invio.

Nel trattare del sostegno militare all'Ucraina, si può peraltro osservare una forte sincronia tra il piano interno e il contesto euro-unitario, con quest'ultimo giocoforza fortemente integrato in quello nazionale nel quadro delle sanzioni economiche ma, *in maniera inedita*, anche nell'invio di armi. Infatti, lo stesso giorno in cui è emanato il d.l. n. 16, il 28 febbraio, con decisioni PESC n. 338 e 339 del 2022, anche il Consiglio dell'Unione (da ora, Consiglio), delibera all'unanimità il finanziamento della fornitura di materiale militare letale alle forze armate ucraine, per una prima *tranche* da 500 milioni di euro<sup>17</sup>. Le decisioni, adottate nell'ambito della Politica di sicurezza e di

---

<sup>12</sup> D.l. 25 febbraio 2022, n. 14, conv., con modif., nella l. n. 28 del 5 aprile 2022.

<sup>13</sup> Come illustrato sul [sito](#) della NATO, la VJTF è un potenziamento, deciso dall'Alleanza nel 2014, della NATO *Response Force* (NRF), la forza multinazionale di pronto intervento a disposizione del *Supreme Allied Commander Europe*. Si ricorda che quello del febbraio 2022 è stato il primo dispiegamento in funzione deterrente di questo dispositivo, a cui l'Italia partecipa con più di mille uomini e vari mezzi, vedi Servizio studi Camera, XIX legis., [Difesa e Sicurezza](#), 14 dicembre 2022.

<sup>14</sup> I dispositivi NATO a cui è stata rinnovata la partecipazione dall'art. 1 del d.l. n. 14 sono: a) dispositivo per la sorveglianza dello spazio aereo dell'Alleanza; b) dispositivo per la sorveglianza navale nell'area sud dell'Alleanza; c) presenza in Lettonia (*Enhanced Forward Presence*); d) *Air Policing* per la sorveglianza dello spazio aereo dell'Alleanza.

<sup>15</sup> D.l. 28 febbraio 2022, n. 16, abrogato dalla l. n. 28 del 5 aprile 2022.

<sup>16</sup> In dottrina ci si è chiesti da subito il senso della deroga rispetto alla l. n. 185 del 1990 (e agli articoli 310 e 311 del codice dell'ordinamento militare), visto che la legge n. 185, che regola il commercio di materiali d'armamento, avrebbe a prima vista ben potuto applicarsi, in quanto il caso di specie sembrerebbe escluso dai divieti previsti all'art. 1, comma 6, della legge, che riguardano tra l'altro il trasferimento ai "Paesi la cui politica contrasti con i principi dell'articolo 11 della Costituzione" e ai "Paesi in stato di conflitto armato, in contrasto con i principi dell'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite". Si è però argomentato in modo molto sottile, ricavando intanto l'esclusione dall'ambito di applicazione iniziale della l. del 1990 di una simile cessione a titolo non oneroso da Stato a Stato, e, dall'altro riconducendola ai *Government to Government Agreement* previsti dall'art. 537-ter del Codice dell'ordinamento militare. La necessità della deroga esplicita alla legge del 1990 starebbe allora nel fatto che anche questo tipo di cessione *ex art. 537-ter* era comunque stato esplicitamente sottoposto alle procedure di pubblicità parlamentare di cui alla l. n. 185, pur non essendo inizialmente ricompreso entro l'ambito di applicazione della legge in questione: A. CIERVO, *Critica delle armi. L'articolo 11 della Costituzione, la legge n. 185/1990 e l'invasione dell'Ucraina da parte della Federazione Russa*, in G. Azzariti (cur.), *Il costituzionalismo democratico*, cit., 199 ss.

<sup>17</sup> Decisioni PESC n. 338 e 339 del 28 febbraio 2022.



difesa comune (PSDC), a sua volta ricompresa nella Politica estera e di sicurezza comune dell'Unione (PESC), hanno come presupposto giuridico operativo lo Strumento europeo per la pace (EPF), stabilito dalla decisione PESC n. 509 del 2021, e, sul piano dei Trattati, dall'art. 24 del Trattato sull'Unione europea (TUE)<sup>18</sup>.

Peraltro, l'unità d'intenti manifestata dall'Unione in occasione della decisione del 28 febbraio, non toglie che sia da escludere una trasformazione strutturale della Politica di sicurezza europea<sup>19</sup>. L'EPF resta tutt'ora un fondo extra-bilancio finanziato dagli Stati membri in proporzione al loro prodotto interno lordo, visto che in base ai Trattati le spese operative nel settore della difesa non possono gravare sul bilancio dell'Unione<sup>20</sup>. Si tratta di un meccanismo di semplice rimborso delle spese degli Stati, che restano liberi di fornire aiuti militari al di fuori del meccanismo, oltre che interamente responsabili, *ex art.* 42 par. 1 TUE, dell'esecuzione operativa dello stesso. Insomma, sul piano europeo l'innovatività non risiede tanto negli strumenti normativo-decisionali o nei modi con cui li si è adottati, ma nel *merito* della decisione di finanziare armi letali destinate a uno scenario di guerra tra Stati<sup>21</sup>.

## 2.2. I successivi sviluppi sotto il Governo Draghi

Tornando invece alle vicende dell'ordinamento interno, in conformità con il d.l. n. 16, il 1° marzo 2022, le Assemblee della Camera e del Senato hanno approvato ciascuna un'identica risoluzione, in effetti alquanto generica, che impegna il Governo a provvedere alla “cessione di apparati e strumenti militari che consentano all'Ucraina di esercitare il diritto alla legittima difesa e di proteggere la sua popolazione”<sup>22</sup>, legittimando dunque i decreti inter-ministeriali che hanno previsto i primi cinque invii, succedutisi poi tra il marzo e l'ottobre 2022<sup>23</sup>.

Rispetto al destino dei due decreti-legge nn. 14 e 16, è noto come un emendamento governativo, presentato in fase di discussione, in Commissione, del disegno di legge di conversione del primo decreto, poi legge n. 28 del 5 aprile 2021, vi abbia innestato i contenuti, pure di per sé innovativi, del decreto n. 16, dichiarando quest'ultimo abrogato e facendo salvi gli effetti nel frattempo prodotti<sup>24</sup>. Le modifiche apportate dalla legge n. 28 integrano inoltre le procedure già delineate dal d.l. n. 16 e ora replicate nel “nuovo” testo del d.l. n. 14, disponendo che i Ministri della difesa e

---

<sup>18</sup> Decisione PESC n. 509 del 22 marzo 2021, che ha abrogato i fondi preesistenti *ex* Decisione PESC n. 528 del 18 maggio 2015. Nonostante la grande libertà degli Stati nell'ambito del commercio e trasferimento d'armi, alcuni criteri comuni sono stati stabiliti dalla Posizione comune PESC n. 244 dell'8 dicembre 2008. <sup>18</sup> Per gli aspetti euro-unitari considerati, si vedano M. E. BARTOLONI, *Un inedito controverso: la fornitura di armi letali da parte dell'Ue a uno Stato terzo*, in *Quad. cost.*, n. 3 del 2022, 623 ss.; E. CASTELLARIN, *La fourniture d'armes à l'Ukraine: quel cadre en droit de l'Union européenne?* in *le Club des juristes*, 5 marzo 2022; [ma si veda anche la nota n. 94](#) del Servizio studi Camera, Commissioni, atti dell'Unione europea, 9 marzo 2022. Sul piano dei Trattati, il fondamento della decisione del Consiglio è nell'art. 24 TUE, la cui disciplina della PESC delinea un ambito di competenza che resta ampio quanto indeterminato, nonostante il richiamo ai principi e obiettivi dell'azione esterna *ex art.* 21 par 2 TUE, la cui ampia portata, e conseguente discrezionalità, è stata riconosciuta dalla stessa Corte di giustizia, Grande Sezione, nella decisione del 28 marzo 2017, [C-72/15, Rosneft](#). Per una specificazione sul punto, M. E. BARTOLONI, *Un inedito*, cit., 624-625.

<sup>19</sup> E. CASTELLARIN, *La fourniture*, cit. Sul piano interno, il coordinamento del rimborso europeo degli invii è ora garantito dall'art. 2-bis comma 2-bis del d.l. 14 del 2022, come modificato dall'art. 29-bis del d.l. 21 marzo 2022, n. 21.

<sup>20</sup> Art. 41 par. 2 TUE.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> APC, XVIII legis., [sed. del 1° marzo 2022, ris. n. 6-00207](#); APS, XVIII legis., [sed. del 1° marzo 2022, ris. n. 6-00208](#). In realtà, la Camera ha approvato parzialmente anche il dispositivo della proposta di risoluzione Frantoiani e altri, n. [6-00210](#), escludendo però i capoversi nn. 4 e 6, laddove si impegnava il Governo a sostenere “la società civile pacifista” impegnata a chiedere la fine immediata delle ostilità.

<sup>23</sup> L'insediamento del primo Esecutivo della nuova legislatura, a seguito delle elezioni parlamentari del 25 settembre 2022, ha determinato un iniziale rallentamento dei decreti d'invio, pur muovendosi il nuovo Governo in sintonia col precedente. Il nuovo Governo ha varato il sesto e ad oggi, marzo 2023, ultimo invio negli ultimi giorni di gennaio 2023, come meglio si dirà in seguito.

<sup>24</sup> APC, XVIII legis., Commissioni riunite III (Affari esteri e comunitari) e IV (Difesa), sede referente, [sed. del 7 marzo 2022](#), esame dell'emendamento 2.0100 del Governo al d.d.l. C. 3491.

degli affari esteri e della cooperazione internazionale debbano riferire alle Camere, con cadenza almeno trimestrale, sull'evoluzione della situazione<sup>25</sup>. Peraltro, è degno di nota che con questa integrazione si assesti definitivamente il meccanismo che regola il rapporto tra poteri nella crisi Ucraina, almeno rispetto al sostegno militare, tanto che anche i successivi interventi normativi non interverranno in realtà a modificarne i tratti principali.

A questo punto, tralasciando le disposizioni di tipo economico e umanitario, possiamo seguire la gestione della crisi bellica tramite la successione dei decreti interministeriali, il primo dei quali è già del 2 marzo, il giorno dopo l'atto d'indirizzo delle Camere. La struttura dei decreti ministeriali successivi è in realtà molto simile, così come lo schema o la "regolarità" procedurale seguita. Quest'ultima ha visto la pubblicazione in Gazzetta degli stessi (a dire il vero, non sempre così tempestiva) accompagnarsi con l'audizione del ministro della difesa davanti al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR), a partire dal 28 aprile<sup>26</sup>. Per quanto riguarda la XVIII Legislatura, solo in un caso, quello del quinto decreto ministeriale del 7 ottobre, l'audizione è stata invece preventiva, probabilmente per la prossima scadenza del Comitato a seguito delle elezioni politiche, con conseguente insediamento del (mai riunitosi) COPASIR provvisorio<sup>27</sup>. Per il resto, i decreti del 22 aprile, 10 maggio e 26 luglio vedono tutti l'audizione successiva del ministro. I contenuti discussi nelle audizioni, come gli allegati ai decreti contenenti la lista del materiale inviato, sono stati peraltro sottratti alla pubblica conoscenza o sottoposti a classifica di segretezza, un profilo su cui meglio si dirà nel § 3<sup>28</sup>.

Dall'inizio della XIX legislatura e dall'insediamento del nuovo Governo, a guida Giorgia Meloni, si sono avuti altri due decreti-legge che hanno riguardato il nostro tema, oltre alle nuove risoluzioni con cui le Camere hanno autorizzato i trasferimenti d'armi per tutto il 2023.

Tuttavia, ancora nella precedente legislatura, si può ricordare come il 15 giugno 2022 si sia avuta la deliberazione del Consiglio dei ministri (da ora anche Cdm) che, in conformità alla legge quadro sulle missioni internazionali n. 145 del 2016<sup>29</sup>, ha disposto in ordine alla partecipazione dell'Italia a tre nuove missioni internazionali<sup>30</sup>. Tra di esse, la più imponente per uomini e mezzi è il potenziamento della presenza della NATO nell'area sud-est dell'Alleanza, evidentemente ricollegabile alla guerra in Ucraina<sup>31</sup>.

Come previsto dall'art. 3 della l. n. 145, il Governo Draghi ha presentato alle Camere anche la relazione analitica sulle missioni svolte nel 2021, finalizzata alla loro prosecuzione per il 2022<sup>32</sup>. Tra le missioni in questione, vi sono anche quelle in realtà già prorogate in via d'urgenza dal d.l. n. 14 del 25 febbraio, ora ricondotte *ex post*, tramite la presentazione nella relazione finalizzata all'approvazione parlamentare, entro le normali procedure previste dalla legge quadro del 2016 per il rinnovo delle missioni internazionali già autorizzate<sup>33</sup>. Le rispettive Commissioni esteri e difesa di

---

<sup>25</sup> Art. 2-*bis* comma 3 del d.l. n. 14, come modificato dalla legge di conversione del 5 aprile 2022, n. 28.

<sup>26</sup> Vedi i dd.mm. 2 marzo 2022, 22 aprile 2022, 10 maggio 2022, 26 luglio 2022 e 7 ottobre 2022.

<sup>27</sup> Il COPASIR provvisorio è costituito dai membri del Comitato della precedente legislatura che siano stati rieletti in una delle Camere ed esercita le sue funzioni fino alla nomina del Comitato permanente e in ogni caso non oltre venti giorni dalla votazione della fiducia al Governo, come disposto dall'art. 30-*bis* della l. n. 124 del 3 agosto 2007, introdotto dall'art. 1, comma 37-*ter*, della l. n. 142 del 21 settembre 2022. Il Comitato provvisorio non si è mai riunito, ma dal 6 dicembre 2022 è attivo a tutti gli effetti il nuovo COPASIR.

<sup>28</sup> AP, XVIII legis., COPASIR, [audizioni](#) (aud.), del 28 aprile, 16 maggio, 29 luglio, 4 ottobre 2022.

<sup>29</sup> L. n. 145 del 21 luglio 2016.

<sup>30</sup> APC, XVIII legis., doc. XXV n. 5, [Deliberazione del Consiglio dei ministri in merito alla partecipazione dell'Italia a ulteriori missioni internazionali](#), adottata il 15 giugno 2022 e trasmessa alle Camere il 1° luglio. Tra le tre nuove missioni deliberate per il 2022, due non hanno a che fare col conflitto in Ucraina, ma riguardano la sicurezza dei Mondiali di calcio in Qatar e l'addestramento delle forze armate del Mozambico, con un numero ridotto di uomini e mezzi.

<sup>31</sup> Si veda la scheda 38-*bis*/2022 allegata alla deliberazione, *ivi*, 13.

<sup>32</sup> APC, XVIII legis., doc. XXVI n. 5, [Relazione analitica sulle missioni internazionali in corso](#), riferita all'anno 2021, anche al fine della relativa proroga per l'anno 2022, adottata il 15 giugno 2022 e trasmessa alle Camere il 1° luglio.

<sup>33</sup> L'art. 3, comma 1, della l. 145 del 2016 dispone che, entro il 31 dicembre di ogni anno, il Governo presenti alle Camere, per la discussione e le conseguenti deliberazioni parlamentari, una relazione analitica sulle missioni in corso,

Camera e Senato hanno poi approvato le risoluzioni conclusive richieste dalla l. n. 145 e relative alla citata deliberazione del Cdm, nelle date del 27 e 26 luglio, pronunciandosi favorevolmente sia per quanto riguarda il rinnovo che le nuove missioni intraprese, per il periodo 1° gennaio-31 dicembre 2022<sup>34</sup>.

Se su alcuni profili di scarsa considerazione per la l. n. 145 del 2016 si tornerà dopo, si può rilevare già ora una certa confusione tra le fonti che reggono le varie missioni militari legate all'emergenza ucraina, a cui spesso corrispondono a loro volta procedure di controllo e termini differenti, con conseguenti garanzie di trasparenza differenti. Riassumendo, abbiamo infatti quattro missioni in ambito NATO attive già nel 2021 e la cui proroga al 31 dicembre 2022 è disposta dal d.l. n. 14, poi convertito, salvo il loro inserimento anche nella relazione deliberata nel Cdm di giugno 2022 e la successiva autorizzazione parlamentare<sup>35</sup>. La nuova partecipazione al potenziamento NATO sud-est segue l'iter previsto all'art. 2, comma 1, della l. n. 145 del 2016, mentre lo schieramento della forza a elevata prontezza (VJTF) è interamente retto dal d.l. n. 14 e successive modificazioni. Infine, in ambiti non direttamente collegati al conflitto in Ucraina, vi sono le altre due nuove missioni approvate per il 2022 secondo le procedure dell'art. 2 l. n. 145 del 2016 e tutte quelle rinnovate ai sensi dell'art. 3 della medesima legge.

### 2.3. *Le misure adottate dall'inizio della XIX legislatura al gennaio 2023*

Il primo dei decreti-legge del nuovo Esecutivo oggetto d'interesse riguarda la forza a elevata prontezza NATO o VJTF, in cui la partecipazione di personale militare italiano era prevista dal d.l. n. 14 fino al 30 settembre 2022. Il d.l. n. 169 dell'8 novembre 2022 («Disposizioni urgenti di proroga della partecipazione di personale militare al potenziamento di iniziative della NATO, delle misure per il servizio sanitario della regione Calabria, nonché di Commissioni presso l'AIFA»), in vigore dal giorno 9, dispone, all'art.1, la proroga al 31 dicembre della partecipazione alla già citata forza NATO<sup>36</sup>. Si può dunque notare come, dal 30 settembre all'entrata in vigore del d.l. n. 169, alla partecipazione italiana alla VJTF sia mancata un'apposita base giuridica. Al contempo, un emendamento di maggioranza al d.d.l. di conversione, presentato in Commissione al Senato, tentava di inserire nella legge di conversione la proroga, per l'intero anno 2023, dell'autorizzazione all'invio di armi all'Ucraina, con le medesime procedure già previste dal d.l. n. 14, per come convertito in legge: dunque col binomio atti d'indirizzo parlamentari-decreti ministeriali<sup>37</sup>. Al ritiro dell'emendamento da parte del Governo, a seguito delle reazioni delle opposizioni e di parte dell'opinione pubblica, ha fatto seguito la riproposizione del suo identico contenuto nel d.l. n. 185 del 2 dicembre 2022 («Disposizioni urgenti per la proroga dell'autorizzazione alla cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari in favore delle Autorità governative dell'Ucraina»),

---

anche ai fini della loro prosecuzione per l'anno successivo, della loro proroga, nonché ai fini di eventuale modifica delle stesse. La relazione precisa l'andamento di ciascuna missione e i risultati conseguiti ed è accompagnata da un documento di sintesi operativa che riporti espressamente per ciascuna dati quali: mandato internazionale, durata, sede, personale nazionale e internazionale impiegato, scadenza, dettagli atualizzati, altri elementi di valutazione dei comandi internazionali competenti e risultati raggiunti.

<sup>34</sup> APC, XVIII legis., Commissioni III e IV, [ris. conc. n. 8-00175](#) del 27 luglio 2022 e APS, XVIII legis., Commissioni 3a e 4a, doc. XXIV n. 66, [ris. conc.](#) del 26 luglio 2022. Inoltre, nel mese di settembre 2022, le Camere hanno espresso parere favorevole anche rispetto allo schema di d.p.c.m. recante la ripartizione delle risorse del fondo di cui all'art. 4, comma 1, l. n. 145 del 2016, trasmesso alle Camere il 5 agosto 2022 ([A.G. n. 411](#)). Vedi APC, XVIII legis., Commissioni III e IV riunite e V, [sed. del 15 settembre](#) e APS, Commissioni 3a e 4a riunite e 5a, [sed. del 13 settembre 2022](#).

<sup>35</sup> Per l'elenco delle missioni già rinnovate ex d.l. 14, si rimanda alla nota 15.

<sup>36</sup> [D.l. 8 novembre 2022, n. 169](#), convertito con modificazioni dalla l. n. 196 del 16 dicembre 2022. Vedi anche Servizio Studi Camera, XIX legis., [Dossier-Difesa](#), 2 dicembre 2022.

<sup>37</sup> APS, XIX legis., Commissione 3a (Affari esteri e difesa), [proposta di modifica \(prop.\) n. 1.0.4](#) a S.299, proponente Menia (relatore), ritirata.

convertito in legge alla fine di gennaio 2023<sup>38</sup>. Seguendo il procedimento, identico al precedente, previsto in quest'ultimo decreto, le Camere hanno poi approvato le risoluzioni autorizzative degli invii, in data 13 dicembre<sup>39</sup>. Tuttavia, a differenza di quanto successo nel marzo 2022, l'iter è risultato più diversificato. Sia il Senato che la Camera hanno infatti approvato tre proposte di risoluzione, di cui una sottoscritta dalla maggioranza e le altre da Gruppi d'opposizione<sup>40</sup>, alla Camera, però, la richiesta del Governo ha portato alla riformulazione delle proposte dell'opposizione, poi approvate con distinte votazioni<sup>41</sup>. Soprattutto, a differenza di quanto successo a marzo 2022, sono state messe ai voti due risoluzioni esplicitamente e specificamente contrarie all'invio d'armi, anche se le Camere hanno ritenuto di non accoglierle<sup>42</sup>.

A dicembre, i due rami del Parlamento hanno inoltre adottato un'altra risoluzione per orientare l'indirizzo del Governo in occasione del Consiglio europeo del 15 del mese, la quale sostanzialmente conferma l'intenzione di sostenere anche militarmente lo Stato ucraino, oltre ad avere approvato, con modificazioni, il d.d.l. di conversione del d.l. n. 169, ora l. n. 196 del 2022<sup>43</sup>.

Con l'inizio del 2023 e la conversione del d.l. n. 185, si è anche avuto l'invio del sesto "pacchetto" di armi e mezzi in Ucraina, con d.m. del 31 gennaio 2023<sup>44</sup>. Già preannunciato dal Ministro degli esteri alla stampa come particolarmente ingente<sup>45</sup>, l'invio segue il modello dei decreti interministeriali precedenti, almeno per quanto riguarda la secretazione dell'allegato, mentre è in parte apprezzabile il fatto che, come già in ottobre, un'audizione del Ministro della Difesa davanti al COPASIR sia avvenuta il 25 gennaio, dunque precedentemente non solo al d.m. ma alla stessa conversione del d.l. n. 185. Inoltre, anche il Ministro degli Esteri risulta essere stato sentito dal Comitato pochi giorni dopo, il primo di febbraio. Tuttavia, si può notare come nel caso dei resoconti di entrambe le audizioni citate (come per la maggioranza delle audizioni che si svolgono davanti al COPASIR) non si conosca in realtà non solo il contenuto, ma neanche l'argomento trattato, sia pure per sommi capi. Ciò implica che a ben vedere sia impossibile sapere con sicurezza se i Ministri competenti, specie quello della Difesa, abbiano riferito al Comitato in merito allo specifico tema degli invii di armi nel teatro di guerra ucraino, per quanto sia da ritenersi senz'altro probabile<sup>46</sup>.

Fatte dunque salve le occasionali dichiarazioni alla stampa a cui si è fatto cenno sopra, ciò che più importa è che il meccanismo creato quasi da subito nell'immediatezza dell'emergenza, e poi stabilizzato nel corso del 2022, è alla fine rimasto tutto sommato invariato anche con il primo Governo della nuova legislatura e pare con tutta evidenza dover sostenere l'appoggio militare italiano anche nel 2023. Un elemento caratterizzante di questo meccanismo, rispetto al quale non

---

<sup>38</sup> D.l. del 2 dicembre 2022, n. 185, convertito dalla l. 27 gennaio 2023, n. 8. Degne di nota anche le proposte emendative, poi respinte, che prevedevano che i due rami del Parlamento adottassero un atto d'indirizzo per ciascuna sessione.

<sup>39</sup> Probabilmente non sono estranee alla rinuncia da parte del Governo di inserire in via d'emendamento il rinnovo degli invii la mozione del 30 novembre in cui già la Camera impegna l'Esecutivo, prima del nuovo decreto, a sostenere le iniziative normative necessarie alla proroga. APC, XIX legis., [sed. del 30 novembre 2022](#), mozione (mo.) [n. 1-00031](#), Tremonti.

<sup>40</sup> APS, XIX legis., [sed. del 13 dicembre 2022](#), [ris. n. 6-00008](#), Paita; [n. 6-00009](#), Malpezzi e [n. 6-00011](#), Malan.

<sup>41</sup> APC, XIX legis., [sed. del 13 dicembre 2022](#), [ris. n. 6-00016](#), Foti; [n. 6-00012](#), Serracchiani e [n. 6-00014](#), Richetti.

<sup>42</sup> APC, XIX legis., [sed. del 13 dicembre 2022](#), [ris. n. 6-00016](#), Pellegrini e [n. 6-00012](#), Zanella. Proposte del tutto analoghe degli stessi Gruppi sono state presentate e non accolte in Senato. Peraltro, tutte le proposte citate presentano un punto in cui si impegna il Governo, in caso di prosezioni degli invii, a informare le Camere rispetto ai materiali ceduti.

<sup>43</sup> APC, XIX legis., [sed. del 13 dicembre 2022](#), [ris. n. 6/00007](#), Richetti e APS, XIX legis., [sed. del 14 dicembre 2022](#), [ris. n. 6-00012](#), Terzi di Sant'Agata; [n. 6-00014](#), Malpezzi e [n. 6-00016](#), Paita.

<sup>44</sup> D.m. 31 gennaio 2023.

<sup>45</sup> *Decreto armi: dallo scudo Samp-T ai missili Aspide, cosa invierà l'Italia all'Ucraina*, in [Il Sole 24 Ore](#), 23 gennaio 2023.

<sup>46</sup> AP, XIX legis., COPASIR, [audizioni](#) del Ministro della Difesa Crosetto del 25 gennaio 2023 e del Ministro degli Esteri Tajani del 1° febbraio. Nei resoconti di entrambe ci si limita a riportare che i rispettivi Ministri svolgono una relazione sui temi oggetto dell'audizione, senza indicare di quali temi si tratti, e a riferire i nomi dei membri del Comitato che formulano osservazioni e domande, senza fornire ulteriori elementi di comprensione.

sono mancate le critiche, è stata la segretezza intorno agli assetti militari inviati in Ucraina<sup>47</sup>. Sarà appunto questo profilo a essere oggetto di considerazione nel prossimo paragrafo.

### 3. *L'uso della classificazione da parte del Governo e il ruolo del COPASIR*

L'elemento del segreto ha accompagnato fin dall'inizio la gestione nazionale della crisi ucraina, così come la funzione di primo piano assunta dal Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica, al quale è stata di fatto demandata la funzione di controllare l'operato governativo.

A essere sottoposti a classificazione sono stati, a oggi, gli allegati contenenti l'elenco dei mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari inviati, mentre non forniscono alcun elemento di pubblicità aggiuntiva neanche i verbali delle audizioni dei Ministri della difesa al COPASIR<sup>48</sup>. Per questa ragione, fatte salve le comunicazioni dei giornali, non sappiamo quali armi e mezzi siano stati inviati sul teatro di guerra.

Per quanto riguarda il documento allegato ai decreti interministeriali, la secretazione si basa su una delle classifiche di segretezza previste all'art. 42 della l. n. 124 del 2007 (Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto)<sup>49</sup> e disciplinate nel dettaglio dal d.p.c.m. n. 7 del 2009<sup>50</sup>. Dunque, non vi è stata apposizione del Segreto di Stato, con quanto ne consegue in ordine al non impedimento di un'eventuale azione conoscitiva della magistratura<sup>51</sup>.

D'altra parte, non è certamente agevole dalla semplice dizione "classificato" apposta sull'allegato ai decreti, capire di quale forma di classifica esattamente si tratti, visto che la l. n. 124 del 2007 prevede quattro tipi di classificazioni, attribuite sulla base dei criteri "ordinariamente seguiti nelle relazioni internazionali" (art. 42, comma 3, l. n. 124). Si fa riferimento, in ordine decrescente di segretezza, alle classifiche "segretissimo", "segreto", "riservatissimo" e "riservato", concretamente disciplinate, più che nella legge del 2007, nel d.p.c.m. del 2009 e nelle tabelle a esso

---

<sup>47</sup> M. BENVENUTI, *Le conseguenze*, cit., 44; G. PISTORIO, *La cessione di armamenti alle Forze armate ucraine, tra interpretazioni costituzionalmente e internazionalmente conformi e (ir)regolarità costituzionali*, in *Lettera AIC* su Costituzione e guerra russo-ucraina, al [sito](#) dell'AIC (aprile 2022); E. CATERINA, M. GIANNELLI, D. SICILIANO, *Il ripudio della guerra preso sul serio. Quattro tesi sull'incostituzionalità dell'invio di armi all'Ucraina*, in [SIDIBlog](#), 26 aprile 2022.

<sup>48</sup> Ci si riferisce alle audizioni, già citate, del Ministro Guerini, durante il Governo Draghi. D'altronde, non risulta che il nuovo Ministro della difesa Crosetto sia stato audito dal Comitato prima del 25 gennaio 2023, probabilmente a causa dell'interruzione dei d.m. d'invio. In ogni caso, anche in questa occasione il contenuto materiale discusso non è riportato a verbale. AP, XIX legis., COPASIR, aud., [25 gennaio 2022](#).

<sup>49</sup> S'intende per Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica quello che la l. n. 124 del 3 agosto 2007 definisce all'art. 2, comma 1, come composto dal Presidente del Consiglio dei ministri, dal Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica (CISR), dall'Autorità delegata a cui il Presidente può delegare le funzioni di cui all'articolo 3, dal Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (DIS), dall'Agenzia informazioni e sicurezza esterna (AISE) e dall'Agenzia informazioni e sicurezza interna (AISI).

<sup>50</sup> Ai sensi del comma 1, art. 42 della l. n. 124 del 3 agosto 2007, "le classifiche di segretezza sono attribuite per circoscrivere la conoscenza di informazioni, documenti, atti, attività o cose ai soli soggetti che abbiano necessità di accedervi in ragione delle proprie funzioni istituzionali". Le previsioni della l. 124 sono integrate dai d.p.c.m. n. 7 del 12 giugno 2009 e n. 5 del 6 novembre 2015, testo coordinato col d.p.c.m. n. 3 del 2 ottobre 2017. Le fonti che regolano l'operato di quell'insieme di organi e attività che costituiscono il sistema d'informazione per la sicurezza della Repubblica (o, più brevemente, il sistema dell'*intelligence* italiana), così come posto in essere dalla l. 124 del 2007, sono disponibili anche sul [sito](#) ufficiale. Sulla legge n. 42 del 2007, si vedano C. MOSCA, G. SCALDONE, S. GAMBACURTA e M. VALENTINI, *I servizi di informazione e il segreto di stato: (legge 3 agosto 2007, n. 124)*, Milano, 2008, specie 715 ss. Il volume citato non tiene conto degli aggiornamenti intercorsi ma resta particolarmente utile, anche in quanto scritto da funzionari concretamente coinvolti nell'operato degli apparati della sicurezza e nell'*"ethos"* che è loro proprio. Per il riferimento all'*ethos* o alla legittimazione propria del settore, dal punto di vista del diritto, istruttivo è M. CALIGIURI, *Il potere invisibile delle democrazie*, Soveria Mannelli, 2021.

<sup>51</sup> Le classifiche ex art. 42 l. 124 del 2007 non impediscono, ex comma 8 della legge, l'esibizione dei documenti classificati all'autorità giudiziaria.

allegate<sup>52</sup>. In particolare, sono “segretissime” le informazioni, i documenti, gli atti e le attività o cose la cui diffusione non autorizzata sia idonea ad arrecare un danno eccezionalmente grave agli interessi essenziali della Repubblica. Di conseguenza, posto come centrale l’elemento del danno agli interessi dello Stato, la diffusione di documenti con la classifica «segreto» è qualificata dal poter cagionare danni gravi agli interessi della Repubblica, quella di documenti «riservatissimi» un danno “semplice” ma agli interessi essenziali, quella di documenti «riservati» un danno “lieve” agli interessi non essenziali. Più concretamente, sono le tabelle allegate al regolamento a indicare i soggetti a cui è conferito il potere di classifica e le materie ricollegate a ciascuna categoria. Peraltro, il riferimento ai materiali, all’efficienza bellica dello Stato o a operazioni militari in progetto o in atto è presente per ciascuna classifica, oltre al fatto che non è questo, peraltro, l’unico oggetto a cui potrebbe essere ricondotto l’allegato ai d.m. della crisi ucraina, tra quelli elencati nel d.p.c.m.

Dunque, non abbiamo alcun elemento per capire quali classifiche siano state concretamente apposte e da quale specifico livello di gerarchia dell’amministrazione lo siano state, così come non sappiamo, ad esempio, se vi sia in questo caso necessità del Nulla osta di sicurezza (NOS), per quanto appaia molto probabile<sup>53</sup>.

Anche più rilevante per il nostro ragionamento è, però, il meccanismo di declassificazione automatica previsto, per ogni classifica, dalla legge del 2007, all’art. 42, comma 5. La legge dispone infatti che a intervalli di cinque anni e *salvo proroghe motivate* la classifica di segretezza «sia automaticamente declassificata a livello inferiore quando sono trascorsi cinque anni dalla data di apposizione» e che «decorso un ulteriore periodo di cinque anni, cessa comunque ogni vincolo di classifica»<sup>54</sup>. Peraltro, a parti diverse dello stesso atto (nel nostro caso degli allegati ai d.m.) possono ben coincidere classifiche diverse, con relativa diversificazione dei regimi applicabili e della scansione cronologica delle declassificazioni. In ogni caso, sarebbe in realtà tutt’altro che inutile sapere quale tipo di classifica è stata effettivamente apposta, se non altro perché la generalità dei consociati sia in grado di formarsi un’aspettativa su *quando* il segreto sarà rimosso, oltre che come preconditione per poter in futuro valutare le motivazioni dell’eventuale rinnovo disposto allo scadere del termine di classificazione.

Per quanto riguarda invece il controllo esercitato dal Parlamento sull’invio di armi e sulla decisione a favore della segretezza adottata dal Governo (meglio, dai Governi), ha acquisito un ruolo di primo piano il Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica<sup>55</sup>.

Dalla sua previsione da parte della legge n. 124 del 2007, il citato Comitato bicamerale è venuto ad assumere un ruolo sempre più rilevante, negli ultimi anni anche in conseguenza del potenziamento delle competenze in materia di cibersicurezza assunti dal Dipartimento delle

---

<sup>52</sup> Art. 42, comma 3, l. n. 142 del 2007; art. 4 d.p.c.m. n. 7 del 2009 e tabelle allegate lett. A, B, C, D.

<sup>53</sup> È l’Ufficio centrale per la segretezza (UCSe) del DIS che rilascia le abilitazioni di sicurezza relative a quanti hanno necessità di trattare informazioni con classifica di segretezza superiore a «riservato». Tra esse, il NOS consente alle persone fisiche di trattare informazioni con classifica di segretezza superiore a «riservato» per 10 anni, mentre vale 5 anni per la classifiche «riservatissimo». Il NOS è previsto all’art. 1-bis della l. 142 del 2007, introdotto dal d.l. del 1° luglio 2009, n. 78 ed è disciplinato dal d.p.c.m. n. 5 del 2015.

<sup>54</sup> Art. 42, comma 5, l. n. 142 del 2007, ma in materia vedi anche art. 19 del d.p.c.m. n. 5 del 2015. Sul potere di proroga, in realtà assai penetrante, il comma 6 dell’art. 42 l. 142 dispone che «La declassificazione automatica non si applica quando, con provvedimento motivato, i termini di efficacia del vincolo sono prorogati dal soggetto che ha proceduto alla classifica o, nel caso di proroga oltre il termine di quindici anni, dal Presidente del Consiglio dei ministri».

<sup>55</sup> L’art. 30, comma 2, della l. 142 del 2007 dispone che «Il Comitato verifica in modo sistematico e continuativo che l’attività del Sistema di informazione per la sicurezza si svolga nel rispetto della Costituzione e delle leggi, nell’esclusivo interesse e per la difesa della Repubblica e delle sue istituzioni». Per le funzioni di controllo e consultive di cui dispone il COPASIR, si vedano rispettivamente gli artt. 31 e 32 della l. 142, il cui Capo IV è interamente dedicato al Comitato. La disciplina precedente al 2007 prevedeva già, ex art. 11 l. n. 801 del 24 ottobre 1977, un Comitato parlamentare bicamerale (COPASIS o COPACO). Si vedano C. MOSCA, G. SCALDONE, S. GAMBACURTA e M. VALENTINI, *I servizi*, cit., 769 ss. e, per un quadro più risalente, G. FERRARI, *L’avventura del «segreto» nell’Italia repubblicana negli anni tra il ‘60 e l’80*, in *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Atti del convegno nazionale tenutosi a Roma il 26-28 ottobre 1981, Padova, 1983, 23 ss. Sul controllo parlamentare del segreto e dei suoi ‘custodi’, anche E. RINALDI, *Arcana Imperii. Il Segreto di Stato nella forma di governo italiana*, Napoli, 2016, 146 ss.

informazioni per la sicurezza posto sotto la Presidenza del Consiglio (DIS), in chiave di difesa della capacità industriale nazionale negli scenari delle nuove guerre ibride<sup>56</sup>.

Il COPASIR si configura oggi come una cerniera di collegamento importante non solo tra gli apparati di *intelligence*, i ministri responsabili e il Parlamento ma anche tra quest'ultimo e alcune industrie strategiche, tra cui quelle della difesa. Forse anche come riflesso di questa accresciuta importanza, il Comitato è peraltro già stato oggetto di attenzione da parte dei costituzionalisti in occasione dell'insediamento del Governo Draghi, all'inizio del 2021, a seguito della vicenda che ne ha toccato la Presidenza. La legge n. 142 prevede infatti un meccanismo di partecipazione paritaria di maggioranza e opposizioni al Comitato, il cui Presidente è eletto dai dieci membri del COPASIR tra i membri appartenenti ai gruppi d'opposizione<sup>57</sup>. La vicenda del 2021 ha riguardato appunto l'iniziale indisponibilità dell'allora Presidente a cedere la carica, a seguito dell'ingresso del suo Gruppo nella nuova maggioranza di Governo. Lo stallo si è in seguito risolto con la nomina di un nuovo Presidente d'opposizione, ma ha permesso di apprezzare ulteriormente la peculiarità della composizione del Comitato, non a caso valorizzata da taluni come tanto più adatta a garantire un autentico controllo del Parlamento sugli invii di armi del Governo nella crisi ucraina<sup>58</sup>.

D'altra parte, nessuna menzione diretta al COPASIR è contenuta nei decreti-legge che reggono sul piano interno la crisi ucraina, neanche nel più recente d.l. n. 185 del 2022, per come convertito. Nel meccanismo posto in essere da febbraio 2022, l'aspetto del controllo successivo agli atti d'indirizzo parlamentari si limita a fare riferimento al dovere dei Ministri competenti di riferire ogni tre mesi alle Camere. La consultazione del COPASIR a seguito di ogni invio si è dunque venuta ad affermare in via di prassi, cosa che si può vedere con favore, ma che evidenzia a maggior ragione il carattere 'scarno' del meccanismo del rapporto tra poteri che regge l'emergenza ucraina. Il ruolo che la prassi svolge nell'integrare il sottosistema che si è venuto a formare, in punti rilevanti ma non pre-stabiliti per legge, avvantaggia probabilmente la flessibilità operativa del Governo davanti all'avvicinarsi dei fatti, ma resta da chiedersi se ciò non avvenga a eccessivo detrimento della centralità dell'Assemblea parlamentare, soprattutto dopo così tanti mesi dall'inizio della guerra.

Non è comunque questo l'unico dei problemi che rimangono aperti. Si è già detto come, sulle audizioni del ministro, il Comitato abbia mantenuto uno stretto regime di "segretezza", e, su questo aspetto, rilievi critici sono stati già mossi in dottrina<sup>59</sup>. Tra gli altri aspetti problematici, si è rilevato, in particolare, che, se il Comitato dispone di rilevanti poteri di controllo, difetta però del potere di approvare mozioni e, ovviamente, del potere legislativo<sup>60</sup>. Soprattutto, le critiche hanno però riguardato il piano delle funzioni attribuite a quest'organo. Ci si è infatti chiesti fino a che punto l'apposizione della classifica porti con sé la competenza del COPASIR, in materie di politica estera e difesa che spetterebbero altrimenti alle rispettive Commissioni parlamentari permanenti, eventualmente assicurando la segretezza anche dei lavori in Commissione<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> Ex art. 4 della l. 142 del 2007, il DIS coordina l'intera attività di informazione per la sicurezza, compresa quella relativa alla sicurezza cibernetica e ne verifica i risultati. Il tema specifico della cibersicurezza è stato in questo convegno oggetto della relazione di F. GAGGERO, *L'azione normativa del Governo in materia di cybersecurity*. Per i nuovi profili della guerra economica, che coinvolge oggi anche il diritto, M. CALIGIURI, *Intelligence e diritto*, cit., 77 ss. Non a caso l'ultima Relazione dello scorso COPASIR dedica ampio spazio a questi temi. AP, XVIII legis., COPASIR, *Relazione sull'attività svolta dal 10 febbraio 2022 al 19 agosto 2022*, relatore Urso, 19 agosto 2022, 21 ss.

<sup>57</sup> Art. 30, commi 1 e 3, della l. n. 142 del 2007.

<sup>58</sup> Per l'analisi del caso che ha coinvolto la Presidenza del COPASIR tra febbraio e giugno 2021, si veda il volume collettaneo curato da F. GIUFFRÈ, *La sicurezza come interesse costituzionale: il "caso COPASIR"*, Roma, 2022. Sulla garanzia offerta dal COPASIR nella crisi ucraina I.A. NICOTRA, *Le tendenze della produzione normativa alla luce di pandemia, crisi economica, guerra e cambiamento climatico*, in *Osservatorio sulle fonti* n. 2 del 2022, 903, ma soprattutto gli [interventi dei relatori](#) alla presentazione, il 5 settembre 2022 in Senato, del citato libro a cura di G. GIUFFRÈ, *La sicurezza*, cit.

<sup>59</sup> M. BENVENUTI, *Le conseguenze*, cit., 45.

<sup>60</sup> Oltre alla l. n. 142 del 2007, che limita i compiti del Comitato alla consulenza e al controllo, si veda anche il regolamento interno del COPASIR, approvato nel 2007 e da ultimo modificato nel novembre 2009.

<sup>61</sup> Oltre all'art. 64, comma 2, Cost., gli artt. 65 comma 3, reg. Cam. e 31, comma 3, reg. Sen. prevedono entrambi che anche i lavori delle Commissioni possano essere variamente secretati: così M. BENVENUTI, *Le conseguenze*, cit., 45.

Sullo sfondo anche delle diverse posizioni circa i *confini di competenza* del COPASIR, mi pare vi sia peraltro una chiara contrapposizione tra il ritenere sufficiente che il Parlamento eserciti in questa situazione una funzione di controllo, per quanto penetrante, oppure anche un ruolo di (costante) indirizzo dell'azione di Governo. Posizione, quest'ultima, credo non estranea alla tesi della preferenza per le Commissioni. Sorge comunque il dubbio che la stabile preferenza del Governo per il COPASIR (ma forse si dovrebbe meglio dire: del Governo nella veste di vertice degli apparati amministrativi)<sup>62</sup>, sia in realtà legata anche alla percepita garanzia di una maggiore segretezza che il Comitato comunque assicurerebbe, per via del suo regolamento interno e, soprattutto, per il regime sanzionatorio aggravato previsto dall'art. 36 della l. n. 124 del 2007<sup>63</sup>.

Non si vuole peraltro qua negare la particolare garanzia per le opposizioni che la composizione interna del COPASIR invece garantisce, e alla quale si è già fatto riferimento, quanto piuttosto mettere in guardia dal pericolo di una sostituzione del Comitato all'Assemblea nelle valutazioni di carattere politico, specie in quelle riguardanti un ambito così decisivo per il Paese come il coinvolgimento nella guerra in Ucraina<sup>64</sup>.

In ogni caso, e anche al di là della vicenda delle armi, c'è da sperare che il 'sistema' della sicurezza sia oggi all'altezza della situazione anche per quanto riguarda le autorità preposte a controllarne i gangli operativi, specie considerando che i poteri di quest'ultimi continuano ad aumentare, come dimostra da ultimo la disposizione inserita nella legge di conversione del d.l. n. 115 del 9 agosto 2022 (c.d. "Decreto Aiuti"), che ha semplificato l'impiego di personale dei Servizi per operazioni all'estero<sup>65</sup>.

#### 4. Alcuni rilievi critici sulla risposta dell'ordinamento italiano alla crisi internazionale

##### 4.1. Problemi e patologie delle tecniche e dei procedimenti normativi utilizzati

Si possono fare alcune valutazioni critiche sugli atti descritti nei paragrafi precedenti, e che costituiscono quello che potremmo definire come il regime giuridico speciale che regge il sostegno e al contempo la "non belligeranza" dell'Italia, nell'attuale crisi bellica internazionale<sup>66</sup>.

Alcune mancanze "minori" emergono già dalla non considerazione, da parte dei decreti-legge e successivi d.m., del Trattato internazionale sul commercio delle armi del 2013 (in vigore dal 2014),

---

ma anche, nella dottrina evidentemente favorevole alla scelta del sostegno militare, G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione e il ritorno della guerra*, in *Osservatorio costituzionale*, cit., 89.

<sup>62</sup> Si riprende qui la distinzione di E. RINALDI tra il Governo come organo politico o come organo esponentiale della pubblica amministrazione, con quanto ne consegue anche in ordine all'opportunità di una differenziazione del controllo su di esso, ID., *Arcana Imperii*, cit., 183. Da questo punto di vista, non è irrilevante e va censurato il fatto che la Presidenza dell'attuale COPASIR è stata assegnata all'ex Ministro della difesa del precedente Governo (peraltro già Presidente del COPASIR nel 2018-2019), specie considerando il ruolo assunto dal Comitato quale (unico) organo di controllo non governativo sugli invii d'armi e la continuità dell'indirizzo politico in materia che regge l'operato dei Governi succedutisi.

<sup>63</sup> L'art. 36, comma 2, l. 124 del 2007, prevede un'aggravante a effetto speciale al reato di rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio (art. 326 c.p.), qualora sia un parlamentare a rivelare le informazioni acquisite nell'ambito dell'attività del COPASIR, anche dopo la cessazione dell'incarico. L'aggravante in oggetto non si applicherebbe all'attività delle Commissioni, pur restando ferma l'applicazione dell'art. 326 c.p.

<sup>64</sup> Di questa tendenza alla sostituzione e della sua illegittimità scriveva già E. RINALDI, *Arcana Imperii*, cit., 187 ss.

<sup>65</sup> "Impiego all'estero di personale dell'AISE", di cui all'art 42-*sexies* d.l. 9 agosto 2022, n. 115, come conv. nella l. n. 142 del 21 settembre 2022, che pure richiama la necessità di un apposito regolamento da adottarsi via d.p.c.m., ad oggi assente. È credo lecito ritenere anche l'urgenza di dispiegare all'estero personale dell'AISE, ora senza vi sia più necessità di accreditarsi presso la locale ambasciata italiana, come non estranea alle vicende belliche in corso. Si veda anche la l. n. 133 del 2012, che già potenziava poteri e competenze del DIS.

<sup>66</sup> La dottrina internazionalistica distingue neutralità e non belligeranza, definendo quest'ultima come "*a (non legal) factual statement that a state is not participating in an armed conflict between two or more states*". P. SEGER, *The Law of Neutrality*, in A. Clapham, P. Gaeta (curr.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, London, 2014, 248.



trattato le cui disposizioni si applicano in realtà a ogni trasferimento d'armi, anche a quelli estranei a fini commerciali<sup>67</sup>. Com'è stato sottolineato nella dottrina internazionalistica, l'adesione dell'Italia rileva sul piano delle valutazioni preventive obbligatorie stabilite dal Trattato e, di conseguenza, anche su quello della conoscibilità delle valutazioni relative all'invio in Ucraina<sup>68</sup>. Si fa riferimento in particolare alla procedura di *export assessment* prevista all'art. 7 del Trattato, la quale, al comma 1, richiede allo Stato esportatore di prendere in considerazione (e documentare) tutti gli elementi che possano portare a ritenere che delle armi sarà fatto un uso contrario alla casistica prevista. Si possono menzionare i divieti collegati al pericolo d'infrazioni del diritto internazionale umanitario, a quello dei diritti umani o alle previsioni di contrasto a terrorismo e criminalità organizzata. Soprattutto, al comma 2 dell'art. 7 si fa riferimento alle misure di mitigazione del rischio che lo Stato dovrebbe intraprendere e di cui non c'è menzione nelle varie disposizioni interne che si sono esaminate, nelle quali manca anzi del tutto un riferimento al Trattato.

Peraltro, si può aggiungere, la perdurante mancanza delle valutazioni previste a livello internazionale aggrava ulteriormente la situazione di asimmetria informativa in cui si trova il Parlamento nel suo complesso, a eccezione del COPASIR, rispetto all'esecuzione della linea politica concordata col Governo.

Altre carenze, più rilevanti dal punto di vista del costituzionalista, sono però rinvenibili nella tecnica usata rispetto all'iter di conversione dei decreti-legge nn. 14 e 16. Si è visto infatti come, per intervento governativo, si sia avuta la confluenza del d.l. n. 16 nella legge di conversione del d.l. n. 14, secondo la tecnica dei cosiddetti decreti "a perdere" o "minotauro"<sup>69</sup>.

Si tratta di una patologia non nuova, ma che è da considerare senz'altro distorsiva e che come tale è stata oggetto di rilievi critici già da parte del Comitato per la legislazione, nel suo parere sulla conversione in legge di alcuni tra i decreti legati alla gestione pandemica<sup>70</sup>. Si devono poi naturalmente ricordare le osservazioni dello stesso Presidente della Repubblica, che nella passata legislatura ha più volte censurato, pur nel contesto di quelle che sono state definite come "promulgazioni motivate"<sup>71</sup>, il fenomeno di sovrapposizione e intreccio di fonti normative legato al provvedere con decreti-legge «all'abrogazione o alla modifica di disposizioni contenute in altri provvedimenti d'urgenza in corso di conversione» e alla loro «confluenza nelle leggi di conversione di altri decreti-legge»<sup>72</sup>.

Peraltro, anche il successivo d.l. n. 169 presenta dei profili problematici; si può intanto notare il legame davvero tenue tra le varie disposizioni del decreto, se non la loro disomogeneità, laddove all'art. 1 abbiamo la proroga della partecipazione al dispositivo di elevata prontezza NATO, mentre negli articoli successivi vi sono misure, sempre di proroga, ma che riguardano la sanità calabrese e le Commissioni tecniche presso l'Agenzia italiana del farmaco (AIFA).

In fase di conversione, si è poi avuta l'aggiunta, in via d'emendamento all'art. 1, dei commi 1-*bis*, *ter* e *quater*. Tra di essi, i primi due modificano il codice dell'ordinamento militare del 2010,

---

<sup>67</sup> [Arms Trade Treaty](#), adottato a New York dall'Assemblea Generale dell'ONU il 2 aprile 2013 ed entrato in vigore il 24 dicembre 2014. La ratifica ed esecuzione interna è avvenuta con la l. n. 118 del 4 ottobre 2013.

<sup>68</sup> P. ROSSI, *La compatibilità con la Costituzione italiana e il diritto internazionale dell'invio di armi all'Ucraina*, in [SIDIBlog](#), 8 marzo 2022.

<sup>69</sup> Sul fenomeno dei decreti "minotauro", già R. ZACCARIA ed E. ALBANESI, *Il decreto-legge tra teoria e prassi*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), Paper, 22 giugno 2009. Sull'origine del nome vedi l'intervento dell'on. Bressa in APC, XVI legis., sed. del 1° aprile 2009, 6.

<sup>70</sup> APC, XVIII legis., Comitato per la legislazione, [sed. del 12.1.2021](#), 6, 8. I d.l. citati sono il n. 172 del 18 dicembre 2020 e il n. 1 del 5 gennaio 2021.

<sup>71</sup> La espressione citata è usata di recente da M. FRANCAVIGLIA, [Sulle traiettorie divergenti della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica sulla decretazione d'urgenza. Un tentativo di analisi sinottica a margine di Corte cost., sent. n. 8 del 2022](#), in questa [Rivista](#), 2022/II, 999, dove è riportata in nota anche la ricca letteratura precedente in materia, a cui si rimanda. Come è noto, si fa in ogni caso riferimento al fatto che il Presidente accompagni la promulgazione della legge di conversione del d.l. con una lettera di rilievi critici rivolta ai Presidenti del Consiglio, del Senato e della Camera, pubblicata quale comunicato sul sito della Presidenza della Repubblica.

<sup>72</sup> [Lettera ai Presidenti Casellati, Fico e Draghi in materia di decreti legge](#), del 23 luglio 2021 e parallela alla promulgazione della legge di conversione del d.l. 25 maggio 2021, n. 73.

con il comma 1-ter legato in modo implicito ma evidente all'invio di aiuti militari all'Ucraina, in quanto autorizzante il Ministero della difesa a procedere ad acquisizioni di beni da cedere poi a titolo gratuito all'interno d'iniziative con finalità di mantenimento della sicurezza internazionale o di tutela dei diritti umani<sup>73</sup>. Certo, sono esclusi dall'ambito della disposizione quelli che la legge n. 185 del 1990 classifica come materiali d'armamento (per i quali si continua a seguire la procedura prevista dal d.l. n. 14), ma resta il fatto che sarebbe stato più coerente inserire una simile previsione tuttalpiù nella legge di conversione del successivo d.l. n. 185, che ha prorogato i termini per l'invio di aiuti militari alle autorità ucraine. D'altra parte, pare invece piuttosto difficile trovare un collegamento tra la *ratio* del testo originario del decreto e il nuovo art. 1, comma 1-*quater*, che aggiorna la disciplina dei direttori delle bande musicali di Polizia e Guardia di Finanza<sup>74</sup>.

Del resto, anche il citato intervento di semplificazione delle procedure d'impiego dell'AISE era già stato inserito in via d'emendamento alla legge di conversione di uno dei cosiddetti "Decreti Aiuti", precisamente il d.l. n. 115 del 9 agosto 2022, collocandosi nel testo del decreto convertito entro le disposizioni finanziarie e finali e senza poter essere direttamente ricollegato ad alcuna delle situazioni di necessità richiamate nel preambolo.

Allo stato attuale della giurisprudenza, parrebbe comunque improbabile che le leggi di conversione dei d.l. nn. 169 o 115 non passino indenni il vaglio della nostra Corte costituzionale, dal punto di vista di un controllo basato sul requisito dell'omogeneità<sup>75</sup>. Certamente, però, debole appare il nesso d'interrelazione tra le disposizioni dei decreti e quelle delle rispettive leggi di conversione e, soprattutto, scarsa l'attenzione per l'autonoma considerazione che materie come l'ordinamento militare, le missioni internazionali o l'*intelligence* dovrebbero avere in tempi di guerra o preparazione alla guerra in Europa.

#### *4.2. La scarsa considerazione verso la legge quadro sulle missioni internazionali e la preferenza per un regime di specialità*

L'emergenza bellica ha visto fin dalle prime fasi una risposta normativa retta dall'iniziativa del Governo e, sul piano delle fonti, caratterizzata da una netta preferenza per la decretazione d'urgenza e la conseguente creazione di più regimi normativi speciali. Il riferimento non a uno solo, ma a una molteplicità di regimi – in parte contemporaneamente vigenti, in parte destinati a essere ricondotti nel tempo entro la preesistente normazione a carattere generale – è evidente soprattutto in riferimento alle pluralità di fonti adoperate per reggere le missioni NATO, intraprese o rinnovate nel 2022. Un esempio concreto dei rischi che un simile modo di procedere comporta è rappresentato dal caso della *Very High Readiness Joint Task Force* o VJTF. Infatti, si è già visto come la partecipazione a questo dispositivo a elevata prontezza dell'Alleanza Atlantica, retta dal d.l. n. 14, sia stata priva di una propria copertura giuridica tra la data del 30 settembre e quella dell'entrata in vigore del d.l. n. 169, che ha prorogato la partecipazione italiana al 31 dicembre 2022. Ebbene, si può notare come lo stesso problema si ripresenti oggi, visto che la missione risulta ancora attiva ma, almeno ai primi di marzo del 2023, ancora non vi è stata un'ulteriore proroga, né si può ritenere la

---

<sup>73</sup> APS, XIX legis., Commissioni riunite 3a e 10a, sede referente, sed. del 29 novembre 2022, esame dell'emendamento [1.0.2](#), al d.d.l. S.299, prop. Barcaiuolo.

<sup>74</sup> Il nuovo comma 1-*bis* del d.l. n. 169 estende invece i settori di spesa nei contratti per le missioni internazionali, modificando anch'esso il codice dell'ordinamento militare.

<sup>75</sup> Del resto, ancora piuttosto oscillanti sono gli stessi criteri usati dalla Corte costituzionale in materia, al riguardo M. FRANCAVIGLIA, *Sulle traiettorie divergenti*, cit., 1009 ss. e, sul concetto d'omogeneità adottato dalla Corte, ossia quale indice di un esercizio abusivo della funzione di convertire il decreto in legge da parte delle Camere, ivi, 1007. Il riferimento è innanzitutto alle note sentenze nn. [171 del 2007](#) e [128 del 2008](#) della Corte costituzionale, ma, rispetto ai temi qua appena accennati, si vedano anche le sentenze nn. [22 del 2012](#), [32 del 2014](#), [226](#) e [247 del 2019](#) e [8 del 2022](#). Moniti in ordine al rispetto del requisito d'omogeneità sono stati espressi anche dal Capo dello Stato, nelle lettere che hanno accompagnato la promulgazione delle leggi di conversione dei dd.ll. 16 luglio 2020, n. 76 e 14 giugno 2019, [n. 53](#).

VJTF sia stata ricompresa tra le missioni sottoposte alla disciplina della legge quadro sulle missioni militari del 2016.

Ecco allora che una questione assai rilevante, e d'ordine generale, pare proprio l'evasione, dopo la Costituzione della difesa, da quella "legislazione della difesa" che della prima riprendeva i principi, e in particolare dalla l. n. 145 del 2016<sup>76</sup>. Mi riferisco al dato della preferenza, davanti al grave accadimento reale, per una disciplina "ad hoc", disposta con decreto-legge, preferita appunto ai regimi legislativi previgenti rispetto all'emergenza e alla loro aspirazione (o velleità) di stabile disciplina per il futuro<sup>77</sup>.

Peraltro, bisogna notare che, se non si fosse agito in deroga tramite decreto<sup>78</sup>, la legge quadro del 2016 avrebbe dovuto applicarsi *ab initio* non solo alle numerose missioni elencate in rapporto alla crisi ucraina e che prevedono la partecipazione di personale italiano, ma anche agli invii di assetti militari, esplicitamente ricompresi all'art. 1, comma, 2 della l. n. 145<sup>79</sup>.

La scelta di prevedere nel primo decreto dell'emergenza ucraina un elenco di missioni da intraprendere *ex novo* o di cui autorizzare la prosecuzione, si ricollega invece alla prassi di cattiva applicazione della legge 145. Affermatasi già da diversi anni, tale prassi consiste nel ritardo rispetto ai termini prescritti dagli artt. 2-4 della legge, nonché, spesso, nell'eccessiva divaricazione tra la deliberazione del Cdm, di per sé già esecutiva, e la successiva autorizzazione parlamentare<sup>80</sup>. Anche per le missioni già autorizzate, la frustrazione dei termini previsti all'art. 3 si è sostanziata, per il periodo relativo al 2022, nella presentazione delle relazioni necessarie al rinnovo ben oltre il termine del 31 dicembre del 2021. Il risultato di questa pratica è che ci si è trovati davanti all'invasione del 24 febbraio, e finanche al pericolo di un ingaggio militare diretto dei contingenti italiani delle missioni NATO in attesa di rinnovo, senza che queste avessero una copertura giuridica. Sembra probabile che sia stato anche questo motivo a spingere il Governo al rinnovo tramite decreto-legge delle missioni già in corso, atto entro il quale è confluita al contempo la nuova VJTF. Alla radice, tuttavia, rimane la tardiva deliberazione del Consiglio dei ministri, puntualmente avutasi a operazioni già iniziate anche per la missione più rilevante tra le nuove deliberate per il 2022, seguendo le procedure della legge n. 145, ossia il dispiegamento NATO a sud-est<sup>81</sup>.

---

<sup>76</sup> Sul rapporto tra la mancata attuazione dell'art. 78 Cost. e l'adozione di una legislazione che ne riproduce la logica, P. CARNEVALE, *Guerra*, cit., 53 e G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione*, cit., 229. Sui rapporti tra le disposizioni del codice dell'ordinamento militare, specie l'art. 10, comma 1, e la l. 145 del 2016, ossia i due *corpus* normativi costituenti la "legislazione della difesa", sostitutiva di un'autentica applicazione dell'art. 78 Cost., M. BENVENUTI *Luci e ombre della l. n. 145/2016 in tema di partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali. Una prima lettura*, in *Rivista AIC*, n. 1 del 2017, 19. Sul carattere d'alternatività della legislazione richiamata, e in specie dell'art. 10 del d.lgs. 66 del 2010, rispetto all'art. 78, vedi P. CARNEVALE, *Il ruolo del Parlamento e l'assetto dei rapporti fra Camere e Governo nella gestione dei conflitti armati. Riflessioni alla luce della prassi seguita in occasione delle crisi internazionali del Golfo Persico, Kosovo e Afghanistan*, in ID., *La Costituzione va alla guerra?* Napoli, 2013, 28-30. Il medesimo autore fa riferimento più avanti a un fenomeno di "decostituzionalizzazione" rispetto all'intero dibattito politico-istituzionale sulle missioni militari, *ivi*, 61.

<sup>77</sup> Ragionava già anni fa sull'inevitabilità di un intervento governativo in via di decretazione d'urgenza G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione*, cit., 230, 236 ss. Critici del fenomeno, invece, M. BENVENUTI *Luci e ombre*, cit., 2 ss. che scrive, rispetto alla partecipazione italiana alle missioni internazionali, di una "catena di decreti-legge di cui si fatica a trovar la fine", e P. CARNEVALE, *Guerra*, cit., 2019, 59 ss.

<sup>78</sup> La deroga, motivata nel preambolo del decreto n. 14 dalla straordinarietà e dall'urgenza connesse alla crisi internazionale, ha comunque fatta salva l'applicazione dei Capi dal III al V della legge 145, ossia le norme sul personale e l'applicazione del codice penale di pace alle missioni elencate nel d.l. Si veda l'art. 1, comma 3, del d.l. n. 14.

<sup>79</sup> In specie per il riferimento esplicito dell'art. 1, comma 2, della l. n. 145 del 2016 al fatto che rientri nell'ambito d'applicazione della legge «l'invio di personale e di assetti, civili e militari, fuori del territorio nazionale, che avvenga secondo i termini della legalità internazionale, delle disposizioni e delle finalità costituzionali, in ottemperanza agli obblighi di alleanze o ad accordi internazionali o intergovernativi, o per eccezionali interventi umanitari».

<sup>80</sup> Per una disamina della cattiva applicazione della legge, M. BENVENUTI, *Missione (in)compiuta. Cinque anni di applicazione della legge sulla partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali (2017-2021)*, in G. Caravale, S. Ceccanti, L. Frosina, P. Piciacchia, A. Zei (curr.), *Scritti in onore di Fulco Lancaster*, Vol. I, Napoli, 151 ss.

<sup>81</sup> La missione in questione è attiva dal 1° aprile 2022, secondo la scheda 38-bis/2022 allegata alla deliberazione del Cdm del 15 giugno 2022.

Proprio la tardiva riconduzione delle missioni rinnovate in via d'urgenza all'iter proprio della legge quadro, presentando al Parlamento la relazione analitica deliberata in giugno dal Cdm, sembra indicare il tentativo di normalizzare *ex post facto* l'azione dell'Esecutivo. Tuttavia, anche su questo aspetto vale la pena di osservare il fatto che la discussione e l'autorizzazione delle Camere rispetto alle missioni internazionali, vecchie o nuove, deliberate ex l. 145, sia avvenuta esclusivamente in sede di Commissione, e non in Assemblea<sup>82</sup>. Considerando che negli anni precedenti, a partire dall'entrata in vigore della legge del 2016, si era avuto un passaggio in Aula, il non verificarsi di tale circostanza per il solo anno 2022 pare cosa quantomai singolare e forse anche inopportuna, visti gli eventi intercorsi nel mondo.

Si può allora dire che, alla prova delle armi, il destino della dettagliata legge quadro sulla partecipazione alle missioni internazionali del 2016 sembra quello di divenire solo una parte, un sotto-insieme, di una pluralità più ampia di fonti, volte a disciplinare in modo specifico singole missioni o insiemi di missioni, salvo la possibilità di una successiva (e parziale) ri-espansione della legge n. 145 a discrezione dell'esecutivo<sup>83</sup>. Si tratta comunque di una scelta, quella a favore di un regime particolare anziché dell'applicazione di quello generale, implicita nella stessa decisione a favore della decretazione d'urgenza, compiuta subito dopo la crisi, e peraltro rinnovata nei più recenti interventi di novembre e dicembre, senza che pure vi fossero gli stessi motivi di urgenza indifferibile che possono avere motivato i primi due decreti.

Del resto, prima che per l'aver messo il Parlamento davanti a un fatto compiuto, come pure è stato detto<sup>84</sup>, una differenza importante tra il regime della legge n. 145 e quello attuale mi sembra sia appunto l'aspetto informativo, aldilà della sola vicenda delle armi. Le previsioni comprese tra gli articoli 2 e 4 della legge del 2016, pur al netto di una prassi applicativa già da prima distorsiva, garantivano in astratto un flusso e una mole di informazioni al Parlamento (e all'opinione pubblica) in grado di farne davvero un "hub conoscitivo"<sup>85</sup>, cosa che invece non assicura il regime molto più "grezzo" che è venuto a costituirsi davanti alla concreta emergenza internazionale, al contempo semplificato nelle procedure e disorganico nelle sue fonti<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> Si rimanda alla nota n. 34.

<sup>83</sup> Spunti interessanti rispetto al fenomeno citato provengono dalla comparazione giuridica. Non è possibile in questa sede trattare l'argomento in modo esaustivo, ma si veda in tal senso l'illuminante studio della comparatista israeliana Margit Cohn sui modi in cui il potere esecutivo mantiene la propria centralità negli ordinamenti britannico e statunitense. Tra le tecniche originate direttamente dall'azione dell'Government, la Cohn identifica la non applicazione ("Pastiche law") o l'applicazione selettiva della legge ("Selective enforcement") da parte dell'Esecutivo. Uno degli esempi è proprio quello della *War Powers Resolution*, la legge che negli Stati Uniti, dal 1973, dovrebbe disciplinare non il solo caso di guerra ma l'intero coinvolgimento del paese in conflitti armati, limitando il potere del Presidente e presentando qualche similitudine con la nostra legge n. 145 del 2016, specie nel dovere di approfondita comunicazione alle Assemblee parlamentari. Ebbene, pur senza poter fare in questa sede analisi approfondite, si può constatare come la legge non sia mai stata applicata in un modo che possa ritenersi sufficiente. Tralasciando i casi di autentica non applicazione, le comunicazioni dell'Esecutivo negli Stati Uniti sono di solito state coerenti in principio ma non conformi in pratica alla legge («consistent with, but not pursuant to the statute»). Temo sia possibile scorgere qualche similitudine tra questa vicenda e il destino della legge n. 145 del 2016 e delle disposizioni che l'hanno preceduta, specie se si considera la prassi distorsiva già antecedente al regime derogatorio del 2022. Per le considerazioni espresse e la citazione si veda M. COHN, *A Theory of the Executive Branch. Tension and Legality*, New York, 2021, 241.

<sup>84</sup> M. BENVENUTI, *Le conseguenze*, cit., 39.

<sup>85</sup> Riprendo l'espressione "hub conoscitivo" di M. FRANCAVIGLIA, *Dal Governo Monti al Governo Draghi. Continuità e discontinuità nei poteri normativi del Governo*, intervento al Seminario genovese del 25 novembre 2022 su *Bilanci e prospettive intorno ai poteri normativi del Governo. A dieci anni dalla sentenza n. 22 del 2012 della Corte costituzionale* (in corso di stampa).

<sup>86</sup> Si ricorda che secondo gli artt. 2-4 della l. n. 145 del 2016 il Governo deve indicare per ciascuna missione: area geografica d'intervento, obiettivi, base giuridica, composizione degli assetti e numero di uomini da inviare, nonché la durata programmata e il fabbisogno finanziario, senza contare la relazione analitica sulle missioni internazionali in corso, con l'andamento di ciascuna e i risultati conseguiti.

### 5. Guerra, segreto e potere del Governo: considerazioni conclusive

Nei paragrafi precedenti si sono cercati di delineare i punti critici della risposta italiana alla crisi bellica internazionale che ha coinvolto, e che ancora coinvolge, il nostro Paese. In particolare, da un punto di vista tecnico-costituzionalistico, si sono messe in luce alcune mancanze che hanno caratterizzato la risposta adottata dal nostro ordinamento sul piano normativo. In particolare, si è fatto riferimento all'uso di tecniche distorsive quali i cosiddetti decreti "minotauro", alla sistematica preferenza per discipline speciali, adottate tramite decretazione d'urgenza, a discapito dell'uso dei regimi normativi già predisposti dall'ordinamento, e alla conseguente molteplicità di fonti che reggono i vari aspetti della risposta italiana alla crisi internazionale in corso, specie rispetto alle missioni militari NATO. Si è anche analizzata la scelta di classificare le informazioni sulle armi inviate alle Forze armate ucraine, con il conseguente ampliamento del ruolo che è venuto ad assumere il COPASIR, quale organo chiave nel rapporto tra Parlamento e Governo (e apparati amministrativi a esso collegati) e a svantaggio delle Commissioni parlamentari permanenti.

In quest'ultimo paragrafo, si vorrebbe invece concludere con qualche osservazione d'ordine generale sulle ragioni e le implicazioni dell'ampliamento del potere dell'Esecutivo a seguito della crisi ucraina.

Rispetto alle ragioni, di natura oggettiva, che hanno determinato un ampliamento dei poteri del Governo, mi pare che un primo fattore vada individuato nella velocità di risposta. Non intesa però come l'ovvia verità di fatto che le crisi, specie quelle belliche, richiedono una pronta reazione, ma come constatazione della quasi precedenza cronologica delle reazioni a livello euro-unitario e atlantico, ma anche, ad esempio, in ambito OSCE. Si sono al riguardo menzionati il Consiglio dell'Unione e il Consiglio europeo del 23 e del 24 febbraio o il vertice NATO del 25 e il precedente vertice dei ministri della difesa dell'Alleanza del 16 febbraio, in cui si può ben immaginare che si fosse allestito un primo piano di risposta davanti all'eventuale precipitare degli eventi<sup>87</sup>.

Al riguardo, un fattore comune che possiamo osservare è la preponderanza del ruolo degli Esecutivi nazionali in tutti gli organi decisionali citati, entro le organizzazioni internazionali e sovranazionali coinvolte nella crisi. È infatti noto il ruolo determinante che riveste la dimensione intergovernativa anche sul piano di un ordinamento assai più strutturato delle altre organizzazioni internazionali citate, quale quello dell'Unione europea, e soprattutto entro la Politica estera e di sicurezza comune. Tale assetto favorisce il raggiungimento di un accordo o di un compromesso, e dunque la velocità di decisione, e così deve essere stato anche nel caso delle decisioni PEC sul finanziamento di armi per l'Ucraina, specie se si considera che le decisioni in materia permettono a ogni Stato membro di astenersi motivatamente, senza che ciò sia d'ostacolo al raggiungimento dell'unanimità richiesta dai Trattati<sup>88</sup>. In dottrina si dà per certo che alcuni Stati costituzionalmente vincolati alla neutralità abbiano già fatto uso della clausola d'astensione, in relazione alle decisioni nn. 338 e 339 del 28 febbraio 2022, con la possibile aggiunta dell'Ungheria. Al riguardo, quasi a mostrare quanto pervasivamente la dimensione del segreto si accompagni a quella delle armi, si deve però constatare che non trattandosi di un atto legislativo, il Consiglio non è tenuto a rendere pubblico il risultato del voto e dunque non sappiamo se e quanti Stati si siano astenuti né con quali motivazioni<sup>89</sup>.

Un ultimo fattore di ampliamento del potere del Governo riguarda proprio la vicenda del segreto, inteso qui in senso ampio, nel suo porsi al confine tra necessità di Stato e strategia di massimizzazione della discrezionalità governativa. Mi pare infatti che qualsiasi considerazione sulla vicenda non possa ignorare il fatto che una comunicazione sulle armi e attrezzature inviate c'è in realtà stata, ma, in via assolutamente non ufficiale, è avvenuta sui giornali. In specie, l'elenco

---

<sup>87</sup> Questo tanto più che l'imminenza di un'invasione era pubblicamente annunciata dall'amministrazione statunitense già dal mese precedente.

<sup>88</sup> Art. 31 §1 TUE.

<sup>89</sup> E. CASTELLARIN, *La fourniture*, cit. Gli Stati a cui si allude nel periodo precedente sono Irlanda, Malta e Austria.

pubblicato su un autorevole quotidiano a fine ottobre pare troppo preciso per essere frutto di fughe non volute<sup>90</sup>.

Legittimo è quantomeno il dubbio che la comunicazione sia avvenuta in via ufficiosa da parte governativa. Questa ipotesi non può essere provata, naturalmente, ma pone in risalto appunto l'amplificazione dei margini di discrezionalità che ogni forma di segreto si porta dietro (insieme a un pervasivo clima di sospetto, aggiungerei), come i filosofi della politica ci insegnano<sup>91</sup>.

D'altra parte, si può rilevare che altri governi hanno agito in modo senz'altro più trasparente del nostro. In particolare, chi volesse veder quante armi ha inviato la Germania può consultare l'apposita pagina ufficiale, disponibile in lingua inglese, del Governo tedesco<sup>92</sup>. Anche il Governo americano fornisce comunicazioni ufficiali<sup>93</sup>. Meno trasparente il Governo francese, ma si può rilevare che le dichiarazioni alla stampa sono avvenute direttamente da parte del Presidente Macron<sup>94</sup>. È invece paradossale il fatto che l'Ufficio studi del Senato italiano arrivi a dover citare nei suoi dossier un istituto di ricerca tedesco, per quantificare economicamente il valore degli aiuti militari inviati dall'Italia<sup>95</sup>.

Vi è chi ritiene che una delle funzioni della pubblicità, rilevante per il diritto costituzionale, sia oggi di garantire che tra il rapporto di prevalenza tra interessi determinato in modo formale dall'ordinamento e quello realmente emergente dalla società non ci sia un divario eccessivo, pena la crisi del sistema politico nel suo complesso<sup>96</sup>. Partendo da questa considerazione, appare più chiaro come mai un aspetto a prima vista "tecnico", quale la classificazione dell'elenco degli armamenti inviati in un teatro di guerra, rivesta una così grande importanza non solo per gli studiosi, ma per l'intera opinione pubblica. Nell'autunno del 2022, si è assistito a manifestazioni in grado di mobilitare decine di migliaia di persone che facevano propria un'istanza *contraria* all'invio di armi, in un momento storico in cui è raro che simili mobilitazioni di massa abbiano luogo. Non importa qua se si consideri tale istanza giusta o sbagliata, ma il fenomeno suggerisce che, se nella gestione dell'emergenza internazionale gli organi titolari di funzioni d'indirizzo si sono risolti, quasi unanimemente, a favore degli invii e del segreto, evidentemente questo non ha risposto alle preferenze sentite da una parte non piccola (non possiamo dire se maggioritaria) della popolazione<sup>97</sup>. Del resto, ancora nel gennaio 2023, ha avuto ampio eco anche da noi il dibattito

---

<sup>90</sup> Si veda l'articolo *Cannoni e mezzi hi-tech, ecco le armi date dall'Italia per l'offensiva ucraina*, in [la Repubblica](#), 29 ottobre 2022, poi ripreso da varie altre testate. L'invio d'armi a cui ci si riferisce è il quinto e, benché ancora per poco, l'ultimo avutosi. In una recente audizione, che si è citata alla nota n. 46, il Ministro degli esteri Tajani ha offerto alcuni dettagli sul sesto invio, tra i quali la fornitura di missili terra-aria. Si può rilevare, tuttavia, come le informazioni riguardino esclusivamente questo specifico assetto, del quale, non a caso, viene a più riprese dal Ministro sottolineata la natura difensiva, una definizione sulla quale è peraltro lecito nutrire qualche riserva.

<sup>91</sup> N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Rivista Italiana di Scienza Politica*, n. 2/1980, 181 ss. Il tema è ripreso diffusamente da V. SORRENTINO, *Il potere invisibile. Il segreto e la menzogna nella politica contemporanea*, Prefazione di Pietro Barcellona, Bari, 2011, specie 207 ss.

<sup>92</sup> V. il [sito](#) del *Bundesregierung*.

<sup>93</sup> Vedi il [sito](#) del Dipartimento della difesa degli USA.

<sup>94</sup> *Que ls armements la France fournit-elle à l'Ukraine?* in [Le Monde](#) 10 ottobre 2022. Del resto, lamenta lo storico scarso coinvolgimento del Parlamento francese sull'esportazione d'armi E. CASTELLARIN, *La fourniture*, cit. Invece, per un quadro comparato della disciplina bellica, vedi A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2007.

<sup>95</sup> Servizi Senato, XIX legis., [Dossier europei, n. 11/DE](#), 12 dicembre 2022, 4. L'istituto citato è il *Kiel Institute for the World economy*.

<sup>96</sup> Così ritiene E. RINALDI, *Arcana Imperii*, cit., 62 ss.

<sup>97</sup> Recentemente, nel febbraio 2023, la nostra comprensione delle idee nutrite dall'opinione pubblica internazionale, europea e nazionale sulla guerra è stata arricchita da un articolato sondaggio dell'[European Council of Foreign Relations](#), dal titolo *United West, divided from the rest. Global public opinion one year into Russia's war on Ukraine*. Dal sondaggio, che contiene un focus sugli Stati europei, emerge che la maggioranza dei cittadini italiani intervistati esprime un'attitudine fortemente sfavorevole rispetto alla prosecuzione del conflitto e al coinvolgimento dell'Italia, anche al costo di non ottenere una "pace giusta" per l'Ucraina. Si tratta di un dato in parziale controtendenza alla media dei nove maggiori paesi dell'Unione europea inclusi nella rilevazione. Per i dettagli dei dati sul nostro Paese, si veda l'articolo *Il sondaggio sulla guerra in Ucraina: in Italia sostegno a Kiev più debole che nel resto dell'Occidente*, in [Corriere della sera](#), 22 febbraio 2023.

avutosi in Germania sulla fornitura di carri armati modello Leopard all'esercito ucraino. È sintomatico che il dibattito in questione abbia riguardato proprio la fornitura di uno specifico armamento, a testimoniare quanto in realtà la scelta su cosa inviare sia di per sé rilevante e per nulla confinata a una dimensione meramente tecnica, anche perché rimanda in realtà a una riflessione più profonda sull'opportunità e i modi di partecipazione al conflitto. Invece, lo scontro sulla classificazione, lungi da ogni tecnicismo, si situa proprio al confine tra le asettiche procedure del diritto e le passioni politiche, ossia in un'area che è del tutto propria al diritto costituzionale.

Allora, realisticamente e spostandosi su di un piano che definirei forse più di "correttezza costituzionale" che di politica del diritto, il punto criticabile non è forse tanto la, comprensibile, classificazione dell'elenco contenente tutti i dettagli tecnici degli armamenti forniti<sup>98</sup>, quanto la mancanza di una comunicazione circa la loro consistenza numerica, onerosità, tipologia (e dunque letalità); una comunicazione fatta anche in forma generica, ma dotata di qualche livello di ufficialità, vale a dire pubblicata su canali ufficiali.

Non mi pare del resto una cosa da poco, se si fa presente che in una bella conferenza sul tema del segreto tenutasi a Roma molti anni fa, nel 1981, il filosofo del diritto Umberto Scarpelli parlando delle società democratiche, contrapponeva la categoria di "conoscenza" a quella di "notizia"<sup>99</sup>. La conoscenza, scriveva Scarpelli, si caratterizzerebbe per la sua organicità e controllabilità, nonché per la provenienza da fonti qualificate. D'altra parte, le notizie, nel cui flusso inorganico siamo immersi, giungono attraverso qualsiasi fonte, di norma i *mass media*, e non sono di fatto controllabili da chi le riceve, che al massimo potrà aspirare a una loro smentita. Ecco, penso allora che non solo la questione tanto discussa delle armi, ma anche il valore della legge n. 145 del 2016, rispetto al sistema che si è scelto di seguire, stiano proprio in questo, nel garantire legalmente al cittadino una parziale forma di conoscenza dei processi politici in cui è coinvolto, e non delle mere notizie.

---

<sup>98</sup> Per quanto invece appaia non giustificabile la mancanza di trasparenza sul *tipo di classificazione* apposta.

<sup>99</sup> U. SCARPELLI, *La democrazia e il segreto*, in *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, cit., 630.

**Mario Bertolissi***Di bessòi.***La Piccola Patria del Friuli in soccorso di una Repubblica spaesata \* \*\***

**ABSTRACT:** *There is the Constitution, which came into force on January 1, 1948: seventy-five years ago; and there is the everyday Constitution, which consists in administering with scruple and conscience and in the good use of the resources made available by the honest taxpayer. The first constitution promises, the second delivers. Over time, the distance between these two profiles has gradually grown and today is such as to have generated a worrying void. This is why it is essential to recover examples of good administration and institutional loyalty from the past.*

*The Friuli of reconstruction, after the earthquake of 1976, represents an example to imitate, because it was able to merge centralism and autonomy, ensuring that the reconstruction was entrusted to local communities that proved to be motivated, serious, farsighted, and responsible. This Friuli – heir to the Little Homeland and interpreter of the motto “Di bessòi” – is available to the Republic, which is old, and it shows. It needs to be revived through the recovery of a hope that walks with the legs of its best people.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’Italia: un profilo non esaltante. – 3. Il Friuli e il senso delle regole. – 4. Il Rapporto Giannini (1979): (a) ovvero del “potere pubblico” vissuto come “un singolare malfattore legale”. – 5. Segue: (b) una pausa di riflessione. – 6. Il Rapporto Piazza (1999): ovvero dell’amministrazione intesa come “Costituzione del quotidiano”. – 7. I principi fondamentali della Costituzione e il motto della Piccola Patria del Friuli: *Di bessòi*. – 8. Il terremoto del 1976 e la ricostruzione. – 9. Covid-19, nel segno della continuità. – 10. Da non dimenticare. – 11. Un decalogo per l’avvenire.

**1. Premessa**

C’è una domanda, che prevale sulle altre. Su tutte. Come mai, passano i decenni e l’Italia si trova di fronte sempre agli stessi problemi? Significa, innanzi tutto, che non li ha risolti. Fatti alla mano, che non è in grado di risolverli. Ancora, dunque, perché?

Prima di rispondere – con parole le più semplici, per quanto la complessità della materia sia un ostacolo –, desidero riprendere un brano davvero esemplare. Utile, se si vuole inquadrare correttamente il tema e comprendere il significato del titolo di questo scritto. Mi riferisco a un concittadino illustre<sup>1</sup>, il quale si è chiesto: “A riformare l’amministrazione ci stiamo infatti lavorando da decenni. Eppure, ancora oggi, quando si enunciano le ragioni per le quali l’Italia è da tempo il paese dell’eurozona con la produttività totale più bassa, con attrazione degli investimenti altrettanto bassa, con risorse pubbliche che, per quanto tagliate, continuano a finire in residui perché non si riesce a spenderle, in testa alla lista ci sono sempre la lentezza, l’inefficienza e il labirintico incrociarsi delle sue sedi pubbliche. Che errori abbiamo fatto in tanti anni di riforme? E che cosa non abbiamo fatto che invece servirebbe?”<sup>2</sup>.



**\*\*** *Il testo scritto riproduce la lezione – rielaborata ed aggiornata – svolta in occasione del conferimento della cittadinanza onoraria da parte del Comune di Rivignano-Teor (UD). Nel predisporre la versione definitiva e vista la finalità che il sindaco, Mario Anzil, intende realizzare – distribuirne copia alla cittadinanza e, soprattutto, ai giovani –, ho ritenuto opportuno tenere conto di ciò che è accaduto dopo la cerimonia del 21 settembre 2021, nel parco di Villa Ottelio Savorgnan.*

*Approfitto anche per ricordare – a chi la avrà tra le mani e proverà il desiderio di leggerla – che dovrà rimboccarsi le maniche: fare un po’ di fatica. Del resto, quello che non costa non vale. L’ho appreso dai banchi di scuola: fin dalla prima elementare, che ho frequentato a Rivignano, maestro Luigi De Niccolai, allora giovanissimo, il cui ricordo mi consola.*

<sup>1</sup> A Giuliano Amato: professore universitario, costituzionalista, politico, ministro, Presidente del Consiglio, giudice e Presidente della Corte costituzionale. E non è tutto!

<sup>2</sup> G. AMATO, *Qualcosa si muove nella riforma della P.a.*, in *Il Sole 24 Ore*, 1° settembre 2013, 1.



Di per sé, c'è stato qualcuno che ha indicato, con grande precisione – già nel 1978 –, la direzione di marcia. Ha osservato, infatti, che “nelle società tecnologicamente avanzate la parte più importante dell'attività politica è l'amministrare, e che l'amministrare richiede strumenti semplici e chiari”<sup>3</sup>. Di lì a poco – nel 1979, nella veste di ministro –, ha ribadito quel medesimo, elementare concetto, rilevando, in conclusione, che “la figura dello Stato (...) per i cittadini (...) non è un amico sicuro e autorevole, ma una creatura ambigua, irragionevole, lontana (...)”<sup>4</sup>. A distanza di vent'anni – nel 1999 –, l'allora ministro è stato costretto ad ammettere che nulla era cambiato<sup>5</sup>. Ed ora – nel 2020, mentre “l'amministrazione italiana sta per compiere 160 anni” –, siamo costretti a concludere che si trova “in mezzo al guado”<sup>6</sup>. Il che significa: di fronte ai problemi di sempre. Una conferma indiscutibile la si ritrova nelle considerazioni introduttive al Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)<sup>7</sup> e nelle dichiarazioni programmatiche del Presidente del Consiglio, Giorgia Meloni, indirizzate alla Camera dei deputati, il 25 ottobre 2022<sup>8</sup>, la quale ha usato parole non molto diverse da quelle scritte – nel 1916 – da un deputato al Parlamento, studioso dell'amministrazione, il quale auspicava “Un'Italia più forte, più consapevole, più sincera e sopra tutto più semplice”<sup>9</sup>.

Ancora, perché? Se non è stato finora possibile rendere moderno il nostro Paese – equivale a funzionante<sup>10</sup> –, ciò significa che vi sono dei difetti strutturali, che riguardano, in primo luogo, le persone<sup>11</sup>. Infatti, come si può riformare l'amministrazione, per renderla (non più efficiente: che è un sogno, ma) meno inefficiente, se “I meridionali” – come sottolineano meridionali stessi – “sono portatori di una cultura giuridica che prevede il primato della forma sul contenuto”? Mentre, “Il risultato non conta”?<sup>12</sup> Per non dire della Capitale – dei cui caratteri discetta, sempre, un meridionale –, luogo (Roma) in cui “tutte le idee muoiono. Qui non è la politica a servirsi della burocrazia, ma la burocrazia a esprimersi come politica”?<sup>13</sup> Come si possono pretendere riforme, in linea generale, se ad imporsi è (quasi) sempre la logica del potere in quanto potere, che consiste nella pretesa di comandare, senza mai rispondere per ciò che si è fatto malamente, si è trascurato oppure non si è realizzato?<sup>14</sup>

---

<sup>3</sup> M.S. GIANNINI, *Del lavare la testa all'asino*, in AA.VV., *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali*, a cura di A. Barbera e F. Bassanini, Bologna, 1978, 18.

<sup>4</sup> *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, trasmesso alle Camere dal ministro per la funzione pubblica, Massimo Severo Giannini, il 16 novembre 1979.

<sup>5</sup> *Lo stato dell'amministrazione pubblica a vent'anni dal Rapporto Giannini*, predisposto dal ministro Angelo Piazza, Roma, 16 novembre 1999.

<sup>6</sup> G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 2020, 602.

<sup>7</sup> PNRR, *Premessa*, espressamente sottoscritta dal Presidente del Consiglio, Mario Draghi, maggio 2021.

<sup>8</sup> *Dichiarazioni programmatiche*, Roma, 25 ottobre 2022, 8, ove si parla di “meno burocrazia, regole chiare e certe, risposte celeri e trasparenti (...) una strutturale semplificazione e deregolamentazione dei procedimenti amministrativi (...) eccesso normativo, burocratico e regolamentare (...). Un male che abbiamo il dovere di estirpare (...) meno regole, più chiare per tutti (...) un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione”. V. *sub* 4. Cose dette e arcidette, senza alcun seguito.

<sup>9</sup> G. ABIGNENTE, *La riforma dell'amministrazione pubblica in Italia (Questioni urgenti)*, Bari, 1916, VIII. Poco oltre, notava che “L'Italia geme da un lato sotto lo sproorzionato onere d'una enorme massa burocratica (...) e dall'altro sotto il peso di congegni complicati”. E, come se non bastasse – salvo eccezioni, è quel che accade –, “Alla burocrazia (...) ogni cittadino appare un essere fastidioso (...)”. Infine, denunciava il fatto – che abbiamo constatato, addirittura, durante la massima diffusione di Covid-19 – che “tali e tante saranno le cieche forze di resistenza le quali si svilupperanno per mantenimento dello *statu quo ante*. Persino durante lo stato di guerra (...)” (ivi, IX e XIII). Persino durante la pandemia: M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, Napoli, 2022, spec. 273 ss.

<sup>10</sup> Perché, ad ogni inizio di anno scolastico, i docenti sono al loro posto; perché il cittadino e le imprese, che si rivolgono alla pubblica amministrazione, trovano risposte ai loro problemi; perché la giustizia licenzia sentenze entro un tempo ragionevole. E potrei continuare.

<sup>11</sup> Me la cavo con un esempio: non ha senso comprare un'auto nuova se l'autista non sa guidare. È la persona che fa la differenza: come ad Alesia.

<sup>12</sup> G. DE RITA – A. GALDO, *L'eclissi della borghesia*, Roma-Bari, 2011, 28. V. *sub* 6, in fine.

<sup>13</sup> R. LA CAPRIA, *La bellezza di Roma*, Milano, 2014, 15. Se ne riparerà *sub* 2.

<sup>14</sup> M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., *passim*.

## 2. L'Italia: un profilo non esaltante

Non si pensi che queste espressioni sottintendano giudizi. Per dirla con parole note a tutti, “Chi (...) è senza peccato scagli per primo una pietra”<sup>15</sup>. Tuttavia, di mezzo ci sono il Paese e il suo futuro. Soprattutto, c'è il futuro dei giovani, che non possono essere abbandonati a sé stessi: a un sistema di pubblici poteri, che non funziona ed è delegittimato. Delegittimato perché, all'unificazione d'Italia, non è seguita una reale integrazione dei territori e delle comunità regionali, corrispondenti agli Stati preunitari. E la legge di unificazione amministrativa del 1865<sup>16</sup>, non a caso, è stata ritenuta “Legge straniera (...) perché legge imposta e non legge espressa da un popolo che di essa fosse consapevole: in una parola, da un popolo che ne fosse l'autore”<sup>17</sup>. D'altra parte, allora, “Alla dottrina della Costituzione come patto reciprocamente obbligante si venivano (...) a sostituire soltanto questioni di dottrina dello Stato”<sup>18</sup>. Care ai teorici, agli astratti, ai giurisperiti, agli scribi e ai farisei<sup>19</sup>. Incomprensibili per l'uomo comune<sup>20</sup>.

Il Friuli rimane, innanzi tutto, una società di uomini comuni: perché non prevale in essi e nella loro tradizione – fatte salve le debite eccezioni – il senso dell'alterigia e della supponenza. D'altra parte, la collocazione ai confini, posti a nord e ad est d'Italia, ha generato reazioni scontate, che si possono definire, nella loro qualità, utilizzando, tra tante, due espressioni: sopravvivenza e fatica. Attraverso una percezione estrema del senso delle regole. Così profonda, che a qualcuno, non a torto, è parsa addirittura rassegnazione<sup>21</sup>. Tuttavia, forse, è qualcosa di ben altro e di più significativo, se è vero che il friulano è considerato *salt, onest, lavoradôr* (saldo, onesto, lavoratore) “e nell'estrapolazione di un breve frammento del Nievo ‘(...) Il Friuli è un piccolo compendio dell'Universo’”<sup>22</sup>.

Ma l'Italia? Forse, più della storia – caratterizzata da vicende fitte di eventi a tutti noti –, assume un particolare rilievo la letteratura: che è narrazione, poetica ed auspicio di ciò che ha tanto tardato a formarsi. Alludo all'*Italia della statualità*, nel suo profilo formale, al quale avrebbe dovuto seguire il consolidarsi di un *Paese reale*, ancorato a modi di pensare, ad usi e costumi coesi, nel senso di condivisi ed estesi a tutto il territorio nazionale. Così, purtroppo, non è.

Non lo è, perché non si è riusciti a contraddire, nel corso del tempo, il profilo delineato da Niccolò Machiavelli, all'atto di concludere il suo celeberrimo saggio sul principe: “E in Italia non manca la materia a cui dare forma: c'è il grande valore del popolo, anche se manca il valore dei capi (...). Coloro che sanno non sono obbediti, e ognuno crede di saper comandare”<sup>23</sup>. Qui è posto – con espressioni caratterizzate da un'estrema ed imbarazzante lucidità – “il problema morale dell'Italia”<sup>24</sup>. Perché – si è notato –, “la presenza di Machiavelli nella storia della riforma religiosa e morale ci

<sup>15</sup> GIOVANNI, 8, 7.

<sup>16</sup> È la legge 20 marzo 1865, n. 2248, “Legge per l'unificazione del Regno d'Italia”.

<sup>17</sup> F. BENVENUTI, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in AA.VV., *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, a cura di F. Benvenuti e G. Miglio, Atti del Congresso celebrativo del Centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, 1969, 70.

<sup>18</sup> F. BARBAGALLO, *Da Crispi a Giolitti. Lo Stato, la politica, i conflitti sociali*, in AA.VV., *Storia d'Italia. 5. Liberalismo e democrazia. Politica ed economia. Liberali, socialisti, cattolici*, a cura di G. Sabbatucci e V. Vidotto, Roma-Bari, 2010, 6.

<sup>19</sup> Gli unici disprezzati e condannati: MATTEO, 7, 29; 9, 10 e 11.

<sup>20</sup> S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 234, lo definisce così: “un cittadino che discute, commenta, critica, senza una particolare competenza e un particolare acume, tanto meno in termini tecnici, ma soltanto al lume del suo buon senso, gli atti o l'inerzia degli uomini di governo, che, a suo parere, mancano precisamente, molto spesso, di senso comune”.

<sup>21</sup> T. MANIACCO, *Storia del Friuli*, Roma, 1999, *passim*.

<sup>22</sup> Ivi, 175. Ne parla anche P. NONIS, *Parole per la vita*, Venezia, 2018.

<sup>23</sup> N. MACHIAVELLI, *Il Principe*, versione in italiano moderno, con introduzione e note di P. Melograni, Milano, 1996, 116.

<sup>24</sup> M. VIROLI, *Il Dio di Machiavelli e il problema morale dell'Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2005, del quale v., inoltre, *Il sorriso di Niccolò. Storia di Machiavelli*, Roma-Bari, 2000. Le sue analisi critiche sono estese alla contemporaneità e ne evidenziano le questioni strutturali, riguardanti usi e costumi: v., infatti, *La libertà dei servi*, Roma-Bari, 2010.

permette di capire il problema che l'Italia si trascina da secoli: quella mancanza di una coscienza morale profonda e forte che ci ha impedito e ci impedisce tutt'ora di essere un vero popolo libero"<sup>25</sup>.

Altri – Francesco Guicciardini, nel medesimo tempo storico – ha esortato a badare al “proprio particolare”, piuttosto che al “bene comune”, a causa della “malvagità dei tempi” – che tendono a riproporsi costantemente – e di una riflessione orientata “verso la cauta e controllata narrazione degli avvenimenti dei quali è stato spettatore, testimone, partecipe, attore, e qualche volta protagonista: con un equilibrio fuor del comune, fra riserbo, amarezza, comprensione ironica degli uomini, capacità critica, giudizio logico e morale, rassegnazione (...)”<sup>26</sup>.

Questo è un atteggiamento inevitabile, se ci si propone come scopo di guardare con acuto rigore alla realtà *sine ira ac metu*: senza ira e timore. Senza propositi offensivi e difensivi; senza pretese di sorta, che non siano quelle di porre salde premesse in vista di un futuro migliore. Votato al rinnovamento dei *costumi*, dai quali dipende l'avvenire di un Paese. Della nostra Repubblica, alle prese con problemi irrisolti sul piano organizzativo e del funzionamento delle istituzioni; gravata da un enorme debito pubblico.

Tuttavia, dovremmo comportarci non all'italiana, come vorrebbe Alessandro Manzoni<sup>27</sup>: “quando si dice che una cosa è fatta ‘all'italiana’ sappiamo bene il significato da attribuire a quelle due parole, sciatteria, pressapochismo, trascuratezza, superficialità, retorica, cinismo, finta commozione, presunta furberia mascherante a malapena la mancanza di serietà, di intelligenza, di sensibilità vera”<sup>28</sup>. Comportarsi diversamente – a dire il vero, in senso opposto –, significa sintonizzarsi su lunghezze d'onda antagoniste, le quali trasmettono pensieri di questo genere: sarebbe opportuno – ed utile – lasciar perdere “lo spirito d'individualità, ove l'*io* si crede troppo ricco per accattar dal *noi*”<sup>29</sup>. “Si dovrebbe pensare più a far bene, che a star bene: e così si finirebbe anche per star meglio”<sup>30</sup>; “Persuasio che la vita non è già destinata ad essere un peso per molti, e una festa per alcuni, ma per tutti un impiego, del quale ognuno renderà conto, cominciò da fanciullo a pensare come potesse render la sua utile e santa”<sup>31</sup>. A prescindere dalla santità – che è eccezione –, rilevano premesse e conclusioni, presupposte ed implicate da questi enunciati, che si possono rendere evidenti con poche, essenziali parole: solidarietà, impegno, responsabilità, giustizia<sup>32</sup>. Quest'ultima rappresenta l'esito finale di un programma, che non solo non trascura, ma pone al centro il bene comune.

Non si allontanò granché da questi orizzonti Giacomo Leopardi, quando decise di occuparsi dell'indole degli abitanti della Penisola. Notò che “Gli italiani stessi non iscrivono né pensano sui

<sup>25</sup> M. VIROLI, *Il Dio di Machiavelli*, cit., 206, il quale prosegue così: “La vicenda ideale che inizia con l'umanesimo civile, e ha in Machiavelli uno dei più convinti sostenitori, non si chiude con Mazzini e De Sanctis, come riteneva CANTIMORI [v. 203-205]. Continua fino ai giorni nostri nel modo di pensare e di sentire di chi non si rassegna a vivere in un paese che ride della corruzione e non conosce la vergogna. Nonostante i pochi, o i molti, che non si rassegnano, la riforma morale dell'Italia resterà probabilmente un'aspirazione che non si realizzerà mai neppure parzialmente. Ma la storia di quell'aspirazione, e del ruolo che Machiavelli ha svolto, merita ugualmente di essere raccontata, se non altro per non dimenticarla”. V., inoltre, D. CANTIMORI, *Niccolò Machiavelli. 1. Il politico e lo storico*, in AA.VV., *La letteratura italiana. 6. Il Cinquecento. Il Rinascimento. Machiavelli e Guicciardini*, Milano, 2005, 3 ss., e L. BLASUCCI, *Niccolò Machiavelli. 2. Le opere letterarie*, cit., 74 ss.

<sup>26</sup> D. CANTIMORI, *Francesco Guicciardini*, in AA.VV., *La letteratura italiana*, cit., 160.

<sup>27</sup> M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., 36 ss. e 87 ss.

<sup>28</sup> G. BEZZOLA, *Introduzione ai Promessi Sposi*, con note di G. Bezzola, Milano, 2006, 12-13, il quale sottolinea il fatto che “il Manzoni, come uomo e come scrittore si rifiutò sempre di essere ‘all'italiana’, volle essere (e fu) ‘all'europea’ nel senso migliore (...) il Manzoni è il gran reagente della mediocrità e dell'ignoranza presuntuosa”. Mediocrità ed ignoranza, di cui non si può dire scarseggi il nostro tempo. Per questo, sono convinto che un vero rinnovamento delle istituzioni non dipenda dalla adozione di misure di carattere estrinseco, puramente organizzative: v., invece, S. Cassese, *Amministrare la Nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Milano, 2022. Se così fosse, non si spiegherebbero le considerazioni delineate sub 4, 5 e 6, a proposito dei *Rapporti* Giannini e Piazza. V. anche le note 37 e 53.

<sup>29</sup> A. MANZONI, *Storia della colonna infame*, con introduzione di F. Cordero; premessa al testo, bibliografia e note di G. Gaspari, Milano, 2006, 775.

<sup>30</sup> A. MANZONI, *I Promessi Sposi*, cit., XXXVIII, 596.

<sup>31</sup> Ivi, XXII, 340.

<sup>32</sup> M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., 51 ss.

loro costumi, come sopra niun'altra cosa che importi e giovi ad essi o agli altri"<sup>33</sup>. Del resto, "Tutti sanno con Orazio che le leggi senza i costumi non bastano"<sup>34</sup>. Diversamente, "la Francia, l'Inghilterra e la Germania, hanno un principio conservatore della morale e quindi della società (...). Questo principio è la società stessa", da concepire come "il convitto degli uomini per provvedere scambievolmente ai propri bisogni, e difendersi da' comuni danni e pericoli (...)"<sup>35</sup>. "Ed ecco che gl'italiani sono dunque nella pratica, e in parte eziandio nell'intelletto, molto più filosofi di qualunque filosofo straniero, poiché essi sono tanto più addomesticati, e per così dire convivono e sono immedesimati con quella opinione e cognizione della vanità d'ogni cosa, e secondo questa cognizione, che in essi è piuttosto opinione o sentimento, sono al tutto e praticamente disposti assai più dell'altre nazioni"<sup>36</sup>. Insomma, "Gl'italiani hanno piuttosto usanze e abitudini che costumi (...). Gli usi e i costumi in Italia si riducono generalmente a questo, che ciascuno segua l'uso e il costume proprio, qual che egli si sia"<sup>37</sup>.

Tuttavia, all'interno di una simile rappresentazione, meditata e non improvvisata, si segnala un distinguo, per così dire, profetico: "Sembra che il tempo del settentrione sia venuto. Finora ha sempre brillato e potuto nel mondo il mezzogiorno. Ed esso era veramente fatto per brillare e prepotere in tempi quali furono gli antichi. E il settentrione viceversa è propriamente fatto per tenere il disopra ne' tempi della natura de' moderni"<sup>38</sup>. Si tratta di un'intuizione – oggi inveratasi – che spiega, ad esempio, le condizioni, in cui versa la capitale: Roma. Male amministrata da sempre, vittima predestinata della sua sfolgorante bellezza; non degna di un Paese, che meriterebbe di avere – se non altro per quel che ci hanno lasciato gli antenati – una città ordinata, pulita ed efficiente.

Quel che accade, comunque, non è frutto del caso. Perché – si ripete –, "tutte le idee muoiono a Roma. Qui non è la politica a servirsi della burocrazia, ma la burocrazia a esprimersi come politica"<sup>39</sup>. Perché Roma è una "capitale immobile", a ragione colta in "Quel non-tempo dove tutto è già accaduto, tutto dovrebbe ancora accadere, e nulla sembra davvero pronto ad accadere mai"<sup>40</sup>. Perché è una "città buia e senza trasporti, fagocitata da buche e immondizia, insidiata da gabbiani feroci e cinghiali temerari, senza soldi né visione (...) città ferma (e senza sogni)"<sup>41</sup>. Perché è una città levantina, papalina e spagnolesca<sup>42</sup>, se è vero che un ministro della Repubblica, per essere messo in condizioni di operare e contare qualcosa, deve avventurarsi nel "grand tour del potere (...). Il tour base comprende: presidenza della Repubblica, un paio di giudici rappresentativi della Corte costituzionale, l'avvocato generale dello Stato, il presidente della Corte dei conti e il presidente del Consiglio di Stato"<sup>43</sup>. "Il gran tour non è solo questione di etichetta. È sostanza del potere"<sup>44</sup>.

<sup>33</sup> G. LEOPARDI, *Discorso sopra lo stato presente dei costumi degli italiani*, ora in *Poesie e prose. II. Prose*, a cura di R. Damiani, Milano, 1988, 446.

<sup>34</sup> Ivi, 447.

<sup>35</sup> Ivi, 448.

<sup>36</sup> Ivi, 461. Osserva, quindi, LEOPARDI: "Or da ciò nasce ai costumi il maggior danno che mai si possa pensare. Come la disperazione, così né più né meno il disprezzo e l'intimo sentimento della vanità della vita, sono i maggiori nemici del bene operare, e autori del male e della immoralità. Nasce da quelle disposizioni la indifferenza profonda, radicata ed efficacissima verso se stessi e verso gli altri, che è la maggior peste de' costumi, de' caratteri, e della morale". E, poco oltre, parla di "un pieno e continuo cinismo d'animo, di pensiero, di carattere, di costumi, d'opinione, di parole e d'azioni". Se qualcuno dissente, consideri chi era Giacomo Leopardi e di quale qualità è stata la sua vita. Si soffermi, quindi, sul XX secolo e scorra rapidamente la storia d'Italia. Le istituzioni sono state e sono rimaste deboli; se non, addirittura, debolissime. Ma, il più delle volte, per ignoranza, superficialità o tornaconto, si preferisce sorvolare. Dicono nulla parole come mafia, camorra, 'ndrangheta e sacra corona unita, per limitarsi a un semplice, scontato cenno? Non sono mancati eroi: Rocco Chinnici, Peppe Diana, Peppino Impastato, Rosario Livatino... singoli, però!

<sup>37</sup> Ivi, 472.

<sup>38</sup> Ivi, 479.

<sup>39</sup> R. LA CAPRIA, *La bellezza di Roma*, cit., 15. V. già il testo, cui è riferita la nota 13.

<sup>40</sup> S. TURCO, *Il cupo girotondo di Roma, che divora chi governa e chi è governato*, in *L'Espresso*, 21 aprile 2019.

<sup>41</sup> G. BUCCINI, *Rifiuti, mobilità, innovazione: Roma è una città ferma (e senza sogni)*, in *Corriere della Sera*, 30 giugno 2019. Me ne sono occupato in *Autonomia. Ragioni e prospettive di una riforma necessaria*, Venezia, 2019.

<sup>42</sup> Non spagnola, s'intende, inchiodata nel XVII secolo: v. M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., 101 ss.

<sup>43</sup> *Io sono il potere. Confessioni di un capo di gabinetto*, raccolte da Giuseppe Salvaggiuolo, Milano, 2020, 91.

<sup>44</sup> Ivi, 92.

Tutto questo, in una Repubblica che si definisce Stato di diritto; che declama e celebra il principio della separazione dei poteri; che si proclama – lo afferma l’art. 1, comma 1, Cost. – “democratica”, attenta e preoccupata della tutela dei diritti e delle libertà dei cittadini. Mentre, in realtà, risuona ancora – dalla primavera del 1946, inascoltato – un duro ammonimento: “Gli uomini spesso preferiscono il benessere della servitù agli incomodi della libertà; preferiscono la loro servile prosperità e tranquillità materiale alla lotta per la libertà”<sup>45</sup>.

### 3. Il Friuli e il senso delle regole

Queste non ammirevoli constatazioni riguardano i luoghi, in cui si esercita il potere, secondo una tradizione non commendevole. È risaputo, tant’è vero che qualcuno ha scritto di uno “Stato italiano, forte con i deboli e debole con i forti”, disorganizzato ed inefficiente<sup>46</sup>. Attento più alla forma che ai contenuti: “Ma v’era appunto, nel *Galateo*, di più: una straordinaria lezione di conformismo, di ipocrisia, di accettazione”<sup>47</sup>. Una lezione tutta italiana.

È, questa, una tipica qualità delle *élite*<sup>48</sup>, che non si estende, meccanicamente, ad altri. E, poi, c’è l’incomparabile varietà dei luoghi d’Italia. “Nord e Sud sono un insieme di Regioni, Province e Comuni. Ora, anche di Città metropolitane. Sono, soprattutto, i cittadini. *The People*. Storie diverse, risalenti, che identificano ed esprimono comunità, irriducibili a una soltanto. È il pluralismo, che preesiste all’Italia unita e fa di essa una composizione vasta, variegata, multiforme. Eccellente, come eccellente è ogni cucina regionale, impastata di terra, dei suoi prodotti e dei suoi sapori. E del genio delle popolane, che li ricompongono su un tavolo. A tavola”<sup>49</sup>. Non a caso, nel secondo dopoguerra – nel 1944 – gli alleati vincitori rilevavano che “In Italia il governo locale (...) rappresenta un paradosso. In nessuna nazione europea le differenze di lingua, tradizione culturale e condizioni economiche sono così rimarcate come in Italia. E al tempo stesso il sistema di governo è indubbiamente il più centralizzato e burocratizzato, appositamente pensato per dare al governo centrale il controllo su ogni più piccolo aspetto delle questioni locali”<sup>50</sup>.

Per quanto si siano realizzati dei cambiamenti alla luce della Costituzione repubblicana, il grado di autonomia accordato ai poteri locali non si può dire entusiasmante. Soprattutto, domina ancora l’uniformità: tutti i Comuni sono eguali, per legge, nonostante tra gli uni e gli altri possano riscontrarsi differenze enormi, quanto a popolazione ed estensione del territorio. E le aggregazioni più vaste – quelle regionali –, pure esse, rivelano differenze incomparabili. Da sempre e, senza dubbio, a partire da quando l’ordinamento regionale – nel 1970 – è stato esteso all’intero territorio nazionale. Così, se, per le Regioni speciali, fin dall’inizio si potevano distinguere le bene amministrate (Trentino-Alto Adige e Friuli-Venezia Giulia, in particolare) da quelle caratterizzate da una cattiva gestione (soprattutto, la Sicilia); un analogo discorso lo si poteva estendere alle Regioni ordinarie. Relativamente ad esse, si notò che “le Regioni del centro-nord hanno (...) raggiunto livelli complessivamente più avanzati delle Regioni del centro-sud”<sup>51</sup>, con scostamenti che, invece di ridursi, si sono andati dilatando nel tempo<sup>52</sup>.

---

<sup>45</sup> G. GONELLA, *Il discorso delle 27 libertà*, commentato da M. Bertolissi e F. Gentile, Verona, 2003, 20. Di questo illustre personaggio ha scritto M. Bellinetti, *Guido Gonella giornalista e politico*, Brescia, 2013.

<sup>46</sup> S. CASSESE, *Lo Stato introvabile. Modernità e arretratezza delle istituzioni italiane*, Donzelli, Roma, 1998. V., del medesimo autore, *L’Italia: una società senza Stato?* Bologna, 2011.

<sup>47</sup> R. ROMANO, *Intorno a talune opere di Mons. Giovanni Della Casa*, che introduce il *Galateo*, Torino, 1975, XXIII.

<sup>48</sup> Colta lucidamente da MACHIAVELLI: v. il testo, cui è riferita la nota 23.

<sup>49</sup> M. BERTOLISSI, *Autonomia*, cit., 9.

<sup>50</sup> G. MELIS, *Storia dell’amministrazione italiana*, cit., 392.

<sup>51</sup> L. PALADIN, *Presentazione* di Aa.Vv., *La prima legislatura regionale 1970-1975*, Milano, 1976, 13.

<sup>52</sup> Aa.Vv., *Prima che il Nord somigli al Sud. Le regioni tra divario e asimmetria*, Soveria Mannelli, 2020, nonché *Documento di Economia e Finanza 2020. Nota di aggiornamento*, Ministero dell’Economia e delle Finanze, Roma, 2020. Il limite di queste indagini è che omettono di considerare i profili psicologici dell’azione umana, nonché usi e costumi delle varie popolazioni. Presupporre l’irrelevanza è demenziale.

La Regione Friuli-Venezia Giulia è stata istituita con la legge costituzionale n. 1/1963, preceduta da un dibattito articolato e complesso, condizionato dalla definizione dei confini e dai rapporti con la *ex* Jugoslavia<sup>53</sup>. È certo, comunque, che il suo operato, fin dall'inizio<sup>54</sup>, si caratterizzò per sobrietà e concretezza: virtù – non è il caso di vergognarsi – che venivano da lontano. Da radici profonde, di impronta longobarda<sup>55</sup>, che mi hanno suggerito, qualche tempo fa, queste parole, suscitate da immagini, fiorite nel cuore del Friuli.

“Attimis, Faedis, Nimis. Sono località dell’alto Friuli, nominate da Paolo Diacono (...). Colline dolci, ricche di vigneti e di operosità. Terre di emigrazione, un tempo, che non hanno perso la memoria dell’esodo. Terre che hanno edificato nei millenni piccole chiese, che sembrano disegnate da un bambino, la cui tenerezza per la vita dà agli adulti la forza di scrivere così: ‘*Culì si jentre par volêj ben a Dio e di culì si jes par volêj ben ai Fradis*’. ‘Qui si entra per voler bene a *Dio* e da qui si esce per voler bene ai *Fratelli*’. Sta sulla porta d’ingresso della chiesa dei S.S. Gervasio e Protasio, del VI secolo, a Nimis. Linguaggio semplice, chiaro, imperativo. Chi legge non deve interpretare. Sa!”<sup>56</sup>.

Sa, se conosce, anche superficialmente, le vicende che, lungo l’arco di secoli, hanno caratterizzato queste terre, più ghibelline che guelfe; referenti della Serenissima, la quale aveva concesso una qualche autonomia alla Contadinanza friulana. In ogni caso, vale la pena di ricordare, con un cenno, che, “Per lungo tempo (...), la riottosa nobiltà feudale convisse con il patriarcato, in continua tensione, ma non in rotta di collisione, in quanto il patriarcato era l’identificazione del potere imperiale”<sup>57</sup>. Che “In Friuli il peso delle città, nonostante un certo loro aumento d’influenza, fu sempre debole”<sup>58</sup>. Che la concezione della vita dei più era espressa da motti e proverbi, come questo, degno di Tacito: “*Se tu mangis luvins e tu ti voltis indaûr, tu viodaràs qualchidùn c’al mange lis scussis*”. “Se tu mangi lupini e ti volti indietro, vedrai qualcuno che ne mangia le bucce”<sup>59</sup>. Oppure, che: “*Panze plene no crôt a panze ueide*”. “Pancia piena non crede a pancia vuota”<sup>60</sup>. Che Venezia aveva dato prova, in sede di governo, di una “notevole intelligenza politica”<sup>61</sup>. Che la religiosità era quella ben

<sup>53</sup> V., infatti, S. LORENZINI, *L’Italia e il trattato di pace del 1947*, Bologna, 2007. V., quindi, A.M. PREZIOSI, *Udine e il Friuli dal tramonto dell’Italia liberale all’avvento del fascismo: le aspirazioni autonomistiche di Girardini, Pisenti e Spezzotti*, in *Storia contemporanea*, n. 2/1984, 213 ss.; M. BERTOLISSI, *La Regione Friuli-Venezia Giulia dalla Costituente allo Statuto*, in *Le Regioni*, n. 5/1983, 811 ss., nonché A. D’ARONCO, *Lo Statuto regionale del Friuli-Venezia Giulia e i progetti antecedenti*, Udine, 1991. V., infine, L. PALADIN, *Commento allo Statuto della Regione Friuli-Venezia Giulia*, Udine, 1964.

<sup>54</sup> Il suo primo Presidente fu Alfredo Berzanti, friulano. Per lungo tempo, l’istituzione regionale si è basata su una convenzione, stando alla quale, scelta Trieste come capoluogo, la Presidenza della Giunta sarebbe stata attribuita a un friulano. Ancora, le risorse furono assegnate ai territori provinciali, abbinando Udine a Pordenone (Friuli), Trieste a Gorizia (Venezia Giulia).

<sup>55</sup> Merita di essere letto e meditato, per acquisire una adeguata consapevolezza di sé, P. DIACONO, *Storia dei Longobardi*, a cura di L. Capo, Milano, 2000.

<sup>56</sup> M. BERTOLISSI, *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, Napoli, 2015, sul risvolto di copertina.

<sup>57</sup> T. MANIACCO, *Storia del Friuli*, cit., 68. Sulla copertina, la sintesi: “Il lavoro dei campi, la tradizione gastronomica, le radici della cultura contadina, le rivolte, il dramma dell’emigrazione e la nascita dell’identità di una regione il cui flusso scorre dentro i fiumi del tempo”.

<sup>58</sup> Ivi, 81.

<sup>59</sup> Ivi, 103.

<sup>60</sup> Ivi, 131.

<sup>61</sup> Ivi, 132. Vale la pena di leggere questo acuto commento di TITO MANIACCO: “Nella sua logorante e ovattata prudenza, la Serenissima pervenne ad una conclusione che oggi definiremmo ‘gattopardesca’. Si trattava di dare senza dare, di offrire qualcosa di assoluta inconsistenza nella sostanza, ma formalmente così colorata da far credere il contrario, un’armatura vuota, un cavaliere inesistente, un palazzo che aveva l’apparenza del potere. Ciò non è nuovo sotto il sole dei secoli, ma è singolarmente nuovo per quel periodo, tanto che fa meraviglia che una siffatta creazione dell’arte del sembrare, tipica del secolo che annuncia il manierismo e avanza facendo sudare i fuochi dell’immaginazione, il secolo del Bembo, dell’Aretino, del Castiglione, ma anche di Machiavelli, Guicciardini (ogni cosa è pregna del suo contrario), creazione di ingegneria politica altamente simbolica e affascinante, possa essere sfuggita all’interesse degli studiosi di storia d’Italia, di storia delle istituzioni e, specialmente, di storia sociale. La creazione della Contadinanza dovrebbe essere minutamente studiata perché costituisce un atto di notevole intelligenza politica, qualcosa che oggi può essere capito benissimo. – Scontentando i nobili quel tanto che bastava per punirli della loro irritante ostilità, e accontentando i

rappresentata dai santuari: uno per tutti, dalla “Madonna nera a Castelmonte, *madóne di mónt*, sui monti che separano le valli friulane da quelle slovene, fin dal 1175, che (...) può essere anche indicata come un luogo di coagulo ladino-germanico-slavo”; ed essa “è ‘segno’ ancor più complesso e più emblematico delle piccole chiesette votive sparse per i campi, ma riporta, al di là delle colorate leggende e della fitta trama della Chiesa dei miracoli, sostanze minerali sempre più profonde, sempre più affondate nella Madre, la Terra”<sup>62</sup>. Che – pensando proprio alla terra – “Taluni [contadini] invecchiano senza aver assaggiato appena un sorso di vino o un frutto [...]”<sup>63</sup>.

Per quanto possa apparire lontano da noi, questo straziante panorama lo abbiamo appena lasciato alle spalle, gradatamente, dopo la fine del secondo conflitto mondiale<sup>64</sup>. Ma è ancora in vita – colui che scrive è uno di questi – chi conserva la memoria di una vita frugale, ridotta all’osso, resa attuale dai proverbi<sup>65</sup>; e conviene sul fatto che “Il contadino carnico” – e non solo – “chiama la moglie ‘la me parone’ (la mia padrona), quello friulano ‘la me cristiane’ (la mia cristiana), ma nessuna di queste parole corrisponde alla realtà. La donna friulana mangia di meno e lavora di più dell’uomo”<sup>66</sup>. “La donna, con la gerla sulla schiena (...)”<sup>67</sup>, riassume in sé l’essenza di un eroismo silenzioso, proprio di chi vive pensando di non avere diritti, ma soltanto doveri. In questo risiede il germe di una nobiltà sconfinata, che evoca il discorso della montagna: le beatitudini<sup>68</sup>, “Sermone” definito – da Massimo Cacciari – “inaccessibile”<sup>69</sup>.

Si tratta di osservazioni – meglio ancora, di prese d’atto –, che assumono come punto di riferimento il passato remoto ed il passato prossimo, nell’ambito del quale si colloca una testimonianza, che fa riflettere, di padre David Maria Turoldo: “Poi questo: che io non avessi fin d’allora nessun diritto, nessuno, m’è rimasto addosso anche oggi come una divisa da galeotto; e non solo allo stato incosciente. È un’altra amara eredità della mia infanzia, per cui mi sento a disagio fra la gente. Pure violento ora, pure prepotente a mia volta, tuttavia anche oggi, spesso, mi sorprendo a pensare di non avere diritti, di nessun genere, per nessuna cosa”<sup>70</sup>. Un’eredità – parrebbe – della madre, il cui ricordo

---

contadini quel tanto che dava la sensazione di aver riparato torti del passato – quali non era detto, ma era sottinteso e ammiccato –, creava interessi verso possibilità di una maggior comprensione e ascolto da parte delle autorità, comprensione e ascolto che, pur essendo raccolte nella Patria, andavano proprio nel centro del Potere di San Marco. – Potenza della fantasia, fantasia della legge”.

<sup>62</sup> Ivi, 142.

<sup>63</sup> Ivi, 149.

<sup>64</sup> Lo sprovveduto non sa ed è bene legga, ad es., E.J. HOBBSAWM, *Il secolo breve 1914-1991*, Milano, 2012.

Scoprirà di avere in testa una sterminata quantità di idee sbagliate, da rettificare.

<sup>65</sup> T. MANIACCO, *Storia del Friuli*, cit., 184: “È in questo contesto che si condensano i proverbi, forse più antichi, ma sempre attuali: ‘*L’om cence bēz l’è un muart c’al ciamine*’ (l’uomo senza soldi è un morto che cammina), oppure: ‘*La robe no è di cui che la fās, ma di cui che la giolt*’ (la roba non è di chi la produce, ma di chi la gode), o ancora: ‘*L’ore di gustà pai siōrs’ jé quan’ che àn fam, pai pitocs quan’ che and’àn*’ (l’ora di mangiare per i ricchi è quando hanno fame, per i pitocchi quando hanno qualcosa). Da questa generale condizione d’infelicità pare che si rafforzi il fatalismo. Il realismo dell’osservazione sottintende una profonda sfiducia nel mondo, in chi governa, chiunque esso sia, e da ciò ne consegue una passività che sembra escludere ogni cambiamento in meglio. Così si viene assestando una filosofia dell’esistenza: ‘*Il puar l’è simpri puar*’ (il povero è sempre povero), Gesù Cristo stesso non ha potuto cambiare il mondo: ‘*L’è stāt un sōl galantom in chest mont, e ancechel lu àn piciāt*’ (c’è stato un solo galantuomo al mondo, e anche quello l’hanno impiccato), e una lunga consuetudine con la giustizia delle classi dirigenti mette il contadino nella condizione di osservare: ‘*Tes causis uelin tre robis: vé reson podèle di e ciatà cui che la dêi*’ (nelle cause ci vogliono tre cose: aver ragione, poterla dire e trovare chi te la dia)”.

<sup>66</sup> Ivi, 185.

<sup>67</sup> Ivi, 190.

<sup>68</sup> MATTEO, 5, 1-12.

<sup>69</sup> M. CACCIARI, *Introduzione a M. WEBER, La scienza come professione – La politica come professione*, Milano, 2006, L.

<sup>70</sup> D.M. TUROLDO, *Il mio vecchio Friuli*, Pordenone, 2001, 8. Del medesimo, v. *Cammino verso la fede*, Cinisello Balsamo, 2006, nonché P. ZANINI, *David Maria Turoldo. Nella storia religiosa e politica del Novecento*, con prefazione di D. Saresella, Milano, 2013.

David Maria Turoldo nacque a Coderno (UD), paese della bassa friulana, non lontano da Rivignano, il 16 novembre 1916. Entrò giovanissimo nell’Ordine dei Servi di Maria (v. Madonna di Monte Berico, Vicenza; Madonna delle Grazie, Udine) e a ventiquattro anni fu ordinato sacerdote.

è struggente, perché di un'anima grande: “Ma lei non si vedeva neppure a tavola; questa è un'altra cosa che mi stordisce ancora: quella di non aver mai visto mia madre seduta a tavola con noi. Lei doveva servire. Certo mangiava anche lei, se è vissuta tanti anni, ma quando e come mangiava? Tutti le dicevamo: ‘Adesso mettimi qui e basta!’. Ma lei rispondeva: ‘Mangiate voi e non pensate a me’”<sup>71</sup>.

Riverbero di antiche reminiscenze e riflesso della piaga dell'emigrazione<sup>72</sup>, documentata nella corrispondenza di padri e madri, divisi dalla povertà, che ha generato “quel raccoglimento, pieno e profondo, che l'uomo, solo in circostanze eccezionali, come l'esilio, la prigionia e, appunto, l'emigrazione, riesce a raggiungere”<sup>73</sup>. Da qui, l'impulso a costruire fondamenta salde, a partire dalla persona, per ritrovarsi, infine, attori all'interno delle “formazioni sociali ove si svolge la (...) personalità” di ciascuno, *arbiter fortunae suae*: come si augura, normativamente, l'art. 2 Cost. Sotto questo profilo, non v'è dubbio che il Friuli ed i friulani si ritrovano davvero nel trinomio *salt, onest, lavoradôr* (saldo, onesto, lavoratore)<sup>74</sup>, che hanno sperimentato quotidianamente, in primo luogo, nella ricostruzione realizzata all'indomani della fine del secondo conflitto mondiale. E, quando si è trattato di rivendicare per sé una Regione, hanno seguito il percorso del confronto dialettico, avendo respinto – come ebbe a rilevare un cronista del tempo – “*il spirt di rebelion, d'indissipline e di violenze che àn mostrât chês altris regions periferichis*” (“lo spirito di ribellione, di indisciplina e di violenza

---

<sup>71</sup> D.M. TUROLDO, *Il mio vecchio Friuli*, cit., 45. Di fronte a questi episodi e a un tal genere di persone, mi chiedo quale sia il significato e quanto continuo i lamenti-recriminazioni di mons. Georg Gänswein (per essere stato decurtato di talune funzioni prefettizie) e il disappunto dello stesso Papa Benedetto XVI (per aver Papa Francesco ulteriormente circoscritto il ricorso alla messa in latino): v., ad es., G.G. VECCHI, *Padre Georg in udienza dal Papa: “Voci malevole. Ora devo stare zitto”*, in *Corriere della Sera*, 10 gennaio 2023, 11.

Colgo – in tutto ciò – il puro e semplice riflesso di una sorprendente manifestazione di vanità, che mi pare – a me pare – lontana dal messaggio evangelico: se ci si limita a leggere il Vangelo e a lasciarlo parlare con la voce limpida di chi l'ha scritto, evocando la carità, di certo non preoccupato della lingua o degli incarichi religioso-mondani. D'altra parte, E. RAGUSA, *Introduzione a D. BONHOEFFER, Con i piedi per terra. Un cristiano di fronte a Dio e allo Stato*, Milano, 2020, 9, ricorda, nell'esordio, che “H.U. von Balthasar, nell'articolo *Teologia e Santità*, denuncia uno sdoppiamento fra il pensare teologico e la testimonianza della fede nei singoli cristiani, prendendo atto dell'impoverimento che questo ha portato alla teologia. Paolo Ricca, con le stesse premesse, si chiede, estremizzando il dato opposto, perché i teologi martiri siano rari. – Dietrich Bonhoeffer rappresenta un'eccezione in questo contesto”. È da notare, poi, che la Chiesa, “negli anni subito successivi al martirio, esita a collocare Bonhoeffer fra i martiri cristiani [fu vittima del nazismo], ritenendolo principalmente un martire politico”. Mentre è stato fatto santo Pio IX, il quale, durante il suo pontificato, ha quantomeno non impedito o tollerato condanne a morte di patrioti, non più disposti a sopportare il potere temporale della Chiesa. C'è da rimanere disorientati, da un lato, ed affascinati, dall'altro, quando si può ammirare la grandezza degli umili. V., Comunque, G. GÄNSWEIN, *Nient'altro che la Verità. La mia vita al fianco di Benedetto XVI*, Milano, 2023, nonché M. FRANCO, *Il Monastero. Benedetto XVI nove anni di papato-ombra*, Milano, 2022.

Con l'occasione, mi pare doveroso non dimenticare un *promemoria* dell'evangelista GIOVANNI, 1, 18, il quale ha rilevato che “Dio non l'ha veduto nessuno”. Forse, è il caso di evitare di attribuirgli opinioni inadeguate: sono le nostre. Mi chiedo: che cosa avrà pensato delle discussioni sul cerimoniale delle esequie di Benedetto XVI, Papa emerito e non più Papa? Un vero rompicapo!

<sup>72</sup> A. FILIPUZZI, *Il dibattito sull'emigrazione. Polemiche nazionali e stampa veneta (1861-1914)*, Firenze, 1976, e E. FRANZINA, *Storia dell'emigrazione veneta. Dall'Unità al fascismo*, Verona, 2005.

<sup>73</sup> A. BONGIORNO, *Prefazione a Il pane degli altri. Lettere di emigranti*, raccolte da A. Bongiorno e A. Barbina, Udine, 1970, XI. Utile, a noi contemporanei smemorati, la presa visione di questo appunto: “Le strade attraverso le quali talvolta l'emigrante perviene, lentamente o improvvisamente, al distacco dalla patria, sono molteplici quanto lo sono le varietà intellettive ed emotive dell'uomo e le situazioni ambientali in cui è costretto a integrarsi. – Sul dramma di tante persone (quasi mai l'emigrante documenta nelle lettere ai familiari l'esistenza di qualche associazione o istituto che dia almeno l'illusione della protezione dei suoi interessi) ci sembra aleggare costantemente un rassegnato fatalismo. – Un senso di abbandono al soccorso divino, la speranza del ritorno affidata alla preghiera e all'auspicio, ma soprattutto lo svolgersi di pensieri e di sentimenti caratterizzati da un concetto cristiano di bontà, di culto della casa e della famiglia, danno la misura di quanto profonde siano le radici che il cattolicesimo ha sviluppato nell'animo popolare. – Una contraddizione con questo senso religioso della vita emerge talvolta da quelle lettere che trattano di affari, di denaro, dove molto spesso traspare anche la grettezza, determinata, evidentemente, da un esasperato senso del possesso, conseguenza logica di tante fatiche, ma soprattutto di una lotta concepita e realizzata individualmente contro sfruttamenti e avversità, che andrebbero affrontati ‘a monte’ dell'emigrazione, dalle istituzioni civili e politiche” (ivi, XIV).

<sup>74</sup> V. la nota 22.



che hanno mostrato le altre regioni periferiche”)<sup>75</sup>. Hanno anticipato un criterio di azione, reso esplicito nel 1998 dalla Corte suprema federale del Canada, quando la medesima ha affermato – è un frammento, che ho ricordato un’infinità di volte in vari scritti – che “nessuno ha il monopolio della verità”; che è indispensabile ricorrere al “mercato delle idee”; che bisogna ascoltare le “voci dissidenti”; che questo e soltanto questo è “un sistema democratico di governo”<sup>76</sup>.

Questo significa avere, incorporato in sé, come elemento costitutivo di ogni azione ed esperienza, il senso delle regole, destinato a generare – in conformità a ciò che ora dispone l’art. 97 Cost. – buon governo e buona amministrazione<sup>77</sup>. Che rappresentano il frutto di usi e costumi consolidati.

#### 4. Il Rapporto Giannini (1979): (a) ovvero del “potere pubblico” vissuto come “un singolare malfattore legale”

Ciò che fa la differenza – non poche volte – è la qualità dell’amministrazione, non la Costituzione e i suoi enunciati di principio, che lasciano il tempo che trovano, se fraintesi o, addirittura, malintesi. D’altra parte, anche lo Stato fascista fu ritenuto e definito Stato di diritto, sulla base di un equivoco, voluto o involontario, che ha operato una mistificazione della realtà<sup>78</sup>. Al di là delle finzioni e degli imbrogli, rimangono i fatti, i quali possono trovare la loro realizzazione o secondo la logica dell’ordine o quella del disordine. Ed ecco, appunto, l’incontro di ciascuno o con il senso delle regole o con il suo contrario. Più precisamente ancora, con “il senso della legalità, quel senso che ogni cittadino dovrebbe avere del suo dovere morale, indipendente dalle sanzioni giuridiche, di rispettare la legge, di prenderla sul serio”<sup>79</sup>.

Tuttavia, da troppo tempo ormai, stiamo vivendo un indistinto e frustrante stato d’animo, dal momento che si sta annebbiando – ne sono causa la Repubblica ed i suoi supremi organi<sup>80</sup> – una nozione, che un tempo sembrava chiarissima: quella di diritto. Le troppe, continue e dilaganti disapplicazioni delle norme, la realtà di un assetto costituzionale che, per decenni, non ha corrisposto a quello previsto dalla Costituzione scritta; l’illegalità che, ancora per decenni, è stata regola quotidiana di convivenza, non solo ad opera dei cittadini, ma delle stesse pubbliche amministrazioni e degli stessi governanti; il patto tacito di coesistenza che è stato, per decenni, attuato tra legalità ed illegalità; tutto questo ed altro ancora danno l’impressione di costruire o di assistere alla costruzione di una magnifica, ordinatissima fabbrica di *concetti*, che non si riesce, però, bene a capire in quale rapporto stia con la *realtà*, tanto questa appare diversa e lontana<sup>81</sup>. Si può, dunque, parlare di una “frattura esistente tra realtà normativa e realtà sociale”<sup>82</sup>, che reca con sé il non irrilevante inconveniente di delegittimare le istituzioni: le quali sono, appunto, gravemente delegittimate<sup>83</sup>.

<sup>75</sup> *L’autonomie c’ho domandin*, in *Patrie dal Friùl*, 20 ottobre 1946. Per amore della verità, all’estero non esistono cosche, ma soltanto *fogolârs furlans* (luoghi di ritrovo, attorno al fuoco che brucia, mentre si appronta il desinare, di friulani, che ricordano la loro terra). È un dato di fatto, che dovrebbe sollecitare un pensiero critico, soprattutto quando si invoca – meccanicamente e, pertanto, a sproposito – il giacobino art. 5 Cost.: vale a dire, l’unità e indivisibilità della Repubblica, che fa di ogni erba un fascio.

<sup>76</sup> Corte suprema federale del Canada, parere 20 agosto 1998, a proposito del quale v. N. OLIVETTI RASON, *A proposito della secessione del Québec: tre quesiti e quattro risposte*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999-III, 889 ss.

<sup>77</sup> M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., *passim*.

<sup>78</sup> M. BERTOLISSI – R. MENEGHELLI, *Lezioni di diritto pubblico generale*, Torino, 1996, 323 ss.

<sup>79</sup> On. Piero Calamandrei, Assemblea costituente, 4 marzo 1947, cit. da M. BERTOLISSI, “*Rivolta fiscale*” *federalismo riforme istituzionali – promemoria per un’Italia che cambia*, Padova, 1997, 224.

<sup>80</sup> V. il testo, cui è riferita la nota 43.

<sup>81</sup> M. BERTOLISSI – R. MENEGHELLI, *Lezioni di diritto pubblico generale*, cit., 1.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> A. SCHIAVONE, *Non ti delego. Perché abbiamo smesso di credere nella loro politica*, Milano, 2013. Egli osserva – nella sintesi, delineata sul risvolto di copertina – che “La democrazia rappresentativa, nel modello che abbiamo conosciuto finora, è figlia delle rivoluzioni politiche ed economiche del Settecento e porta scritto sulla fronte le sue origini. Rispetto ad allora, oggi tutto è cambiato: socialità, lavoro, tecnologia, informazione. È difficile immaginare che questa grande trasformazione non si rifletta sulle istituzioni della politica, anche le più essenziali. È venuto perciò il momento di ripensare a fondo il rapporto cruciale fra popolo e sovranità, da cui dipende il nostro futuro”.

Una prova inconfutabile è offerta – come si è accennato<sup>84</sup> – dal Rapporto Giannini del 1979. Risalente a quasi mezzo secolo fa e, tuttavia, di straordinaria attualità<sup>85</sup>. Il fatto di averne scordato il contenuto espone al rischio di credere che i nostri problemi si possano spiegare con vicende contemporanee, mentre la loro origine è remota<sup>86</sup>. Infatti, già allora, si denunciava “l’attuale situazione di grave disfunzionamento delle amministrazioni pubbliche, globalmente prese”, che suscitavano “angoscianti preoccupazioni di ingovernabilità”<sup>87</sup>. “Saggezza imporrebbe che si considerasse chiuso il passato e aperto il solo provvedere al futuro”<sup>88</sup>, soprattutto in tema di “ristrutturazione dello Stato”, per la quale la richiesta collaborazione “non ebbe alcuna risposta, anzi proseguì la pratica dei disegni di legge per riparare ossicini fratturati o supposti tali; anche ripetuti documentati inviti delle associazioni sindacali dei lavoratori non ebbero risposta”<sup>89</sup>. Dunque, collaborazione degli apparati centrali dello Stato pari a zero.

Eppure, sarebbe stato necessario, fin da allora, “un ripensamento generale della posizione che queste amministrazioni hanno in uno Stato industriale avanzato”, che patisce “un dramma organizzativo”, dal momento che, “nel giro di pochi decenni”, gli Stati industriali avanzati, “partiti come enti di funzioni di ordine e di base, tipicamente autoritativi, sono divenuti anche enti gestori di servizi, ed infine anche enti gestori di trasferimenti di ricchezza”<sup>90</sup>. Basti pensare – oggi – al Comune, che non si limita a tenere registri e a rilasciare certificati, ma è l’ente di prima istanza di una comunità alle prese con i gravi problemi della vita quotidiana. Però “da noi le amministrazioni d’ordine, le amministrazioni di servizi e le amministrazioni di finanza convivono in regimi di giustapposizione”<sup>91</sup>: vale a dire, in stato di perenne confusione. Tutto ciò, “sulla pelle del cittadino”, anche perché – è tuttora così – “si consentono alle amministrazioni pubbliche comportamenti che le leggi vietano ad ogni privato. Talché il potere pubblico viene sovente a presentarsi come un singolare malfattore legale, che permette a sé ciò che invece reprime nel privato”<sup>92</sup>.

In aperta violazione dei principi di buona fede ed affidamento, del rapporto potere-funzione; in definitiva, dell’antico *pacta sunt servanda* (i patti si debbono rispettare), che dovrebbe neutralizzare sul nascere ogni vocazione al privilegio. Invece, l’amministrazione pubblica italiana sceglie costantemente per sé il privilegio, la deroga dalla regola, se non l’eccezione, alimentando “vari giudizi di immagine popolare”, che individuano le cause del dissesto “nella preparazione eminentemente giuridica dei dirigenti, o nelle retribuzioni non incentivanti, e nelle politicizzazioni indotte, o nelle distorsioni provocate da azioni ultronee delle associazioni sindacali”<sup>93</sup>: con danno irrimediabile per la produttività<sup>94</sup>. A ciò si aggiunga il costo occulto: “costo economico della spendita di attività amministrativa che è richiesta dal fatto che la funzione amministrativa si svolge in forma procedimentalizzata, con la partecipazione di più organi e uffici”<sup>95</sup>, dando vita, con ciò, a “una selva di procedimentalizzazioni”, che “costituiscono la alimentazione più copiosa dei costi occulti”<sup>96</sup>, sinonimo di aggravati ed oneri non necessari. Esiti di questo genere – proiettati nel presente – risentono

---

Sarà anche così e sarà pur vero che “oggi tutto è cambiato”. Tuttavia, se si guarda alle prestazioni ed ai servizi, contano le piccole cose quotidiane: il tempo di rilascio di un certificato, di una autorizzazione, di una concessione; l’organico a regime o precario dei docenti; il modo secondo cui si svolge un processo; l’attesa prolungata o no di una visita specialistica e via dicendo. In buona sostanza, tutto è cambiato, ma – quanto a buon governo e buona amministrazione – *nihil sub sole novi*: non ci sono novità.

<sup>84</sup> V. la nota 4.

<sup>85</sup> V. *sub* 8.

<sup>86</sup> G. MELIS, *Storia dell’amministrazione italiana*, cit., *passim*.

<sup>87</sup> *Rapporto Giannini*, cit., I.1.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> *Ivi*, I.2.

<sup>90</sup> *Ivi*, I.3.

<sup>91</sup> *Ibidem*.

<sup>92</sup> *Ivi*, 2.1.

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> *Ivi*, 2.2.

<sup>95</sup> *Ivi*, 2.4.

<sup>96</sup> *Ibidem*.

di “gelosie politiche e burocratiche”<sup>97</sup>, che non favoriscono, oltretutto, una seria ed affidabile “analisi di attuabilità amministrativa delle leggi, che da noi ha particolare rilievo per l’abbondanza delle grida in forma di legge del Parlamento o delle Regioni”<sup>98</sup>.

Vista la complessità dei problemi, l’autore del Rapporto era dell’opinione che “Non si possono attendere risultati a tempo breve”. Ci sarebbe voluto “un quinquennio, a condizione che l’azione” fosse “*diuturna e perseverante*”<sup>99</sup>. Sugeriva, quindi, di considerare che “le esperienze utili sono quelle francesi e britanniche, ambedue contrassegnate da amministrazioni statali efficienti e prestigiose”<sup>100</sup>, radicate su consolidati costumi e prassi. “Questo per dire” – si tratta di una notazione di valore strategico – “che revisioni di tecniche, riordinamenti, ristrutturazioni, riforme di pubbliche amministrazioni, da sole non basteranno; occorrerà che siano accompagnate da modernizzazione delle leggi regolative dell’azione amministrativa: sono due le condizioni per riportare la pace tra pubbliche amministrazioni e cittadini. La pace, non la fiducia, perché questa non dipende da leggi, e non si avrà finché non sia cancellata da una diuturna opera illuminata di uomini l’odierna figura dello Stato: per i cittadini esso non è un amico sicuro e autorevole, ma una creatura ambigua, irragionevole, lontana (...). La situazione è, sì, gravissima, ma non è irreversibile”<sup>101</sup>.

### 5. Segue: (b) una pausa di riflessione

Pare che di tutto ciò ci si sia dimenticati, a tal punto da non aver dato alcun seguito ai suggerimenti proposti, concorrendo, in tal modo, ad aggravare ulteriormente le condizioni della Repubblica complessivamente considerata: perché non si deve dimenticare, ad esempio, che “se i Comuni non funzionano non funziona lo Stato”<sup>102</sup>. Di valore strategico, oltretutto, il riassetto dell’intero comparto dei pubblici dipendenti, inefficienti e demotivati<sup>103</sup>. Urgeva l’aggiornamento sul piano dell’informatica, ma “Le amministrazioni pubbliche apparivano, in questo nuovo, decisivo campo, totalmente impreparate, e dunque inclini ad affidarsi passivamente a competenze esterne”<sup>104</sup>.

Nessuna meraviglia, allora, se “le professionalità erano state vanificate dalla ammissione di ‘passaggi’ orizzontali da una all’altra mediante provvedimenti interni, il merito professionale mortificato, le mansioni che nella legge erano evidenziate come la base dell’intero sistema individuate in modo tale da risultare generiche e sostanzialmente intercambiabili: ‘una trasposizione numerica [...] in raggruppamenti per vicinanza dei vecchi parametri all’interno dei nuovi livelli, talora con sistematici scivolamenti verso l’alto’”<sup>105</sup>. Ed ecco l’amara conclusione: “Insomma, chi aveva sperato che la legge avrebbe prodotto un ridisegno dell’organizzazione e di conseguenza del lavoro poteva dirsi sostanzialmente sconfitto. Semmai essa aveva determinato una spinta ascensionale indiscriminata di quote di personale, del tutto distaccata dalla valutazione effettiva delle capacità professionali”<sup>106</sup>. In buona sostanza, *todos caballeros*, come, del resto, accade tuttora: quanto al personale docente delle scuole di ogni ordine e grado; dell’università; ai giudici; ai dirigenti, degni, sempre e soltanto, del più alto e commendevole dei riconoscimenti. Il risultato non ha mai contato nulla: il che ha generato il più alto ed insopportabile discredito morale, che pervade una pubblica amministrazione dedita all’unico scopo di conservare sé stessa.

Non tutto era inerzia. Infatti, si elaborarono “studi, ricerche di diversa portata e ambizione, che indubbiamente ampliarono e attualizzarono” – negli anni ’80 del secolo scorso – “la conoscenza del

---

<sup>97</sup> Ivi, 2.5.

<sup>98</sup> Ivi, 2.7.

<sup>99</sup> Ivi, 2.8. Il corsivo è nel testo.

<sup>100</sup> Ivi, 5.4.

<sup>101</sup> Ivi, *Per chiudere*.

<sup>102</sup> Ivi, 1.2.

<sup>103</sup> Ivi, 4.

<sup>104</sup> G. MELIS, *Storia dell’amministrazione italiana*, cit., 493.

<sup>105</sup> Ivi, 498-499, nel riprendere un’opinione di Tiziano Treu.

<sup>106</sup> Ivi, 499.

problema e che consentirono di tenere vivo, in un contesto politico sfavorevole, il tema della riforma” della pubblica amministrazione<sup>107</sup>. Retrospectivamente, si può dire che si deve valutare non positivamente, ma negativamente, il fatto che – a tali studi e ricerche – “collaborò in pratica tutta la cultura giuridica italiana dell’epoca, o per lo meno quella impegnata nel dibattito ormai annoso sui problemi della riforma. E vi presero parte molti funzionari pubblici tra i migliori. Ne scaturì una gran mole di indagini, statistiche, verifiche sul campo, studi e proposte confluita in una copiosissima sequenza di volumi (...)”<sup>108</sup>, che rimasero lettera morta.

Ma “Catastrofici erano di conseguenza i dati sulla produttività nei vari settori”<sup>109</sup>. Ovviamente, perché “I dipendenti, ad onta delle critiche ricorrenti, non erano in sé troppi, giacché erano (...) pari al 5,8% della popolazione contro il 6,5% della Germania e il 6,4% della Francia; ma erano mal distribuiti, pessimamente selezionati e peggio ancora organizzati, non formati a dovere, non valutati, privi di una *missione* e sostanzialmente lasciati a sé stessi”<sup>110</sup>. Un vero e proprio *de profundis*, ai piedi della bara dell’amministrazione della Repubblica. Senz’anima, senza dignità, invertebrata, inefficiente ed inefficace, inutilmente costosa, onerosa per il contribuente: non per l’evasore, ma per il contribuente onesto, sul quale gravano le spese pubbliche (*ex art. 53 Cost.*), che, molto spesso, non riescono ad assicurare, ai più bisognosi di tutele, ciò che la Costituzione promette.

#### 6. Il Rapporto Piazza (1999): ovvero dell’amministrazione intesa come “Costituzione del quotidiano”

Vent’anni dopo, un nuovo Rapporto intende verificare se qualcosa è cambiato oppure no. Ed iniziava dalle conclusioni del Rapporto Giannini, con una sintesi, che suggeriva le premesse di un doloroso programma. Una sorta di *via crucis*.

“Cancellare l’immagine negativa dei poteri pubblici era, dunque, la premessa dell’instaurazione di un rapporto meno sbilanciato dalla parte dello Stato. Nel Rapporto [Giannini] non veniva posto in modo esplicito il problema della comunicazione tra amministrazione e cittadini. Ma certo ne emergeva l’esigenza. Veniva messa in luce la necessità di modificare il nesso tra autorità e libertà attraverso riforme che intervenissero in maniera radicale su modelli organizzativi, strutture, procedimenti. Il ‘nuovo volto’ dello Stato, insomma, avrebbe dovuto essere il risultato di una complessiva, profonda riforma del sistema amministrativo. La diagnosi dei ritardi e delle inefficienze delle amministrazioni pubbliche postulava, insomma, norme e strumenti in grado di colmare il distacco tra apparati pubblici e collettività, anche al fine di superare la provocatoria, ma realistica, affermazione sul ‘potere pubblico’ il quale ‘viene sovente a presentarsi come un singolare malfattore legale, che permette a sé ciò che invece reprime nel privato’”<sup>111</sup>. Sottinteso, un programma di governo

---

<sup>107</sup> Ivi, 505.

<sup>108</sup> Ivi, 508.

<sup>109</sup> Ivi, 511.

<sup>110</sup> Ivi, 510.

<sup>111</sup> *Rapporto Piazza*, cit., 9, il quale proseguiva rammentando, tra l’altro, che “Non a caso il Rapporto [Giannini] si sofferma in modo particolare sull’introduzione nell’organizzazione pubblica di logiche aziendalistiche, di metodi di analisi disaggregata della spesa, di procedure contrattuali più efficienti, di un ampio processo di semplificazione delle norme di contabilità e di procedimenti di tipo privatistico. Il Rapporto si soffermava anche sulla necessità di rivisitazione dei raccordi Stato-Regioni nel quadro di una lettura più moderna della Costituzione che sottolineasse le implicazioni reciproche nelle attività di programmazione e, in genere, nella cura degli interessi pubblici; di decentramento dello Stato, inteso come un adeguamento degli uffici periferici secondo una logica che facesse del Commissario di governo lo snodo di ogni attività statale nell’ambito regionale; di ristrutturazione del potere centrale, con la riorganizzazione della Presidenza del Consiglio e degli apparati centrali del governo e delle amministrazioni; di ristrutturazione del sistema dei controlli, segnalando l’opportunità di maggiore attenzione ai controlli di efficacia e di efficienza”.

Il meno che si può dire è constatare che, se queste sollecitazioni fossero state tenute in bella mostra, probabilmente, la riforma costituzionale del 2001 avrebbe dato esiti meno deludenti. Comunque sia, parole al vento, come dimostrano le considerazioni preliminari anteposte al PNRR e notizie ricorrenti, quali, ad es., quelle riportate da E. FIORETTO, *Troppi*

per più legislature, denso di problemi, di ostacoli, di impegni, per superare i quali si sarebbe dovuto fare ricorso a una fervida, fortissima vocazione al bene comune<sup>112</sup>.

È mancata – questa vocazione – e manca pure ora, nonostante Covid-19, che non ha affatto rimosso carenze strutturali dannosissime per il sistema-Paese<sup>113</sup>. Eppure, si era consapevoli del fatto – senza dubbio, nel 1999 – che “L’amministrazione pubblica non può più consentirsi di non aver conto, sia per gli aspetti organizzativi, sia, e soprattutto, per l’ambito e le modalità della sua azione, delle modificazioni del sistema sociale e produttivo, dovendo divenire un fattore di sviluppo nell’interesse della collettività, e non” – si badi – “causa di diseconomie, al fine di perseguire i valori di cui agli articoli 2 e 3 della Costituzione”<sup>114</sup>. Di più – segno dei tempi –, “La ‘questione amministrativa’ è diventata una ‘questione europea’, nel senso che è sempre più diffusa la convinzione che non sia ininfluente per un Paese dell’Unione (né per l’Unione stessa) il modo in cui sono organizzate le amministrazioni degli altri Paesi e il modo col quale esse operano”<sup>115</sup>. Inutile dire che tutto ciò è destinato a condizionare l’attuazione in concreto del PNRR e la relativa, puntuale rendicontazione, che avrà ad oggetto non il da farsi (la promessa di fare), ma quanto realizzato (in concreto).

Il Rapporto si sofferma su una notevole serie di argomenti<sup>116</sup>: qui, se ne riprende qualcuno di essenziale, anche perché è all’ordine del giorno nell’anno 2023<sup>117</sup>.

Che dire, infatti, della *semplificazione*? “Il Rapporto [Giannini] descrive (...) uno Stato che si occupa (male) di troppe cose; che non sa quel che fa e come lo fa; con tanti procedimenti complicati, lunghi, sovrapposti gli uni agli altri; uno Stato che il cittadino sente come ostile”. Ed aggiunge: “Questa diagnosi è ancora attuale. La burocrazia tende a sfuggire alle proprie responsabilità, coprendosi con la legge. Quando la legislazione è oscura e contraddittoria è l’amministrazione che ne decide l’interpretazione, e quindi l’applicazione o meno”<sup>118</sup>. Così, a conferma di un privilegio odioso e nefasto, mai scalfito, che i giudici, il più delle volte, hanno ritenuto conforme alla legge e alla Costituzione, in contrasto con le più elementari esigenze di giustizia<sup>119</sup>. E semplificare si sarebbe dovuto “anche per altre ragioni”<sup>120</sup>.

E dell’*impatto amministrativo delle riforme*? “Pur essendo l’ordinamento italiano in profonda, continua e non terminata trasformazione, la verifica previa di compatibilità amministrativa delle innovazioni che si vogliono introdurre, di regola, non è effettuata e ciò contribuisce a determinare un divario tra modernità del sistema normativo e reale esperienza amministrativa”<sup>121</sup>. Con quali conseguenze è facile immaginare, dal momento che un tal genere di omissioni impedisce di conoscere quali sono le capacità del sistema e la sua idoneità o non idoneità a sopportare il compito di sostenere l’erogazione di prestazioni e servizi, in condizioni di normalità oppure eccezionali.

---

accessi simultanei e il sito va in tilt. Passaporti, la prenotazione è un incubo, in *il mattino di Padova*, 14 gennaio 2023, 17; ID., “Impossibile prenotare a qualsiasi ora”, *ivi*, 20 gennaio 2023, 1 e 18.

<sup>112</sup> M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., *passim*.

<sup>113</sup> V. *sub* 1, là dove si accenna al PNRR.

<sup>114</sup> *Rapporto Piazza*, cit., 13.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

<sup>116</sup> Ovviamente, di essi non si può parlare, neppure per cenni.

<sup>117</sup> V. *sub* 9 e 11.

<sup>118</sup> *Rapporto Piazza*, cit., 21.

<sup>119</sup> V., infatti, per una determinazione di segno opposto, rispetto a quella criticata, Cass. civ., SS.UU., sent. n. 500/1999.

<sup>120</sup> *Rapporto Piazza*, cit., 21. Infatti, “Se l’amministrazione deve essere al servizio del cittadino, non può prescindere dall’efficienza: e senza semplificazione non ci può essere, evidentemente, efficienza. – L’amministrazione è la ‘Costituzione’ del quotidiano. Il buon funzionamento del sistema amministrativo è condizione necessaria per la tutela e la garanzia effettiva dei diritti dei cittadini e, quindi, la democrazia passa anche dalla semplificazione. – Le complicazioni costano e, quindi, la semplificazione libera risorse per altri compiti”.

<sup>121</sup> *Ivi*, 33. “In definitiva, ancora oggi le scelte di tipo politico generale (e salvo rare eccezioni) non hanno in grande conto le analisi costi-benefici quando si tratta di intervenire sull’organizzazione e sulle modalità di azione dell’amministrazione pubblica; tale grave lacuna non viene evidenziata neanche *ex post*, in mancanza di strumenti idonei, o di reale volontà di verifica, a misurare gli effetti delle scelte compiute ed i benefici dell’attuazione concreta” (*ivi*, 35).

E del *principio di legalità*, tradizionalmente inteso in senso formale<sup>122</sup>; quindi, in senso sostanziale? Appunto, “L’esigenza di sviluppare l’esercizio della funzione amministrativa in termini sostanziali piuttosto che come produzione di una qualsiasi fattispecie provvedimentale, astrattamente e formalmente conforme a legge, ha portato a ripensare le scelte passate. Il nuovo modello di azione amministrativa sposta l’attenzione dal momento statico e formale, all’aspetto dinamico dell’azione ed ai suoi risultati sostanziali”<sup>123</sup>. Un auspicio, che è arduo credere si sia verificato, anche se vi è stato il tentativo di “stabilire un collegamento tra riforma della pubblica amministrazione, da un lato, e riforma degli strumenti di bilancio e meccanismi di monitoraggio e valutazione, dall’altro (...)”<sup>124</sup>. Come si vedrà<sup>125</sup>, allora – ora è uno dei punti nodali del PNRR e non solo – ci si preoccupava della *reingegnerizzazione dei procedimenti*, “ossia di un intervento congiunto e coordinato su flussi procedurali, responsabilità e personale coinvolto, tecnologie e strutture organizzative deputate all’erogazione di prodotti-servizi”<sup>126</sup>. Con quale obiettivo, è presto detto: “La reingegnerizzazione dei processi si propone infatti di ridisegnare complessivamente gli stessi, partendo dalla missione e dalle strategie ed agendo contestualmente su tutte le componenti (flusso, organizzazione, personale, logistica, informazioni trattate)”<sup>127</sup>. Questione di non poco conto, oltretutto, connessa con la semplificazione, come si aveva cura di sottolineare: “Questo approccio consente, ad esempio, di dare immediata fattività ai decreti di semplificazione dei procedimenti, che dovrebbero nascere, cosa che ancora non è, attraverso una elaborazione congiunta dei vari aspetti che produca insieme le nuove regole ed i nuovi strumenti attuativi”<sup>128</sup>.

Si tratta di affermazioni che non possono non apparire – oggettivamente, visti gli esiti nulli – umoristiche, se non, addirittura, sarcastiche, soprattutto se si pensa al fatto che la complicazione causa oneri aggiuntivi enormi<sup>129</sup>, in presenza di una acclarata *scarsità di risorse*, già significativa nel 1999. Quale il punto di vista? Eccolo: “Le politiche di bilancio tendenti a tenere sotto controllo la spesa pubblica e la complessiva riforma del sistema fiscale, resi necessari, sia per uniformarsi ai parametri imposti dall’Unione Europea, sia per stabilizzare il sistema economico italiano, pongono un serio problema di ‘scarsità’ di risorse messe a disposizione delle amministrazioni per perseguire le proprie finalità istituzionali e, nel contempo, per ammodernare la propria organizzazione, con le necessarie innovazioni tecnologiche”<sup>130</sup>.

---

<sup>122</sup> Ivi, 41. Poiché, tra il dire e il fare c’è di mezzo – come si dice – il mare, e molto spesso accade che il formalismo prevalga sulla sostanza, ecco quel che si legge nell’elaborato del ministro Angelo Piazza: “L’impostazione tradizionale esaltava il momento autoritativo espresso dal provvedimento amministrativo, concependo gli amministrati in termini di meri destinatari della funzione esercitata (...). In tale contesto, dunque, il principio di legalità rappresentava uno strumento di tutela formale per gli amministrati, atto a consentire la valutazione della conformità tra legge e provvedimento. Interessava solo la legittimità formale del provvedimento, indipendentemente dalla sua efficacia ed idoneità a gestire, nel migliore dei modi, la situazione contemplata. Anzi, proprio la legittimità formale rappresentava l’obiettivo principale a cui era orientata l’azione pubblica”. Da qui, il risentimento dei cittadini.

<sup>123</sup> *Ibidem*.

<sup>124</sup> Ivi, 45.

<sup>125</sup> V., appunto, *sub* 9, 10 e 11.

<sup>126</sup> *Rapporto Piazza*, cit., 63.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> *Ibidem*.

<sup>129</sup> Ivi, 21, di cui si è detto poc’anzi.

<sup>130</sup> Ivi, 73. Che, al fondo di tutto ciò, vi fosse una sincera consapevolezza dei problemi e del da farsi, è testimoniato da questa limpida osservazione: “Nella logica del patto di stabilità e crescita, che fissa misure di rafforzata sorveglianza in ordine alla attuazione di procedure mirate sui disavanzi eccessivi, il contesto economico stabile non è fine a se stesso, ma è funzionale al corretto funzionamento del mercato unico, a maggiori investimenti, che favoriscono crescita ed occupazione”. Ed ancora: “Questa evoluzione degli indirizzi europei concorre a determinare ed a spiegare la portata dei principi per una ‘nuova programmazione’ definiti nei recenti documenti di programmazione e finanziaria, fondata sul coordinamento della finanza pubblica, sulla concertazione con le parti sociali e con le autonomie regionali e locali, sulla riforma del *Welfare*, sulla determinazione del quadro istituzionale delle politiche di privatizzazione, liberalizzazione e regolazione”.

Certo, l’austerità in eccesso è una stortura; ma lo è, a sua volta, la finanza allegra, cui appartiene la sistematica ed irresponsabile richiesta di scostamenti di bilancio, i cui oneri di restituzione sono destinati a ricadere sulle spalle delle nuove generazioni: su figli e nipoti.

Dunque, serve un rimedio, individuato nell'*amministrazione condivisa*, dal momento che “Le organizzazioni pubbliche non possono più connotarsi prevalentemente come ‘autorità’ o come soggetti che assistono (sempre e dovunque) i cittadini, ma devono essere in grado di mettere in moto meccanismi di collaborazione. Soltanto così potranno assolvere in modo soddisfacente alle esigenze (assai differenziate) espresse dai componenti della collettività, con autorevolezza”<sup>131</sup>.

Ma l'*autorevolezza* non è data in dono: va conquistata. Infatti, “il nuovo impianto normativo rischia di avere effetti reali limitati se non accompagnato da un rinnovamento culturale che coinvolga la classe politica, la dirigenza, tutti gli operatori interni alle amministrazioni, ma anche i cittadini e le imprese, nella direzione dell’attuazione del principio di sussidiarietà, inteso anche in senso orizzontale”<sup>132</sup>. Tuttavia, la situazione è degenerata a tal punto che il cittadino-elettore diserta le urne con percentuali preoccupanti, a conferma di una incomunicabilità – uso un lessico familiare diffusissimo – tra società politica e società civile<sup>133</sup>.

Una responsabilità non secondaria ricade sulle spalle di coloro che si occupano delle regole istituzionali, più azzeccagarbugli che giuristi<sup>134</sup>. E che continui così – nonostante le persino eccessive sollecitazioni di segno contrario –, è provato da una serie di osservazioni critiche, formulate dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale – nel riprendere la giurisprudenza comunitaria – ha censurato l’“impostazione (...) meramente formalistica” della dottrina e dei giudici italiani. Ed ha osservato che la “distinzione, di stampo giuridico-formale” – nel caso concreto, tra concessione e autorizzazione – “deve essere rivisitata nell’ottica funzionale e pragmatica che caratterizza il diritto dell’Unione, che da tempo, proprio in materia di concessioni amministrative, ha dato impulso ad un processo di rilettura dell’istituto in chiave sostanzialistica, attenta, più che ai profili giuridico-formali, all’effetto economico del provvedimento di concessione (...)”<sup>135</sup>. È un discorso, che riguarda beni demaniali – spiagge – dati in concessione, dai quali la Repubblica non ricava granché: più precisamente, qualche spicciolo. Del resto – come si è sottolineato fin dall’inizio<sup>136</sup> –, chi è ben intenzionato ha a che fare con “una cultura giuridica che prevede il primato della forma sul contenuto. Il risultato non conta”<sup>137</sup>. Più chiaro di così!

### 7. I principi fondamentali della Costituzione e il motto della Piccola Patria del Friuli: Di bessò

In un suo folgorante pensiero, Claudio Magris ha notato, in margine al “localismo”, che non ha nulla a che fare con la “cultura”, la quale “significa sempre pensare e sentire in grande, avere il senso dell’unità al di sopra delle differenze, rendersi conto che l’amore per il paesaggio che si vede dalla propria finestra è vivo solo se si apre al confronto col mondo, se si inserisce spontaneamente in una realtà più grande, come l’onda nel mare e l’albero nel bosco”<sup>138</sup>. Questo, e non altro, mi sembra fossero lo stato d’animo e l’atteggiamento del Friuli e dei suoi abitanti<sup>139</sup>, nel corso delle vicende

---

<sup>131</sup> Ivi, 111. Inoltre, “L’obiettivo di un’amministrazione ‘condivisa’ ed allo stesso tempo autorevole, nella quale i cittadini siano co-amministratori, è il vero punto di arrivo del mutamento in corso. Tale prospettiva trova il suo fondamento nell’esigenza di adeguare il funzionamento delle organizzazioni pubbliche ai principi democratici dell’ordinamento. Ciò implica una alta capacità di collaborazione tra cittadini e organizzazioni che erogano servizi pubblici (siano esse pubbliche amministrazioni o gestori di pubblico servizio). Un tale modello di rapporti esige una comunicazione reale e costante, basata sulla reciproca fiducia, anziché sul reciproco sospetto, che consenta a cittadini e funzionari pubblici di interagire per la realizzazione di fini di utilità generale”.

<sup>132</sup> Ivi, 115.

<sup>133</sup> I. DIAMANTI, *Democrazia ibrida*, Roma-Bari, 2014; I. DIAMANTI – M. LAZAR, *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, Roma-Bari, 2018, nonché G. DE RITA – A. BONOMI, *Dialogo sull’Italia. L’eclissi della società di mezzo*, Milano, 2014.

<sup>134</sup> M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., 254 ss.

<sup>135</sup> Cons. St., Ad. Plen., sent. n. 17/2021.

<sup>136</sup> V. *sub* 1.

<sup>137</sup> G. DE RITA – A. GALDO, *L’eclissi della borghesia*, cit., 28. V. già *sub* 1, in fine.

<sup>138</sup> C. MAGRIS, *La scheggia e il mondo*, in *Corriere della Sera*, 18 agosto 1997, 1.

<sup>139</sup> V. *sub* 3.

storico-politiche più risalenti e a noi più vicine<sup>140</sup>. Coerente, dunque, con il progetto di società elaborato dal Costituente; reso esplicito – con parole forti e commoventi – da Piero Calamandrei, quando ha affermato che la Repubblica avrebbe dovuto “tradurre in leggi chiare, stabili e oneste” il “sogno” di quanti avevano perso la vita per la nostra libertà: “di una società più giusta e più umana, di una solidarietà di tutti gli uomini, alleati a debellare il dolore”<sup>141</sup>.

A tale proposito – ha rilevato Arturo Carlo Jemolo –, “È stolto pensare ad una tecnica che sostituisca la politica, quasi potesse esserci una tecnica che proceda senza mèta da raggiungere, e quasi che le mète non siano in funzione di un ideale di bene, di un assetto considerato come il migliore”<sup>142</sup>. Sicché, a prescindere da un credo particolare e da uno specifico orientamento politico, a me pare coerente con lo spirito, che ha sempre animato le genti friulane, che esse hanno concordato sul fatto che “Il rispetto della legalità non è qualcosa di formale e di esteriore: è un dovere che scaturisce dalla legge morale. E se l’ordine giuridico è insufficiente, lo si completa, perché l’ordine turbato dalla giustizia non può essere restaurato che dalla giustizia”<sup>143</sup>.

Del resto, che cosa esige, se non questo, la Costituzione? È sufficiente il richiamo di qualche basilare disposizione per convincersi che tutto, ma proprio tutto, attiene alla sostanza, al fare; non, di certo, al discorrere, al discettare, al rinviare. Come è dei dottrinari – notava Luigi Einaudi –, i quali, “andando in cerca della giustizia e non contenti della giustizia semplice e grossa, che è la sola concretamente possibile, vogliono la giustizia perfetta, che è complicata e distrugge dieci per incassare uno”<sup>144</sup>. Un sacrosanto richiamo ai fatti, all’esperienza, alla gradualità, alla sperimentazione concreta e, infine, alla collaborazione: data e ricevuta, a seconda delle circostanze, in nome di tutto ciò che attiene alla vita umana.

La vita non è vita, se manca il *lavoro*. Non a caso, “L’Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro” (art. 1, comma 1, Cost.). E se tutti i cittadini hanno “diritto al lavoro” (art. 4, comma 1, Cost.), tuttavia, “Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un’attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società” (art. 4, comma 2, Cost.). Nonostante la vulgata sia propensa a parlare sempre di diritti e mai o quasi mai di doveri, non v’è dubbio che proprio la Legge fondamentale offre elementi incontestabili per contraddire queste mistificazioni: perché, con una tra le sue più significative ed incisive proposizioni, afferma che “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale” (art. 2 Cost.)<sup>145</sup>. E, in fondo, di senso del dovere, richiesto a chi ha di più, non solo sul piano materiale, è permeato il principio costituzionale d’eguaglianza, se è vero che “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della

---

<sup>140</sup> V. *sub* 8.

<sup>141</sup> On. Piero Calamandrei, cit., 241. Ora, N. GRAZIANO, *L’ossigeno puro della foresta costituzionale*, in *L’Espresso*, n. 3/2023, 33, scrive: “È a tutto tondo la nostra Carta, tutto contiene. E ci chiama a condividere il ricordo del Passato, per vivere il Presente e per disegnare, respirando l’ossigeno puro della foresta costituzionale, il nostro Futuro”. Analogamente – quanto al richiamo alla memoria –, C. MAGRIS, *Riparare la memoria*, in *La Lettura*, 22 gennaio 2023, 2-3, nonché – per comprendere in che cosa consistono rettitudine e libertà – M. Serri, *I redenti. Gli intellettuali che vissero due volte 1938-1948*, Milano, 2005, recensito da P. BATTISTA, *Biografie ritoccate per antifascisti redenti*, in *Corriere della Sera*, 22 settembre 2005, 43. Si potrebbe evitare, così, di tradurre e ridurre la politica sulla crisi climatica in azioni dimostrative, che deturpano il bello, ora di moda: E. MINGORI – C. GODINO, *Ultima generazione*, in *The Post Internazionale*, n. 2/2023, 7.

<sup>142</sup> A.C. JEMOLO, *Che cos’è la Costituzione*, con una introduzione di G. Zagrebelsky, Roma, 1996, 62, il quale prosegue così: “Ma è invece sacrosanta verità che la politica, per essere fruttifera, deve avere una tecnica ai suoi servizi, perché non si costruisce guardando soltanto alla mèta ultima ed ignorando quale sia la strada migliore per raggiungerla”.

<sup>143</sup> P. MAZZOLARI, *Rivoluzione cristiana*, Bologna, 1995, 62.

<sup>144</sup> L. EINAUDI, *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, ora in *Scritti economici, storici e civili*, a cura di R. Romano, Milano, 1983, 5.

<sup>145</sup> Ancora esemplare C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, Padova, 1975, 155 ss. È opportuno – dati i tempi e la patologica diffusione della povertà, accanto ad una altrettanto patologica concentrazione di enormi ricchezze nelle mani di pochi – rileggere gli artt. 25 e 29 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 10 dicembre 1948. Quanto alle crescenti diseguaglianze, v. L. RICOLFI, *Il metro delle diseguaglianze*, in *la Repubblica*, 23 gennaio 2023, 27.



persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese" (art. 3, comma 2, Cost.).

Per quanto possa apparire, a prima vista, inconferente, è da rilevare che tutto dipende da una opzione preliminare, che riguarda la persona nei suoi rapporti con il sistema di potere. L'alternativa è una sola: o la persona è il fine e il potere il mezzo, oppure è viceversa. L'alternativa è: o libertà oppure dispotismo. La scelta del Costituente non lascia margini di dubbio, secondo quanto dispone l'art. 2 Cost., che pone il principio personalista. "Si è voluto con tale formulazione affermare che non l'uomo è in funzione dello stato ma quest'ultimo in funzione dell'uomo, nel senso che suo fine è di assicurare lo svolgimento della persona umana e di garantirne i diritti, e che pertanto questi sono inviolabili, tali cioè che, se riconosciuti espressamente o comunque deducibili dalla costituzione, non possono venir meno neppure ricorrendo al procedimento di revisione costituzionale, in quanto formano il nucleo intangibile, destinato a contrassegnare la specie di aggregazione statale cui si è voluto dar vita"<sup>146</sup>.

Dunque, *inderogabilità* del dovere di solidarietà e di realizzazione in concreto dell'eguaglianza dei punti di partenza (artt. 2 e 3, comma 2, Cost.), da un lato; *invulnerabilità* dei diritti della persona (art. 2 Cost.), assunta quale termine di riferimento e fondamento della Repubblica e delle sue articolazioni (art. 114, comma 1, Cost.), che sono, essenzialmente, ordinamenti territoriali comunitari (Stato, Regioni, Province, Comuni e Città metropolitane). Il che porta con sé una serie di ulteriori disposti, unitamente alle relative implicazioni, il cui contenuto discende da una attenta osservazione della realtà, i cui sviluppi – non sempre favorevoli, come non lo sono quelli attuali e come non lo sono in presenza di calamità: il terremoto è una di queste – ben possono creare condizioni di grave disagio economico e sociale, tale da mettere in crisi società ed istituzioni.

Sotto questo profilo – lo sguardo cade su ciò che la cronaca e la storia sottopongono alla riflessione dell'uomo della strada –, viene in gioco una duplice relazione: cittadino-pubblici poteri e cittadino-cittadino, anche nell'ottica della sussidiarietà, appunto, verticale ed orizzontale (art. 118 Cost.). La Costituzione non è avara di indicazioni. Si preoccupa della *salute* messa in forse dalla malattia, che è "fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività" (art. 32, comma 1, Cost.); dell'*istruzione*, che, "per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita" (art. 34, comma 2, Cost.); della *tutela del lavoro*, da assicurare "in tutte le sue forme ed applicazioni" (art. 35, comma 1, Cost.); del diritto di ogni lavoratore ad una *retribuzione* "proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa" (art. 36, comma 1, Cost.); della *donna lavoratrice*, che "ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore" (art. 37, comma 1, Cost.); del *cittadino inabile al lavoro* "e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere", cui è riconosciuto il "diritto al mantenimento e all'assistenza sociale" (art. 38, comma 1, Cost.).

L'insieme di queste tutele è destinato a rimanere sulla carta – dunque, a non tradursi in realtà: è una promessa senza seguito – se non trova adeguata applicazione un dovere, che invero la solidarietà: quello, per cui "Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro *capacità contributiva*" (art. 53, comma 1, Cost.). Se mancano le risorse, nulla è possibile, poiché tutti i diritti hanno un costo<sup>147</sup>. A una entrata evasa, corrisponde, poi, una spesa inutile o sperperata. Il buon governo e la buona amministrazione, proprio per questo, sono stati posti a presidio di ciò che – con formula sintetica e riassuntiva – viene comunemente denominato *Stato sociale*.

È in questo contesto che si inserisce – se lo si vuole intendere per ciò che ha rappresentato e rappresenta – il motto della Piccola Patria del Friuli *Di bessòì*. Ho chiesto, un giorno, ad Andrea Tomat, imprenditore tra i più noti, anche per essere stato al vertice di Confindustria del Veneto, che mi traducesse questa espressione. Da buon friulano, mi ha risposto. Letteralmente, equivale a *da soli*. Tuttavia, il suo significato è ben preciso. *Devi fare da solo ciò che puoi fare da solo*. Non devi pesare sugli altri. Insomma, è un insieme di stati d'animo, che evocano parole quali: individualità, responsabilità, solidarietà. Perché – sia ben chiaro –, imporsi di non gravare sulle spalle del prossimo

<sup>146</sup> Ivi, 155.

<sup>147</sup> S. HOLMES – C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000.

corrisponde a un imperativo categorico di matrice kantiana, che si amalgama perfettamente con un altro termine, pure esso identitario: *sobrietà*.

Sta nelle istituzioni della *Patria del Friuli*<sup>148</sup> ed è nella struttura mentale della popolazione di queste terre<sup>149</sup> concepire la vita in comune così: “Noi friulani ci siamo mossi nei secoli sempre ‘di bessòi’, trovando per ragioni di necessità in noi stessi il rimedio: il lavoro, e non l’assistenza, è sempre stato la soluzione per i problemi delle nostre famiglie”<sup>150</sup>. Quasi un’eco di quel che si è detto di Paolo Diacono e della sua *Storia dei Longobardi*: che appare come “una storia della natura europea: stupendi scorci geografici, paesaggi visti e immaginati, diluvi, incendi, notizie meteorologiche, prodigi”. E poi: “Su questo sfondo, si accampa la storia di un’emigrazione barbarica, un flusso furibondo di genti, episodi di passione e di ferocia, raccontati da uno scrittore posseduto da un forte senso del mito”<sup>151</sup>.

Nimis, Attimis, Faedis sono nomi di località di allora e di oggi. Luoghi devastati dal terremoto del 1976; ricostruiti con l’ardore, la serietà e la dedizione di chi – friulani, appunto – avevano ricevuto in solidarietà, dall’intero Paese, il necessario per risollevarsi e ripartire. Prima si adattarono gli opifici, poi le abitazioni; perché il *lavoro* è ciò su cui tutto si fonda. E il lavoro più produttivo di tutti è quello che si compie in silenzio. Il silenzio riflette il tormento e la fatica dell’emigrante, che ha detto di sé, nelle corrispondenze più umili, cose sublimi. Chi ne ha raccolto le testimonianze ha inteso offrire “al lettore la possibilità di meditare la vastità di un problema che la nostra gente ha sofferto e, come poche altre, continua a soffrire”<sup>152</sup>.

#### 8. Il terremoto del 1976 e la ricostruzione

Sulle vicende del terremoto e sulla esemplare ricostruzione, che ne è seguita, è indispensabile soffermarsi un istante. Perché rappresenta la continuazione di un lungo cammino, costellato di fatiche e di sudore. E perché determina un cambio di passo nell’incedere, anche a causa delle trasformazioni – prima inimmaginabili – di carattere economico, sociale e psicologico, che hanno reso irriconoscibile il presente, se posto accanto al passato. Ma quest’ultimo va recuperato non solo alla memoria attraverso il ricordo, perché identifica ciò che appartiene al nucleo essenziale di una società, che ha saputo trarre da sé ciò che ci consente di ritenere oggi decisivo: l’essere in armonia con la Costituzione e di esempio – la data che conta è il tempo che segue l’anno 1976 – per l’intera Repubblica, frastornata dagli eventi ed avvilita, nonostante non manchino le esortazioni, più che altro retoriche, ancorché necessarie, dei supremi organi dello Stato<sup>153</sup>. Non si tratta, infatti, di opporre al pessimismo l’ottimismo; ma di considerare, con la dovuta freddezza, l’accaduto e quel che ora accade, realisticamente.

Sotto questo profilo, la ricostruzione operata in Friuli rappresenta un unico, mai imitato esempio di federalismo. Se questa parola non piace, di autentico regionalismo, in linea con le attese del

<sup>148</sup> *Costituzioni della Patria del Friuli*, Viella, Roma, 1998. La raccolta di testi è preceduta da un ampio saggio di G. Zordan, *Le Costituzioni nella prima età veneziana. Note e rilievi circa gli esiti di una riforma*, 11 ss. V., inoltre, *Il Friuli. Una Patria*, Udine, 2008.

<sup>149</sup> Nonostante tutto, ancora oggi, anche se non mancano contaminazioni negative, dovute a vicissitudini superficiali, spersonalizzanti. V. la nota 152.

<sup>150</sup> G. D’ARONCO, “Di bessòi”. *Cos’è l’autonomismo*, in G. D’ARONCO – W. CISILINO, *Sorestans e sottans*, Udine, 2012, 9, il quale prosegue osservando: “E quando in casa nostra non c’erano possibilità, andavamo all’estero (ma con regolare passaporto), cominciando con l’Austria specie dopo il 1866, per finire nelle Americhe: in Argentina, per esempio, ci sono città fondate da friulani dove ancora oggi si parla friulano”.

<sup>151</sup> P. DIACONO, *Storia dei Longobardi*, cit., sul risvolto di copertina.

<sup>152</sup> *Il pane degli altri*, cit., XIV. I curatori hanno scelto questo occhiello: “molti reazionari sono tali perché non conoscono la miseria e l’umiliazione” (Helder Camara, arcivescovo di Recife). Di straordinaria attualità, proprio oggi, tempo del “consumismo culturale”, di cui parla, opportunamente, A. CARIOTI, *Politica alla rincorsa dello svago di massa*, in *Corriere della Sera*, 7 febbraio 2015, 45. V., inoltre, le belle pagine di C. SGORLON, *La penna d’oro*, Udine, 2008. V. la nota 149.

<sup>153</sup> V. *infra*.

Costituente e con il dettato della Legge fondamentale e dello Statuto di autonomia. La ragione è presto detta: l'*autonomia* è stata sempre abbinata al termine *responsabilità*, che altri territori della Repubblica ignorano<sup>154</sup>. E l'abbinamento è avvenuto – di questo sono profondamente persuaso – perché il Friuli<sup>155</sup> non si può, di certo, ritenere erede ed interprete del vezzo italiano<sup>156</sup>: tant'è vero che, mentre *alla friulana* significa rigorosamente, *all'italiana* equivale ad un avverbio, che esprime un atteggiamento di segno contrario. Così – stando all'argomento ricostruzione, che è sinonimo di "riedificazione o ripristino di una struttura"<sup>157</sup> –, è incontestabile che, in circa un decennio, in Friuli si è ricostruito e si sono rinnovate, nel loro complesso, economia e società; mentre, altrove, sopravvivono ancora insediamenti fatiscenti, luoghi di ricovero temporanei divenuti, malauguratamente, permanenti. Il Belice incombe. L'Irpinia è un'incompiuta. Norcia attende che qualcuno si occupi seriamente della Basilica dedicata a San Benedetto: rudere tra ruderi, a distanza di quattro anni dall'evento sismico<sup>158</sup>. Un risultato – quello conseguito, esemplare, ancorché privo di vanità – reso possibile da un *habitat* umano, ben definito dal trinomio *salt, onest, lavoradôr* (saldo, onesto, lavoratore)<sup>159</sup>.

È l'*humus*, su cui si è innestato un modello di autentico regionalismo. Infatti, simili premesse – di carattere culturale e politico – hanno comportato, sul piano istituzionale, l'attivazione di una dialettica composta, permeata da un intento comune, che si può definire con due sole parole: *lavoro* e *collaborazione*. Per ottenere che cosa? Una degna sepoltura dei morti; il riavvio della vita economica; il sostegno delle persone e delle famiglie; un rigoroso impiego delle risorse date, in solidarietà, dalla Repubblica. Memori di un limpido monito di Norberto Bobbio, il quale scrisse che "Là dove si lascia che il colloquio si spenga, ivi la cultura stessa ha cessato di esistere"<sup>160</sup>.

Nel corso di una celebrazione, dedicata al quarantennale della legge dello Stato, che aveva attribuito al Friuli le risorse per la ricostruzione, i testimoni presenti – politici di ogni schieramento – hanno chiarito le ragioni del successo: la ricostruzione ha rappresentato un argomento estraneo alla politica quotidiana, perché non ha diviso, ma ha unito. Così, il democristiano ha votato, per la carica di sindaco, il comunista onesto e competente; il comunista, il candidato democristiano, perché erano in gioco non il destino – il successo o l'insuccesso – di ciascuno, ma la legittimazione delle istituzioni, che sono di tutti. Da qui – quale risvolto dello stile prescelto e, dunque, di una concezione nobile della politica –, ha preso avvio la collaborazione leale tra tutte le articolazioni della Repubblica (art. 114, comma 1, Cost.). Lo Stato ha dettato le regole generali e messo a disposizione le risorse finanziarie indispensabili; la Regione ha svolto una funzione intermedia di governo e di snodo; le Province – le Province di allora, non gli ectoplasmi di oggi<sup>161</sup> – hanno messo a disposizione i propri uffici tecnici; i Comuni hanno aggiornato i propri strumenti urbanistici e gestito la ricostruzione<sup>162</sup>. Inutile dire che tutto ciò è stato facilitato dalla qualità dei rapporti interpersonali: in particolare, di quelli tra il

<sup>154</sup> M. BERTOLISSI, *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, Napoli, 2015; ID., *Autonomia*, cit., *passim*.

<sup>155</sup> V. sub 3.

<sup>156</sup> V. sub 2.

<sup>157</sup> *Il Piccolo Rizzoli Larousse*, Milano, 2004, *ad vocem*.

<sup>158</sup> Chi scrive ha visto quel che descrive: con i propri occhi e ascoltato il racconto di qualche sparuto residente. Ovunque, macerie, che parlano di un Paese inefficiente e privo di dignità.

<sup>159</sup> V. sub 2 e 3.

<sup>160</sup> N. BOBBIO, *Politica e cultura*, Torino, 1974, 31.

<sup>161</sup> M. BERTOLISSI – G. BERGONZINI, *Province. Decapitate e risorte*, Torino, 2017. È appena il caso di osservare che questo disastro è stato propiziato da fantasiose considerazioni circa i risparmi di spesa che si sarebbero ottenuti trasformando le Province in enti di secondo grado, condivise dalla Corte costituzionale. La quale ha avuto il coraggio di affermare – davvero, ci vuole coraggio – che "I previsti meccanismi di elezione indiretta degli organi di vertice dei nuovi 'enti di area vasta' sono, infatti, funzionali al perseguito obiettivo di semplificazione dell'ordinamento degli enti territoriali, nel quadro della ridisegnata geografia istituzionale, e contestualmente rispondono a un fisiologico fine di risparmio dei costi connessi all'elezione diretta". Questa perla di ragionamento – che ha consentito la realizzazione di un federalismo fiscale alla rovescia – sta nella [sent. n. 168/2018](#), conseguente alla [sent. n. 50/2015](#). La Corte, forse, non è più convinta di aver operato, allora, correttamente: v. [sent. n. 240/2021](#).

<sup>162</sup> La rivista *Le Regioni*, allora diretta da Livio Paladin, ha accompagnato, commentandoli, tutti gli eventi istituzionali; offrendo, altresì, la documentazione degli interventi della Regione: v., ad es., il n. 5-6/1976, 1231 ss. e, ivi, F.S. SEVERI, *L'attività di soccorso alle popolazioni terremotate del Friuli*, 1024 ss.

Commissario straordinario Giuseppe Zamberletti e l'allora Presidente della Giunta regionale del Friuli-Venezia Giulia, Antonio Comelli. Entrambi autorevoli per competenza e condotte irreprensibili: vero e proprio spartiacque fra passato e presente.

È quel che emerge, se ci si documenta. Ci si imbatte in esordi, che emozionano: “Questo libro è stato scritto perché la memoria documentata è un dovere etico e morale, ovvero l'unica vera forma di giustizia su questa terra”<sup>163</sup>. Ancora: “A quarant'anni di distanza, affermare che quel drammatico evento ha consentito all'Italia di evolvere negli studi sulla prevenzione sismica e dotarsi di un modello di ricostruzione esemplare è (...) la maniera più degna di onorare la memoria delle vittime e il sacrificio delle popolazioni colpite”<sup>164</sup>. Davvero, modello esemplare?

Forse sì, forse no, ma la spiegazione è opportuno divenga patrimonio della memoria. Perché “Il Modello Friuli rappresenta l'unico processo di ricostruzione, di ampia scala, attuato con successo in Italia”. Tuttavia, è opportuno “definire cosa sia stato e i motivi per cui risulta difficilmente replicabile nonostante l'indubbio successo e il generale apprezzamento che ancora lo circonda. Esso è, innanzi tutto, un modello autocentrato di ricostruzione territoriale. Oggi può apparire inattuale non tanto perché obsoleto o troppo legato ad uno specifico contesto spazio-temporale, quanto perché poco compatibile con riorganizzazioni spaziali gerarchiche e politiche neo-centralistiche: si ispira infatti ad una autonomia e ad una *firmitas* dei territori che va oltre l'attuale fragilità dei poteri locali”. Nondimeno, “Il Modello Friuli, nei suoi principi di fondo, attende di essere ripreso e rilanciato non solo come risposta ai recenti eventi sismici, ma anche come ‘grammatica’ del governo del territorio *tout court*, poiché ha anticipato efficacemente relazioni spaziali e tra i poteri fondate sulla missione ultima di ogni territorio che voglia sopravvivere nel tempo nonostante crisi o catastrofi: costruire solide alleanze tra comunità locali, conoscenza (anche tecnica) e politica”<sup>165</sup>.

Il segreto risiede in questo limpido, meditato affresco, il quale indica quali sono stati gli *attori essenziali della ricostruzione*: le *comunità locali*, forti di un *personale politico* concreto e lungimirante, che si è avvalso delle indispensabili *competenze tecniche*. Il tutto, non calato dall'alto; non preda del solito, becero centralismo romano, che pare tuttora ispirarsi alla saga del Marchese del Grillo. Ed anzi, sotto questo aspetto, è il caso di rammentare un dato, che talora indispette: il friulano – al pari del veneto – non è mai protagonista nelle varie narrazioni televisive, ma comprimario<sup>166</sup>. E, da comprimario, ha ricostruito, ripercorrendo le tracce dei suoi antenati. Il che non impedisce, affatto, di dare credito a un puntuale, significativo rilievo critico, rivolto, soprattutto, ai contemporanei, venuti dopo quell'infelice 1976.

A costoro, Tito Maniaco ha ricordato l'assenza di un vasto progetto politico-culturale per la società friulana: “è qui che la mancanza di una classe dirigente, mediocrementemente empirica, incespica. Da quel terremoto, oltre a una effettiva costruzione materiale, non si riesce a spremere nulla a vent'anni di distanza. Non ne è uscito un modello politico, un modello religioso (almeno rispetto alle speranze e alla generosità e all'impegno di tanti), non ne è uscito niente che abbia valore architettonico, musicale, pittorico, scultoreo, poetico e letterario. L'ambiguità della formula ‘come prima, al posto di prima’ si pone come ironico specchio della storia che fa sempre pagare i debiti che le sono dovuti”<sup>167</sup>.

Rimane, comunque, un lascito per le future generazioni, alle prese con problemi, la cui soluzione dovrà fare i conti con una concezione rigorosa della vita.

## 9. Covid-19, nel segno della continuità

---

<sup>163</sup> AA.Vv., *Il Friuli modello 1976-2016*, Udine, 2016.

<sup>164</sup> M. SAVONCELLI, in *Sistema '76. Sostegno, fiducia e tempo per la rinascita del Friuli terremotato. Il contributo dei tecnici*, Udine, 2017, 7.

<sup>165</sup> Aa.Vv., *Il “Modello Friuli” di ricostruzione*, a cura di S. Fabbro, Udine, 2017, sul quarto di copertina.

<sup>166</sup> Operaio, artigiano, collaboratore domestico, inserviente, carabiniere, soldato semplice...

<sup>167</sup> T. MANIACO, *Breve storia del Friuli*, Roma, 1996, 60.

Qualcuno – pratico della vita e acutissimo psicologo – ha notato che “Le tribolazioni aguzzano il cervello”<sup>168</sup>. Ma, se può essere vero in linea teorica e pratica, non v’è dubbio che Covid-19 ha insegnato ben poco<sup>169</sup>. Ben poco, perché le istituzioni rivelano un costante affanno e la pubblica amministrazione arranca: non precede mai, ma insegue, rivelando i soliti limiti, congeniti, dovuti a una strutturale incapacità di pensare, almeno per un istante, ciò che, comunemente, si definisce *bene comune*: “il bene di quel ‘noi-tutti’, formato da individui, famiglie e gruppi intermedi che si uniscono in comunità sociale”<sup>170</sup>. L’assenza di una motivazione etico-politica qualunque e l’indifferenza rispetto agli obiettivi, che la Costituzione assegna all’amministrazione e ai singoli amministratori e dipendenti pubblici<sup>171</sup>, hanno come conseguenza necessitata un unico risultato: quello di non essere mai in grado di rimediare a carenze debilitanti, che comportano – per rimanere ancorati al concreto – incapacità nel reperimento delle risorse finanziarie e dissipazione di una quantità ingente di quelle riscosse attraverso il prelievo fiscale. D’altra parte, non è una novità che, “anche nelle maggiori strette, i danari del pubblico si trovano sempre, per impiegarli a sproposito”<sup>172</sup>.

Di mezzo c’è – quale diaframma insuperabile – la preliminare incapacità, da parte di chi esercita una funzione pubblica, di sintonizzarsi sulla lunghezza d’onda del destinatario di un comando. Chi comanda pensa a sé ed è convinto – con l’aggravante di essere in buona fede – di non dover rispondere mai, in nome di un’autoreferenzialità, che, per definizione, legittima anche la più balorda delle iniziative e di quanto ne segue. A riprova, si pensi alle *autocertificazioni*, che ci sono state richieste: ai moduli utilizzati e al loro contenuto. Ebbene, un autorevole linguista ha creduto opportuno segnalare non solo che, quanto ai moduli per l’autocertificazione, dopo poco più di un mese, eravamo giunti al quinto. Soprattutto, ha ritenuto necessario spiegare che non ci si può esprimere con un lessico che “massacra l’italiano” e che non pone in grado il cittadino di comprendere quel che l’autore dell’atto pretende. Appunto, “c’è l’incredibile saga delle cinque versioni (per ora)”; ma “il documento è un vero disastro, a cominciare dai contenuti che chiede di autocertificare. Alla base c’è una pedante volontà di riempire l’autodichiarazione di contenuti necessari, come la dichiarazione di essere a conoscenza dei provvedimenti nazionali e regionali”<sup>173</sup>. Ma vi pare possibile che si possa pretendere dal *quavis de populo* tutto questo, che probabilmente ignora lo stesso agente che esige

<sup>168</sup> A. MANZONI, *I Promessi Sposi*, cit., VI, 106.

<sup>169</sup> M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., ove si dà conto, quasi ossessivamente, di ciò che ogni giorno è accaduto nel corso del biennio 8 marzo 2020 – 8 marzo 2022.

<sup>170</sup> BENEDETTO XVI, *Caritas in Veritate*, Città del Vaticano, 2009, 9.

<sup>171</sup> V. *sub* 4, 5, 6 e 7.

<sup>172</sup> A. MANZONI, *I Promessi Sposi*, cit., XXVIII, 439.

<sup>173</sup> M.A. CORTELAZZO, *Lessico, sintassi, logica e contenuto. Il burocrate sfida il virus, e vince*, in *il mattino di Padova*, 4 aprile 2020, 41, il quale conclude osservando che “Il risultato è rappresentato crudamente dalla valutazione dell’indice di leggibilità del documento: sottoposta a un test automatico, l’autodichiarazione risulta ‘quasi incomprensibile’ per i cittadini che hanno raggiunto solo la licenza elementare, ‘molto difficile’ per i cittadini che hanno ottenuto la licenza media, ‘facile’ (ma vicina alla soglia di difficoltà) solo per i cittadini che hanno una scolarizzazione superiore. Il testo che deve essere fatto proprio da ogni cittadino che esce di casa, è insomma di lettura molto difficile o impossibile per circa il 60% dei cittadini italiani. Complimenti a chi l’ha redatto”. Ciò rappresenta, pure, il riflesso di quanto stabilito dalla legge: in specie, dal d.p.r. n. 445/2000, il quale risente di premesse – sono le solite premesse – condizionate da una diffusa, sistematica slealtà, che fa parte dei costumi. È innegabile. Il modello di autodichiarazione è pubblicato sulla *Guida al Diritto* n. 15/2020, 15, con commento di A. NATALINI, *Nuovo modello, delitto più grave di falsa attestazione*, 14 ss. Per completezza di informazione, v. “Burocrate”. Gabrielli, capo della Polizia, difende i moduli, in *il mattino di Padova*, 6 aprile 2020, 1 e 33. Dalla nota di replica di Michele A. Cortelazzo, si apprende che lo stesso aveva formulato proposte migliorative. Inoltre, sottolinea – al pari di quanto rilevato nel testo – che l’amministrazione pubblica ignora in che cosa consista la chiarezza (non lo sa, ed è questa l’aggravante); che la medesima corrisponde ad un obbligo, cui si collega il diritto di sanzionare le violazioni; che del cittadino ai pubblici poteri non importa nulla. È il dato della *forma mentis*, che si potrà cambiare partendo dai banchi di scuola e da letture che rendono civili. Del resto, come si fa a scrivere – lo fa il capo della Polizia – che “per evitare la creazione di modelli composti da decine di pagine (...)”, si è elaborato il modello in questione, senza avvedersi che una simile ipotesi rivela, *a contrario*, premesse inaccettabili, perché stanno alla base delle ipertrofie, che rendono il nostro Paese debole, non concorrenziale, non accogliente e profondamente ingiusto? È l’ennesima conferma del più saldo dei convincimenti: *rebus sic stantibus* – se continuiamo così –, semplificare sarà impossibile, certo il decesso del Paese per *overdose normativa*: v. M. BERTOLISSI, *La sofferenza di chi deve rispettare le ordinanze*, in *il mattino di Padova*, 12 aprile 2020, 33.

l'autocertificazione? È pura follia, che ha pervaso l'ordinamento da quando si è introdotta, con legge, una normativa assillante, invadente, pervasiva, sconclusionata. Inossidabile, perché non si è in grado di avere la consapevolezza di ciò che rappresenta – istituzionalmente e moralmente – il fatto di diramare un comando e di farsi capire. Tant'è vero che, chi ha voluto replicare alla critica non ha affrontato, in alcun modo, la questione “chiarezza” e “intelligibilità” del testo predisposto dall'amministrazione. Si è giustificato adducendo la “rapida evoluzione epidemiologica e normativa”, che ha comportato la formulazione di “prescrizioni più stringenti”, in ragione della “complessità dello scenario”. Quindi, “Un'ultima annotazione: in un contesto così complicato, con decine di migliaia di morti, in un Paese destinato a morire di bulimia normativa, mi sembra un po' esagerata l'attenzione rivolta a questo piccolo foglio di carta”<sup>174</sup>.

Che cosa se ne ricava? La conferma di ciò, di cui sono, da sempre, convinto. La semplificazione è preclusa, per definizione<sup>175</sup>, perché si ignora che *normare è una funzione: riguarda, in primo luogo, chi deve ubbidire, non chi comanda*; non si sa più in cosa consistano chiarezza e semplicità del linguaggio, perché ci si è dimenticati, tra l'altro, della circostanza che “la lingua è la vera casa di un popolo”<sup>176</sup>; non ci si chiede – ci si limita a riconoscerla, senza coglierne le aberranti implicazioni – quali saranno le conseguenze della “bulimia normativa”, destinata a gravare sulle spalle di vivi, angosciati dal presente e dal futuro, molti dei quali hanno pianto o stanno piangendo morti. È un dramma nel dramma. La distanza che corre con quanto hanno praticato ed auspicato i Costituenti è, davvero, siderale.

È una distanza generata dal vuoto di ideali, dalla mancanza di senso di responsabilità e di una scontata incapacità di comprendere in che cosa consistono le istituzioni. Se così non fosse, non si continuerebbe a porre e riproporre, all'infinito e senza nessuna conseguenza utile, gli stessi obiettivi, avendo, oltretutto, officiato ministri *ad hoc* del compito di rendere semplice il complicato. Ma si vedrà, tra poco, in che cosa consiste e che cosa presuppone questa sfida, mai seriamente affrontata e, quindi, non vinta<sup>177</sup>.

Nel frattempo, luoghi comuni a getto continuo, come taluni enunciati del PNRR, che non mancano di ricordare – chi se lo dimentica? – che “la pubblica amministrazione italiana si trova a gestire un insieme di norme e procedure estremamente articolate e complesse”, il cui risultato “è la progressiva perdita della capacità di implementare gli investimenti, sia pubblici sia privati, da parte del sistema-Paese”<sup>178</sup>. Per questo – lapalissianamente –, “è evidente che una riforma strutturale della pubblica amministrazione debba tener conto sia dei vincoli interni alla stessa, legati al necessario ricambio generazionale e all'adeguamento delle competenze, sia di quelli esterni, riconducibili ai ritardi nell'azione di semplificazione normativa e amministrativa e di digitalizzazione delle procedure”<sup>179</sup>. Insomma, c'è bisogno di una “buona amministrazione”, alla quale è rivolta “la finalità di eliminare i vincoli burocratici, rendere più efficace ed efficiente l'azione amministrativa, e ridurre tempi e costi per cittadini e imprese”<sup>180</sup>. Noto quantomeno dal 1979 e ribadito nel 1999<sup>181</sup>. E si potrebbe continuare all'infinito, appunto, perché – scrive l'autore di questo non esaltante documento<sup>182</sup> – “L'eccesso di leggi e la loro scarsa chiarezza ostacolano la vita dei cittadini e frenano le iniziative economiche. La

---

<sup>174</sup> Chi scrive è Franco Gabrielli, prefetto capo della Polizia, in *il mattino di Padova*, 5 aprile 2020, 29. Si tratta di un professionista dalle indiscutibili qualità: questa è una aggravante, oggettivamente parlando?

<sup>175</sup> V. *sub* 4, 5 e 6.

<sup>176</sup> N. MENNITI IPPOLITO, *La lingua è la vera casa di un popolo. Dialoghi modernissimi dal Cinquecento*, in *il mattino di Padova*, 2 aprile 2020, 42. L'espressione, ripresa tra virgolette, è di Sperone Speroni, “prototipo di un'Italia colta, eticamente motivata, dedita alle virtù civili, alla cura del bene pubblico”.

<sup>177</sup> V. *sub* 11.

<sup>178</sup> PNRR. 1/3. *Le riforme*, nella edizione curata da *Il Sole 24 Ore*, maggio 2021, 45.

<sup>179</sup> *Ibidem*.

<sup>180</sup> *Ivi*, 47.

<sup>181</sup> V. *sub* 4, 5 e 6.

<sup>182</sup> Cui avrebbe dato il suo apporto irresistibile di conoscenze niente meno che MCKINSEY: E. MINGORI, “Vi spiego cosa c'è dietro il mondo delle lobby in Europa”, in *The Post Internazionale*, n. 49/2022, 27.

semplificazione della legislazione è intervento riformatore essenziale per favorire la crescita del Paese e supporta trasversalmente tutte e sei le missioni del PNRR”<sup>183</sup>.

All’infinito, perché il 25 ottobre 2022, il Presidente del Consiglio, Giorgia Meloni, nel presentare alla Camera dei deputati le proprie dichiarazioni programmatiche, ha ribadito, pure ella, che “Le imprese chiedono soprattutto meno burocrazia, regole chiare e certe, risposte celeri e trasparenti”. Da ciò l’esigenza di provvedere a “una strutturale semplificazione e deregolamentazione dei procedimenti amministrativi per dare stimolo all’economia, alla crescita e agli investimenti”, anche perché è noto – più precisamente, notissimo – “quanto l’eccesso normativo, burocratico e regolamentare aumenti esponenzialmente il rischio di irregolarità, contenziosi e corruzione. Un male che abbiamo il dovere di estirpare”<sup>184</sup>. Perché, a dire il vero, è un impegno che ci portiamo dietro da decenni, in quanto “Abbiamo bisogno di meno regole, più chiare per tutti, e di un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, perché il cittadino non si senta parte debole di fronte a uno Stato tiranno che non ne ascolta le esigenze e ne frustra le aspettative”<sup>185</sup>. Massimo Severo Giannini parlava di “un potere pubblico” quale “singolare malfattore legale”<sup>186</sup>.

Un corollario: “Da questa rivoluzione copernicana” – quella accennata un istante fa – “dovrà nascere un nuovo patto fiscale”<sup>187</sup>, che dovrebbe, verosimilmente, tenere conto di un *pro memoria* del Capo dello Stato, il quale ha creduto di dover precisare che “La Repubblica è nel senso civico di chi paga le imposte”<sup>188</sup>. Per parte mia, da tempo immemorabile, ho posto in luce la condizione discriminante di chi, potendo e dovendo pagare il tributo, vi si sottrae evadendo, e di come costui non possa considerarsi *azionista della Repubblica*<sup>189</sup>. Tuttavia, silenzio, mentre gli evasori continuano a beneficiare di prestazioni e servizi – ad esempio, di quelli erogati dal Servizio sanitario nazionale e regionale – anche a danno di chi adempie scrupolosamente alle obbligazioni tributarie. È una questione essenziale, che compromette l’eguaglianza e la solidarietà e, con ciò, le basi stesse del patto costituzionale, ridotto – non solo metaforicamente – a patto leonino<sup>190</sup>.

## 10. Da non dimenticare

C’è qualcosa che vale la pena di non lasciar perdere in un tempo in cui si vive soltanto il presente. “Ogni giorno navighiamo nel *web*, passando da un sito all’altro, a caccia di notizie, documenti, video; controlliamo la nostra casella di posta elettronica, inviamo sms e non dimentichiamo di inseguire emozioni sui *social network* più alla moda. La Rete rende più rapido il lavoro e più stimolante il tempo libero ma, mentre usiamo a piene mani i suoi vantaggi, stiamo forse sacrificando la nostra capacità di pensare in modo approfondito?”<sup>191</sup>.

---

<sup>183</sup> PNRR. 1/3. *Le riforme*, cit., 64.

<sup>184</sup> *Dichiarazioni programmatiche* del Presidente del Consiglio, on. Giorgia Meloni, alla Camera dei deputati del 25 ottobre 2022, 8.

<sup>185</sup> *Ibidem*.

<sup>186</sup> V. *sub* 4.

<sup>187</sup> *Dichiarazioni programmatiche*, cit., 8.

<sup>188</sup> [Discorso di fine anno del Presidente della Repubblica, SERGIO MATTARELLA, rivolto agli italiani il 31 dicembre 2022](#). Rivolto a un Paese, per il quale vale – nel 2023 – quel che ha scritto A. PEDONE, *Evasori e tartassati. I nodi della politica tributaria italiana*, Bologna, 1979. A un Paese alle prese – anche a questo riguardo – con i problemi di sempre e mostruose ingiustizie, cui si vorrebbe porre rimedio attraverso correzioni, che hanno l’insipido sapore dell’aggiustamento: v., ad es., I. TROVATO, “*Bene la pace fiscale. Ma ora va riformata la giustizia tributaria*”, in *Corriere della Sera*, 22 gennaio 2023, 25, suggerisce il presidente del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti. Tuttavia, tutto rimarrà come è, se non cambieranno i criteri di giudizio e la farà da padrona la ragion fiscale.

<sup>189</sup> M. BERTOLISSI, *Contribuenti e parassiti in una società civile*, Napoli, 2012, spec. 93 ss.; ID., *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, cit., *passim*; ID., *Il mito del buon governo*, cit., *passim*.

<sup>190</sup> Per dare l’idea di che cosa si tratti, l’art. 2265 del codice civile – in tema di società – stabilisce che “È nullo il patto con il quale uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite”. L’evasore si esclude da sé, sottraendosi all’operatività dell’art. 53 Cost.

<sup>191</sup> N. CARR, *Internet ci rende stupidi? Come la Rete sta cambiando il nostro cervello*, Milano, 2011. Con l’occasione, v. M. MOLINARI, *La grande sfida dell’Intelligenza artificiale*, in *la Repubblica*, 22 gennaio 2023, 1 e 27.

Probabilmente sì, se è vero che l'*homo sapiens* è stato sostituito dall'*homo sentiens*<sup>192</sup> e dall'*homo videns*, che vive “del primato dell’immagine, e cioè di un prevalere del visibile sull’intelligibile che porta a un vedere senza capire”, attestato sulla “video-politica”<sup>193</sup>. Quel che segue è scontato: incompetenza<sup>194</sup> e mediocrità<sup>195</sup>, che pongono in serio pericolo la democrazia. Accade – come ha rilevato un grande pensatore, testimone di tragedie, Johan Huizinga – quando la “Nostra meta non è il pensiero né il sapere, ma la vita e l’azione”<sup>196</sup>, come troppo spesso accade. Così, mentre “Nel guado della crisi tutti sembrano credere nell’azione taumaturgica del potere pubblico, del governo dei migliori, della promessa di una crescita costante e duratura; nessuno si azzarda a dire che l’approccio da economia sussidiata e il consolatorio rifugio in traguardi indistinti e iniziative opache sono anche una forma di autodifesa dal dover prendere coscienza di antichi mali”<sup>197</sup>. Per superarli e vincerli, è necessario rimettersi la “gerla” in spalla<sup>198</sup>, dopo aver richiamato alla memoria qualche fatto, positivo o negativo che sia, indispensabile per orientarsi, Costituzione alla mano.

a) Da non dimenticare, in primo luogo, il piccolo-grande miracolo della *fusione tra loro dei due Comuni confinanti di Rivignano e Teor*. Si tratta di un evento necessario, mai andato a buon fine su larga scala. Nonostante incentivi e facilitazioni di vario genere, il campanilismo ha trionfato, in luogo di una concezione alta delle istituzioni, che vivono di comunità salde, in grado di amministrarsi con dignità. Onore al merito, pertanto: che è dei cittadini e degli amministratori del Comune di Rivignano-Teor.

b) Di ben altro tenore quel che è accaduto, proprio in Friuli, nel mese di febbraio del 2017. *Michele ha preferito lasciare questo mondo*. Noi siamo al capolinea. La sua è, al tempo stesso, una testimonianza e una denuncia. Quale la relazione tra questo atto estremo e le riforme, di cui tanto si è parlato, che non hanno impedito questa e tante altre tragedie? Si dirà che l’impoverimento della società è un dato fisiologico. Ma non è così, se si riflette sul fatto che, accanto a tante, smisurate povertà, esistono enormi ricchezze, che hanno reso marginale la persona. Non a caso, qualcuno ha scritto che “il capitalismo ha cominciato a vendere come merce un’entità immaginaria: il futuro”<sup>199</sup>. E chi non ha futuro non ha una vita spendibile, perché “il capitalismo selvaggio atomizza il lato economico e sociale, mentre la sfida di una società consiste nel creare legami di solidarietà”<sup>200</sup>. È quel che ha cercato, ma non ha trovato, Michele, al pari di tanti altri<sup>201</sup>.

<sup>192</sup> F. FERRAROTTI, *La perfezione del nulla. Promesse e problemi della rivoluzione digitale*, Roma-Bari, 1997.

<sup>193</sup> G. SARTORI, *Homo videns. Televisione e post-pensiero*, Roma-Bari, 1997, XI.

<sup>194</sup> T. NICHOLS, *La conoscenza e i suoi nemici. L’era dell’incompetenza e i rischi per la democrazia*, Roma, 2019.

<sup>195</sup> A. DENEAULT, *La mediocrazia*, Vicenza, 2017.

<sup>196</sup> J. HUIZINGA, *La crisi della civiltà*, Torino, 1970, 62.

<sup>197</sup> CENSIS, *Rapporto sulla situazione sociale del Paese 2021*, Roma, 2021, XI.

<sup>198</sup> V. il testo, cui è riferita la nota 67.

<sup>199</sup> L. GALLINO, *Il denaro, il debito e la doppia crisi spiegati ai nostri nipoti*, Torino, 2015, 35.

<sup>200</sup> J.M. BERGOGLIO, *Papa Francesco. Il nuovo papa si racconta*, conversazione con S. Rubin e F. Ambrogetti, Milano, 2013, 107.

<sup>201</sup> La *Lettera di addio di Michele* è stata pubblicata dall’allora direttore, OMAR MONESTIER, sul *Messaggero Veneto* del 7 febbraio 2017. Vale la pena di leggerla, per conoscere – da vicino – la disperazione, la determinazione, e quanto pesi sull’animo, quando si è soli, la carenza di una fede, religiosa o laica che sia. Non rimane che darsi la morte, che è estranea alla Piccola Patria del Friuli e al suo motto, pervaso dalla solidarietà.

Ecco, dunque, quel che Michele ha scritto ai suoi genitori: “Ho vissuto (male) per trent’anni, qualcuno dirà che è troppo poco. Quel qualcuno non è in grado di stabilire quali sono i limiti di sopportazione, perché sono soggettivi, non oggettivi. – Ho cercato di essere una brava persona, ho commesso molti errori, ho fatto molti tentativi, ho cercato di darmi un senso e uno scopo usando le mie risorse, di fare del malessere un’arte. – Ma le domande non finiscono mai, e io di sentirne sono stufo. E sono stufo anche di pormene. Sono stufo di fare sforzi senza ottenere risultati, stufo di critiche, stufo di colloqui di lavoro come grafico inutili, stufo di sprecare sentimenti e desideri per l’altro genere (che evidentemente non ha bisogno di me), stufo di invidiare, stufo di chiedermi cosa si prova a vincere, di dover giustificare la mia esistenza senza averla determinata, stufo di dover rispondere alle aspettative di tutti senza aver mai visto soddisfatte le mie, stufo di fare buon viso a pessima sorte, di fingere interesse, di illudermi, di essere preso in giro, di essere messo da parte e di sentirmi dire che la sensibilità è una grande qualità. Tutte balle. Se la sensibilità fosse davvero una grande qualità, sarebbe oggetto di ricerca. Non lo è mai stata e mai lo sarà, perché questa è la realtà sbagliata, è una dimensione dove conta la praticità che non premia i talenti, le alternative, sbeffeggia le ambizioni, insulta i sogni e qualunque cosa non si possa inquadrare nella cosiddetta normalità. Non la posso riconoscere come mia. – Da questa realtà non si può



c) Infine, proprio in nome, ancora una volta, della solidarietà – se non della fraternità<sup>202</sup> –, è bene non dimenticarsi delle *morti in solitudine*, senza un familiare accanto, senza un affetto. Esequie anonime, talora svolte altrove, con bare trasferite dal luogo della morte a quello, in cui le salme sono state cremate<sup>203</sup>. Tragica la visione dei mezzi militari, che trasportano i corpi inanimati ai forni crematori; delle bandiere a mezz'asta; dei picchetti d'onore, che salutano le vittime, in città vuote dove – come scrive Paolo Rumiz – “tutto vive tranne l'umanità”<sup>204</sup>. Scenari inusuali, che infastidiscono e turbano, da quando abbiamo rimosso dal nostro vocabolario, esorcizzandola, la parola morte. Ma essa convive con la vita, in una relazione reciproca, ove l'una dà senso all'altra<sup>205</sup>.

Scenari inusuali, prima ancora che la Russia di Putin invadesse l'Ucraina. Li qualifico così, dal momento che eravamo abituati a convivere con immagini quotidiane di guerra, provenienti da tutto il mondo: in particolare, dalla Siria e dai Paesi con essa confinanti. Per non parlare della Libia e del Mediterraneo, ridotto a un camposanto disseminato di bare bianche e di croci e lapidi anonime. L'Europa ha taciuto e non ha pianto. Noi ci siamo divisi per parti politiche, mentre la morte è una “falce che pareggia tutte l'erbe del prato”<sup>206</sup>. Ne scrivo, dolorosamente, perché mi compiangio. E colgo, in tutto questo, una debolezza strutturale della nostra società – delle nostre società –, che ha trasformato le dichiarazioni universali dei diritti dell'uomo in qualcosa di parziale, se non di elitario, che non porta fortuna. Le stesse invocazioni a Dio, per quanto comprensibili e doverose per chi crede, dovrebbero essere precedute da una attenta rilettura del *Pater Noster*, che contiene una salda clausola

---

pretendere niente. Non si può pretendere un lavoro, non si può pretendere di essere amati, non si possono pretendere riconoscimenti, non si può pretendere di pretendere la sicurezza, non si può pretendere un ambiente stabile. A quest'ultimo proposito, le cose per voi si metteranno talmente male che tra un po' non potrete pretendere nemmeno cibo, elettricità o acqua corrente, ma ovviamente non è più un mio problema. Il futuro sarà un disastro a cui non voglio assistere, e nemmeno partecipare. Buona fortuna a chi se la sente di affrontarlo. – Non è assolutamente questo il mondo che mi doveva essere consegnato, e nessuno mi può costringere a continuare a farne parte. È un incubo di problemi, privo di identità, privo di garanzie, privo di punti di riferimento, e privo ormai anche di prospettive. Non ci sono le condizioni per impormi, e io non ho i poteri o i mezzi per crearle. Non sono rappresentato da niente di ciò che vedo e non gli attribuisco nessun senso: io non c'entro nulla con tutto questo. Non posso passare la vita a combattere solo per sopravvivere, per avere lo spazio che sarebbe dovuto, o quello che spetta di diritto, cercando di cavare il meglio dal peggio che si sia mai visto per avere il minimo possibile. Io non me ne faccio niente del minimo, volevo il massimo, ma il massimo non è a mia disposizione. Di no come risposta non si vive, di no si muore, e non c'è mai stato posto qui per ciò che volevo, quindi in realtà non sono mai esistito. Io non ho tradito, io mi sento tradito, da un'epoca che si permette di accantonarmi, invece di accogliermi come sarebbe suo dovere fare. – Lo stato generale delle cose per me è inaccettabile, non intendo più farmene carico e penso che sia giusto che ogni tanto qualcuno ricordi a tutti che siamo liberi, che esiste l'alternativa al soffrire: smettere. Se vivere non può essere un piacere, allora non può nemmeno diventare un obbligo, e io l'ho dimostrato. Mi rendo conto di fare del male e di darvi un enorme dolore, ma la mia rabbia ormai è tale che se non faccio questo, finirà ancora peggio, e di altro odio non c'è davvero bisogno. Sono entrato in questo mondo da persona libera, e da persona libera ne sono uscito, perché non mi piaceva nemmeno un po'. Basta con le ipocrisie. – Non mi faccio ricattare dal fatto che è l'unico possibile, il modello unico non funziona. Siete voi che fate i conti con me, non io con voi. Io sono un anticonformista, da sempre, e ho il diritto di dire ciò che penso, di fare la mia scelta, a qualsiasi costo. Non esiste niente che non si possa separare, la morte è solo lo strumento. Il libero arbitrio obbedisce all'individuo, non ai comodi degli altri. – Io lo so che questa cosa vi sembra una follia, ma non lo è. È solo delusione. Mi è passata la voglia: non qui e non ora. Non posso imporre la mia essenza, ma la mia assenza sì, e il nulla assoluto è sempre meglio di un tutto dove non puoi essere felice facendo il tuo destino. – Perdonatemi, mamma e papà, se potete, ma ora sono di nuovo a casa. Sto bene. – Dentro di me non c'era caos. Dentro di me c'era ordine. Questa generazione si vendica di un furto, il furto della felicità. Chiedo scusa a tutti i miei amici. Non odiatemi. Grazie per i bei momenti insieme, siete tutti migliori di me. Questo non è un insulto alle mie origini, ma un'accusa di alto tradimento. – P.S. Complimenti al ministro Poletti. Lui sì che ci valorizza a noi stronzi. – Ho resistito finché ho potuto”.

È il caso di meditare il messaggio di David Maria Turollo: v. *sub* 3.

<sup>202</sup> M. BORGETTO, *Il principio costituzionale di fraternità nel diritto francese*, a cura di I. Massa Pinto e F. Pizzolato, Modena, 2022.

<sup>203</sup> M. BERBENNI, *L'esercito porta le bare fuori dalla Regione. “È un momento tragico”*, in *Corriere della Sera*, 19 marzo 2020, 6.

<sup>204</sup> P. RUMIZ, *Nella città vuota dove tutto vive tranne l'umanità*, in *la Repubblica*, 11 aprile 2020, 32.

<sup>205</sup> M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., 140 ss.

<sup>206</sup> A. MANZONI, *I Promessi Sposi*, cit., XXXIV, 535.

di reciprocità: nei confronti del prossimo. Il Dio di Abramo mi pare la pensi diversamente da noi. La pensavano diversamente – credo – i friulani della Piccola Patria.

### 11. *Un decalogo per l'avvenire*

*Omnia munda mundis*<sup>207</sup>. Ciò che la Piccola Patria del Friuli ha saputo realizzare nel tempo e, in momenti a noi vicini, dopo gli eventi sismici del 1976 rappresenta un accumulo di esperienze, che, se note alla Repubblica e dalla medesima valorizzate, potrebbero concorrere alla ripresa del Paese. Paese che affonda, ogni giorno di più, nella confusione del tutto, che va adeguato attraverso l'uso del *buon senso*. Ed è proprio quest'ultimo che implora dallo Stato qualcosa, che abbia a che fare con la *semplicità*: appunto, per avere di fronte a sé “Un'Italia più forte, più consapevole, più sincera e, sopra tutto, più semplice (...)”<sup>208</sup>. Se ne è parlato all'inizio<sup>209</sup>, e se ne riparla ora, dal momento che *la semplificazione è il nodo gordiano da sciogliere*. Il resto, se non conta, conta ben poco.

*Semplificare* non equivale, necessariamente, a ridurre, tagliare, sintetizzare. Semplificare significa “rendere semplice o meno complicato”. Semplice è ciò che “non presenta difficoltà”<sup>210</sup>. Dunque, è ciò che è chiaro, comprensibile e, quindi, eseguibile ed attuabile rapidamente. Favorisce, ad un tempo, chi ordina (il legislatore) e chi si adegua (il cittadino), secondo una relazione improntata al rispetto reciproco. D'altra parte, come si fa a pretendere qualcosa, se non si è chiari? Eppure, accade proprio il contrario, per alcune essenziali carenze di base. Si ignorano, infatti, parole ed espressioni-chiave, perché si guarda alla superficie degli eventi.

1) Il requisito preliminare consiste nel *sensu delle istituzioni*. Nasce dall'idea che ognuno di noi, mentre sceglie ed agisce per sé, apporta un vantaggio o provoca un danno alla collettività. Perché, non si è mai soli, ma sempre in compagnia.

2) Il *potere*, allora, è *funzione*. È un insieme di facoltà, che debbono essere esercitate a beneficio dei cittadini: più precisamente, delle persone in quanto tali, perché vi sono forme essenziali di tutela che riguardano tutti, indistintamente.

3) Si opera in questo modo se si ritiene che l'*onestà intellettuale* rappresenti un valore. È intellettualmente onesto chi è disposto a sopportare quel che ordina ed infligge agli altri. Altri, che meglio si identificano, se si qualificano come il prossimo. È la reciprocità che impedisce di mentire.

4) Corollario evidente è l'*etica della responsabilità*. Chi ne condivide l'essenza, rende il conto di quel che fa, a prescindere da qualunque richiesta. Sta nella sua mente, nel suo animo, nelle sue azioni, nella considerazione che ha di coloro che lo circondano. Risponde chi rende il conto, sempre.

5) Sono decisioni responsabili quelle che selezionano, preventivamente, *valori* da proteggere e *interessi* da perseguire: secondo una scala gerarchica di importanza, in ragione dei mezzi disponibili, che non sono, appunto, inesauribili, ma sempre di consistenza inferiore al necessario. Ed è, proprio per questo, che si tratta di selezionare.

6) Le disposizioni normative che prescrivono debbono distinguere i *principi* dai *dettagli*; ciò che è premessa da ciò che è naturale e non contraddittoria conseguenza; le parti di cui si compone un testo, che va depurato di ogni disciplina superflua o esorbitante. Ciò corrisponde ad un rigore metodologico compositivo e all'esigenza di chiarezza nel comandare.

7) Solo se si distingue si dà un senso limpido e compiuto al *linguaggio*, che è tale se si padroneggia la propria lingua. Oltretutto, è lapalissiano che l'ordine grammaticale e sintattico condiziona l'ordine delle idee. Quanto alle idee: o sono chiare oppure, se confuse, non sono idee.

8) È da un simile atteggiamento che scaturisce la *concisione*. Si tratta di un effetto che dipende strutturalmente dalle idee chiare e distinte: che sono dell'onesto e non del corrotto; di chi si sente

---

<sup>207</sup> Ivi, VIII, 142.

<sup>208</sup> G. ABIGNENTE, *La riforma dell'amministrazione pubblica in Italia*, cit., VIII.

<sup>209</sup> V. il testo, cui è riferita la nota 9.

<sup>210</sup> *Il piccolo Rizzoli Larousse*, cit., *ad vocem*.

obbligato alla resa del conto e non, invece, di chi è dedito all'imbroglio. Per molti, la legge chiara non è un vantaggio, ma un danno, perché ostacola l'inganno.

9) In contesti di tal genere può nascere e svilupparsi la buona pianta della *limpidezza* e della *linearità*. Del resto, Giosuè Carducci, dettato il tema da svolgere al giovane Giovanni Pascoli, su Alessandro Manzoni, raccomandò: "Ordine, chiarezza, semplicità". Pascoli vi si attenne e si aggiudicò una borsa di studio.

10) Non è banale osservare che questo insieme di condizioni, che si materializzano in comportamenti istituzionali, sono il motore della *giustizia*. Senza chiarezza, infatti, non c'è spazio per la giustizia, che è dell'uomo e per l'uomo.

11) A queste condizioni, ciascuno si sente ed è *azionista della Repubblica*. Protagonista della vita in comune e non comprimario; non soggetto passivo, ma attivo della cittadinanza, immerso nel circuito virtuoso della solidarietà.

12) Tuttavia, è bene ricordare che, per semplificare, ci vuole *tempo*. La prudenza non è inerzia, mentre la fretta è cattiva consigliera. Si tratta di dare a ciascuno il suo: non è facile, ma è un obiettivo umanamente esaltante.

13) Dunque, *semplificare è complicato*. Lo provano i fatti: stando ai quali, si declama e si complica. Ma si dovrebbe, davvero, semplificare, anche perché i costi del caos normativo e amministrativo sono enormi e li paga chi è già tartassato.

14) La semplicità è l'*habitat* delle libertà<sup>211</sup>.

Al pari della salute, le libertà vanno curate, conservate e, avendole ricevute da altri, che le hanno guadagnate per noi, consegnate alle nuove generazioni. Queste, a loro volta, dopo aver ricevuto, daranno, secondo i ritmi della vita e i loro tempi. Il presente non deve dimenticare il passato per non pregiudicare il futuro. E sarà bene non dimenticarsi del *Creato*<sup>212</sup>.

---

<sup>211</sup> M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., 396-398.

<sup>212</sup> L'attenzione e la sensibilità per questi argomenti – per questi problemi, che ci assillano – non nasce dal nulla. Li svelano se le vicende quotidiane, quando esprimono dolori immensi, non ci vedono disattenti o, addirittura, indifferenti. L'indifferenza si vince se si è persuasi del fatto che *tutto è reciprocità*: dimodoché, prima di chiedere ed ottenere, si deve dare. C'è chi è stato privato di tutto: da leggere e meditare J.M. KEYNES, *Le conseguenze economiche della pace*, Milano, 2012. C'è chi ha vissuto la tragedia umana, politica, sociale e culturale della guerra: AA.VV., *Nati per morire. La Grande guerra dalle testimonianze personali ai luoghi della memoria*, a cura di E. Cammarata, Bologna, 2015. C'è chi si è votato alla libertà, conquistandola per altri e per sé: N. MANDELA, *Lungo cammino verso la libertà. Autobiografia*, Milano, 2021. C'è chi governa senza essere stato eletto ed è causa di derive istituzionali: L. ANNUNZIATA, *L'inquilino. Da Monti a Meloni: indagine sulla crisi del sistema politico*, Milano, 2022. C'è chi svende i beni della collettività: S. RIZZO, *Il brutto affare dei palazzi pubblici*, in *L'Espresso*, n. 3/2023, 26 ss. E c'è, tra le altre, la Piccola Patria del Friuli, che attende di essere riscoperta.

**Antonio Ruggeri**  
**Chi è il garante dei nuovi diritti fondamentali?\***

*Alle giovani ed ai giovani iraniani  
ed a quanti nel mondo si battono  
per la libertà, l'eguaglianza, la dignità*

**ABSTRACT:** *After highlighting the need to endowed the new fundamental rights with an essential constitutional discipline, the essay focuses, on the one hand, on the events of the relative rules over time and, on the other hand, about the balancing between the new rights case-by-case. Finally, the author argues that the most effective guarantee of the rights in question can and must be provided - even before and more than in court - by each one and by the social body as a whole, making them count to the maximum of their expressive potential in their context.*

SOMMARIO: 1. I “nuovi” diritti fondamentali, il bisogno da essi manifestato di un congruo riconoscimento, i nodi che restano ad oggi da sciogliere al fine di potersi fare valere. – 2. Lo strumento elettivo per il cui tramite può aversi il riconoscimento dei nuovi diritti, la legge costituzionale. – 3. La *Grundnorm* della massimizzazione della tutela dei diritti, il bilanciamento su basi di parità dei nuovi coi vecchi, i riflessi sulle dinamiche della normazione nel tempo. – 4. Al tirar delle somme, garanti dei diritti siamo (e *dobbiamo* essere) tutti noi.

*1. I “nuovi” diritti fondamentali, il bisogno da essi manifestato di un congruo riconoscimento, i nodi che restano ad oggi da sciogliere al fine di potersi fare valere*

Il quesito che è nel titolo della riflessione che mi accingo a svolgere evoca in campo non poche e non poco complesse questioni di ordine teorico-generale, da tempo fatte oggetto di animato dibattito e tuttavia ancora oggi ben lungi dal potersi dire in modo soddisfacente risolte.

Muovo da un dato che mi parrebbe essere incontrovertibile; ed è che ormai si riscontra una larga convergenza da parte di studiosi di varia estrazione e parimenti vario orientamento attorno alla esistenza dei diritti in parola, non foss'altro che per il fatto che il tempo trascorso dalla redazione delle Carte costituzionali del secondo dopoguerra ha naturalmente portato alla emersione dal corpo sociale di nuovi bisogni elementari della persona umana diffusamente percepiti appunto come diritti fondamentali, indispensabili cioè perché l'esistenza sia davvero – come dice la nostra legge fondamentale – “libera e dignitosa”<sup>1</sup>, diritti dei quali – piaccia o no – non si ha testuale riferimento nelle Carte stesse. Non è un caso, d'altronde, che se ne abbia traccia in documenti costituzionali *quoad substantiam* venuti alla luce in tempi più recenti e sovente espressamente etichettati appunto come Carte dei diritti: un dato, questo, di non secondario rilievo al fine del riconoscimento dell'attributo della “fondamentalità” in capo a questi ultimi.

Ammessane, dunque, in partenza la esistenza si va tuttavia subito incontro ad una preliminare difficoltà a riguardo della individuazione delle basi costituzionali sulle quali la categoria in sé e ciascuno degli elementi di cui si compone dovrebbero poggiare. Faccio al riguardo, per brevità, riferimento alla nostra Carta ma il discorso può – com'è chiaro – prestarsi, con i dovuti adattamenti, a considerazioni di ordine generale.

Ebbene, i diritti fondamentali, pur preesistendo alla loro positivizzazione, non possono comunque fare a meno di questa, se non altro perché è solo dalla loro regolazione normativa che



<sup>1</sup> Per l'accezione ora riportata di diritto fondamentale, rimando al mio [Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela](#), in questa [Rivista](#), 2016/II, 263 ss., nonché in in AA.VV., *Cos'è un diritto fondamentale?* a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 337 ss.

discende il regime giuridico peculiare di ciascun diritto e, dunque, forme, gradi, sedi della relativa salvaguardia.

Ora, i c.d. “nuovi” diritti si dicono tali non soltanto perché venuti alla luce in tempi recenti rispetto a quello di maturazione dei vecchi ma anche per la ragione che fa difetto il dato testuale al quale possono essere agganciati; allo stesso tempo, però, di esso non possono fare a meno, restando altrimenti delle mere aspirazioni, pur meritevoli della massima considerazione e, tuttavia, prive di un loro statuto giuridico complessivo. La “fondamentalità” è, infatti, un tratto intrinseco dei diritti che ne sono dotati che ha, al contempo, bisogno di essere disvelato, appunto attraverso il riconoscimento positivo. E quest’ultimo, conformemente alla natura propria dei diritti in parola, non può che essere dato dalla Costituzione o da altro documento del pari materialmente costituzionale, quali sono le Carte venute alla luce in seno alla Comunità internazionale o in ambito sovranazionale (tra le quali – per ciò che più da presso ci riguarda – la CEDU e la Carta dell’Unione europea).

Di qui un ossimoro a prima vista insuperabile. I diritti in parola sono nuovi perché privi di base testuale nella legge fondamentale della Repubblica ma, proprio per ciò, *dal punto di vista di quest’ultima*, parrebbero non potersi considerare esistenti fintantoché non ne siano dotati<sup>2</sup>.

Dunque, *proprio perché “fondamentali” in sé e per sé, hanno bisogno di essere riconosciuti; e, però, solo dopo che ciò avrà luogo, se ne potrà predicare la “fondamentalità”*.

Un autentico rompicapo, un vicolo cieco, come si vede. Non è un caso, d’altronde, che dottrina e giurisprudenza abbiano prodotto uno sforzo encomiabile per colmare la lacuna suddetta, ora agganciando i diritti in parola alla *Grundnorm* di cui all’art. 2 della Carta ed ora, con ulteriore sforzo di specificazione concettuale e positiva, facendo capo ad altri enunciati costituzionali, a partire da quello posto in testa all’art. 13. È chiaro che il richiamo a quest’ultimo o ad altri disposti ancora risolverebbe la questione in radice, con la negazione dell’attributo della “novità” in capo a questo o quel diritto che, dunque, verrebbe a porsi quale manifestazione peculiare della libertà personale (o di altra libertà ancora). Una via, questa, come si sa, molte volte battuta, senza peraltro che si avesse – temo – piena avvertenza della contraddizione insita nella qualifica come “nuovo” di un diritto che, in realtà, sarebbe pur sempre espressivo di un’“antica” libertà.

Più piana, invece, la via che porta all’art. 2 ma non per ciò ugualmente soddisfacente la soluzione patrocinata da quanti fanno appello al principio fondamentale in parola a “copertura” dei diritti di cui qui si torna rapidamente a discutere. Non è, infatti, chi non veda la differenza che passa tra un diritto che dispone di una base testuale per esso apprestata, in aggiunta alla indicazione di ordine generale di cui all’art. cit., e un diritto che invece ne è privo. Una differenza di cruciale rilievo, dal momento che il difetto di disciplina *ad hoc* non consente di stabilire in che modo il diritto stesso si articola e svolge, quali le sue garanzie, quali in particolare i ruoli che al riguardo giocano il legislatore per un verso, i giudici per un altro.

Il riconoscimento iniziale, poi, non resta ovviamente senza conseguenze. Grazie ad esso, alcuni diritti possono fregiarsi del titolo della “inviolabilità” che – come si è tentato di mostrare altrove – consegue alla “fondamentalità”, risolvendosi a conti fatti nel divieto categorico fatto al legislatore di revisione di abrogazione “secca” della disciplina dalla stessa Carta posta in svolgimento del riconoscimento suddetto, nel mentre è a mia opinione pur sempre possibile la modifica della stessa, ma solo a finalità espansiva, così come a mio modo di vedere può aversi per i principi fondamentali<sup>3</sup>. La circostanza, poi, che nei tre quarti di secolo trascorsi dalla redazione della Carta nessuno dei diritti di libertà di cui agli artt. 13 ss. sia stato innovato (con le sole, note eccezioni riguardanti gli artt. 26 e 27, ultimo comma), in ispecie allungando il catalogo dei diritti, non equivale di certo a riprova della astratta immodificabilità o, diciamo pure, “pietrificazione” del quadro costituzionale, attestando piuttosto che le garanzie dal Costituente apprestate sono state – a torto o a ragione – considerate col tempo ed ancora oggi si considerano adeguate allo scopo avuto di mira al momento della loro previsione.

<sup>2</sup> In realtà, quest’affermazione richiede una non secondaria precisazione che si farà a breve.

<sup>3</sup> La tesi è argomentata nel mio [I principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva](#), in questa [Rivista](#), 2022/II, 473 ss.

Non intendo sottoporre qui a verifica la conclusione appena indicata in relazione ai diritti “vecchi”, in ispecie per ciò che concerne la sufficienza – se così può dirsi – dello scudo protettivo costituito dalla riserva di legge e dalla riserva di giurisdizione. Trattasi di questione, per vero, meritevole della massima attenzione, sulla quale mi riservo di tornare in altra sede ad essa specificamente dedicata. Mi limito ora solo ad accennare al fatto che, soprattutto per effetto dello sviluppo della scienza e della tecnologia registratosi nel corso degli anni che ci separano dalla sofferta ma esaltante stagione della Costituente, con ogni probabilità dovrà pensarsi a garanzie ulteriori rispetto a quelle in atto indicate ovvero all’ulteriore rafforzamento delle stesse che, per il modo con cui complessivamente si atteggiavano, mi sembrano scarsamente attrezzate per far fronte agli attacchi micidiali che, soprattutto a certi diritti, possono essere (e non di rado sono) mossi avvalendosi appunto della strumentazione altamente sofisticata messa a disposizione dalla scienza e dalla tecnologia.

Ad ogni buon conto, se il massimo atto di potere costituito, la legge approvata con le procedure di cui all’art. 138, non può sostanzialmente svuotare di significati e valenze i diritti costituzionalmente nominati<sup>4</sup>, a maggior ragione – com’è chiaro – non può farlo alcun altro atto parimenti espressivo di potere costituito. I diritti fondamentali, insomma, proprio perché tali e grazie al riconoscimento di cui godono, risultano dotati di una protezione formidabile che non consente (o, meglio, giova dire con doverosa cautela, non *dovrebbe* consentire) ad alcuna minaccia, ad essi da qualunque parte recata, di sortire gli effetti sperati; perlomeno, così appunto, dovrebbe essere secondo modello e fintantoché i meccanismi istituzionali si dimostrino in grado di funzionare in modo complessivamente apprezzabile. Ciò che, però, nei fatti, non sempre si ha, sol che si pensi alle non poche carenze, specie di ordine processuale, ad oggi riscontrabili tanto nei giudizi comuni quanto in quelli costituzionali, oltre che nel corso delle vicende processuali che maturano presso le Corti non nazionali<sup>5</sup>. Si danno, peraltro, nell’esperienza forme plurime, sovente subdole in quanto svolgentisi per vie sotterranee e perciò abilmente mascherate, di sostanziale aggiramento delle garanzie costituzionali, con il conseguente svilimento dei diritti cui queste ultime si riferiscono.

Sta di fatto, però, che i nuovi diritti non dispongono nella Carta di alcuna base positiva sulla quale poggiare per tenersi e farsi valere, al di fuori appunto dell’*incipit* contenuto nell’art. 2.

Di qui, alcune conseguenze di non poco momento, che è ora opportuno mettere rapidamente in evidenza, con riserva di approfondimenti in altri luoghi ad esse specificamente dedicati.

Tre, in particolare, i nodi da sciogliere.

Il primo concerne le forme di cui deve rivestirsi la disciplina dei diritti di cui non si ha esplicita traccia nella Carta.

Il secondo riguarda le vicende nel tempo della disciplina stessa, in ispecie se da essa discendano limiti a carico della normazione a venire.

Il terzo attiene al modo complessivo di porsi dei nuovi diritti in rapporto coi vecchi, in particolare se sia loro dato di partecipare ad armi pari con questi ad operazioni di bilanciamento secondo i casi.

---

<sup>4</sup> Si dà qui – come si vede – per acquisito che si diano limiti alla revisione costituzionale: questione, come si sa, un tempo animatamente discussa, registrandosi nondimeno ormai un larghissimo consenso a riguardo della soluzione evocata nel testo che – ed è ciò che più importa – risulta avvalorata dal diritto vivente, specie da quello che viene a formazione presso la Consulta.

<sup>5</sup> Si aggiungano a ciò, con specifico riguardo alle vicende della normazione di forma costituzionale, le remore alle quali va incontro la giurisprudenza costituzionale a caducare atti venuti alla luce con le procedure di cui all’art. 138, preferendo piuttosto “sanzionarli” in via di fatto, a mezzo di coraggiose (ma, in qualche caso, francamente temerarie) reinterpretazioni “sananti”, secondo quanto peraltro attesta la riscrittura a tappeto operata nei riguardi del nuovo Titolo V; d’altro canto, la Corte delle leggi non si è trattenuta (e non si trattiene), laddove ne avverta il bisogno, di far luogo a “modifiche tacite” dello stesso dettato originario, ancorché espressivo della genuina volontà del Costituente. È pur vero, poi, che la stessa giurisprudenza comune pone non di rado mano a letture tanto delle leggi quanto, appunto, della Costituzione in sensibile misura innovative, secondo quanto testimoniano, ad es., alcune pratiche d’interpretazione conforme.

Trattasi, peraltro, di questioni che si fanno di continuo rimando l'una all'altra, sì da rendersi problematico tenerle, se non fino ad un certo punto, distinte l'una dall'altra, facendone quindi oggetto di separato esame.

Di tutto ciò dobbiamo, dunque, ora dire, con la speditezza che è congeniale a questo studio.

## *2. Lo strumento elettivo per il cui tramite può aversi il riconoscimento dei nuovi diritti, la legge costituzionale*

Al primo profilo riserverò adesso solo un cenno, trattandosi di questione fatta oggetto di esame in altri luoghi<sup>6</sup>. Mi limito solo a rinnovare qui il mio fermo convincimento che la materia costituzionale, in ispecie il suo cuore pulsante, i diritti fondamentali<sup>7</sup>, non possa comunque fare a meno di una prima, essenziale regolazione con fonte costituzionale. Certo, rimane la differenza non trascurabile costituita dal fatto che la disciplina relativa ai vecchi diritti è stata posta dalla mano del Costituente, laddove quella dei nuovi è pur sempre opera di un potere costituito, sia pure della sua massima espressione positiva. Ciò che potrebbe far pensare – per fare subito un cenno al terzo profilo – che, in sede di bilanciamento tra vecchi e nuovi diritti, i primi debbano comunque avere la meglio. Si vedrà, però, che le cose non stanno così.

Ad ogni buon conto, ammessa – come si diceva – in premessa la esistenza di diritti innominati e manifestando gli stessi il bisogno che la loro “fondamentalità” sia *per tabulas* riconosciuta, non può darsi risorsa migliore, in seno allo strumentario di cui l'ordinamento dispone, di quella apprestata dalle leggi approvate con le procedure di cui all'art. 138.

Occorre, tuttavia, preliminarmente chiedersi se non vi sia altro modo per il raggiungimento dello scopo.

Ora, non va al riguardo trascurata la circostanza per cui il riconoscimento dei diritti in parola si ha – come si diceva – altresì ad opera di altri documenti *materialmente* (o – come preferisce dire la Consulta<sup>8</sup> – *tipicamente*) costituzionali venuti alla luce *extra moenia*, le Carte dei diritti; e, dunque, potrebbe rilevarsi che, per effetto del loro recepimento in ambito interno, la lacuna originaria della legge fondamentale della Repubblica risulti comunque colmata. Un'affermazione, questa, che parrebbe essere persuasiva ma che ugualmente non si sottrae ad alcuni appunti critici.

Va, in particolare, tenuto presente che le Carte in parola, per il modo con cui sono comunemente intese, occupano – piaccia o no (e a me non piace per nulla) – un posto comunque subordinato alla Costituzione. Non è un caso, d'altronde, che sono recepite con legge comune, laddove a mia opinione dovrebbe a tal fine farsi luogo all'adozione di legge costituzionale, sì da ricongiungere nel migliore dei modi, forma e materia costituzionale; quand'anche, poi, fossero rese esecutive a mezzo delle procedure stabilite nell'art. 138, dovrebbero a rigore considerarsi comunque soggette alla osservanza dei principi fondamentali dell'ordinamento. Non è neppure casuale che la giurisprudenza costituzionale, a partire dalle famose sentenze “gemelle” del 2007, abbia riconosciuto nella CEDU una fonte “subcostituzionale”<sup>9</sup>. L'unica eccezione a questo inquadramento

---

<sup>6</sup> Tra i quali, di recente, *I diritti fondamentali, tra riconoscimento normativo ed effettività della tutela*, in [Nuove Autonomie](#), 2/2022, 23 settembre 2022, 405 ss.

<sup>7</sup> Così, in ispecie, per l'accezione liberale di Costituzione, mirabilmente scolpita nel famoso art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

<sup>8</sup> L'etichetta trovasi – com'è noto – in [Corte cost. sent. n. 269 del 2017](#), con specifico riguardo alla Carta dei diritti dell'Unione ma non vedo come possa non valere altresì per ogni altra Carta. Né varrebbe opporre che solo a quella è riconosciuto rango costituzionale, a motivo della forza normativa di cui è dotata, diversamente da ciò che è proprio della CEDU e – a quanto pare – di ogni altra Carta. Con riserva di quanto sul punto si dirà a momenti, è, ad ogni buon conto, innegabile il carattere *materialmente* costituzionale di ogni Carta, per il fatto oggettivo che tutte danno il riconoscimento di diritti fondamentali. D'altronde, se così non fosse, non sarebbero appunto... *tali*.

<sup>9</sup> ... e per fortuna – verrebbe da dire – si è avuta nel 2001 la modifica dell'art. 117, con il richiamo ivi operato alla osservanza degli obblighi internazionali; altrimenti, si sarebbe con ogni probabilità tenuto fermo l'antico *trend* che dava modo alle leggi comuni di derogare alle leggi di esecuzione dei trattati e di altri atti ancora della Comunità internazionale.

sistematico si è avuta – come si sa – a beneficio della Carta di Nizza-Strasburgo che, al pari del diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario in genere, gode di rango costituzionale, restando ad ogni buon conto soggetta pur sempre ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. Il che equivale a dire che essa pure non può comunque essere in tutto e per tutto accostata alla Costituzione quanto al rango posseduto ed alla *vis* normativa che è in grado di esprimere.

Ora, prefigurare graduatorie tra le Carte dei diritti – come si è avuto modo di far notare altrove – è una insanabile contraddizione. Lo è, in particolare, immaginare che si diano diritti più... *fondamentali* di altri: come dire che vi sarebbe un assoluto (costituzionale) ancora più... *assoluto* di un altro (cosa c'è, infatti, in un edificio di più solido e più profondo delle sue fondamenta?).

D'altro canto, non dovrebbe perdersi di vista il fatto che la disputa attorno alle forme non è mai pura manifestazione di pignoleria e meno che mai lo è in relazione alla questione qui trattata, sol che si pensi che le leggi comuni possono essere espressione della volontà della sola maggioranza di turno. Una eventualità, questa, che per vero non può considerarsi esclusa in partenza per le stesse leggi costituzionali. Se, però, è possibile che si abbiano, così come si sono avute, innovazioni costituzionali a colpi di maggioranza laddove ne sia oggetto questo o quell'aspetto della organizzazione<sup>10</sup>, non è concepibile – a me pare – che se ne abbia riscontro in occasione del riconoscimento dei nuovi diritti, del cuore pulsante – si diceva – della materia costituzionale, per il cui aggiornamento s'impone il rinnovo tra le forze politiche di opposto schieramento del *pactum unionis* siglato alla Costituente. Il *quorum* della maggioranza dei due terzi è – perlomeno nel presente contesto politico – una garanzia adeguata allo scopo, mentre non è ormai più – temo – rassicurante la previsione che l'approvazione delle leggi costituzionali possa aversi altresì a maggioranza assoluta. Ciò che rende opportuna la modifica dello stesso art. 138, stabilendo quale unico *quorum* possibile il primo: una modifica – è appena il caso di precisare – che può aversi unicamente con metodo consensuale<sup>11</sup>.

L'esplicito riconoscimento dei nuovi diritti – come si viene dicendo – è, dunque consigliabile, seppur per vero, in relazione ad alcuni, non necessario. Mi riferisco, in particolare, oltre che ai diritti di cui fa menzione la Carta dell'Unione, a quelli che beneficiano della “copertura” da parte di norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale. Non va, però, trascurata la circostanza per cui la Carta in parola vale unicamente per gli ambiti materiali di competenza dell'Unione stessa, per estesi che obiettivamente siano, nel mentre le norme suddette, per un verso, non sempre si presentano di sicura individuazione, mentre, per un altro verso, la loro formazione consuetudinaria richiede comunque tempi molto lunghi ed un riconoscimento da parte della Comunità internazionale che potrebbe tardare ad arrivare, specie per i diritti venuti di recente alla luce, quali quelli che appaiono essere più immediatamente riguardati dallo sviluppo scientifico e tecnologico.

La disciplina con legge costituzionale, ad ogni buon conto, presenterebbe il vantaggio di ovviare all'improprio “declassamento” operato dalla giurisprudenza ed insito nell'ambigua formula della “subcostituzionalità”, per ciò che attiene al grado posseduto dalla CEDU (e – viene da pensare – ad ogni altra Carta, diversa da quella dell'Unione) nel sistema delle fonti.

Rimane, poi, il nervo scoperto (e dolente) della osservanza da parte degli stessi atti di forma costituzionale dei principi fondamentali dell'ordinamento.

Ancora una volta, però, il ragionamento – se ci si pensa – si rivela essere circolare, sol che si guardi non già alle *fonti* ed alle loro *forme* bensì alle *norme* dalle stesse prodotte: norme che, in

---

<sup>10</sup> Eloquente al riguardo la vicenda relativa alla riscrittura del Titolo V, passata come si sa con una manciata di voti di scarto; va, nondimeno, rilevato che una cosa sono modifiche circoscritte al dettato della Carta ed altra cosa modifiche corpose, quale appunto quella avutasi nel 2001. Ad ogni buon conto, sarebbe consigliabile che le stesse novità apportate alla organizzazione, specificamente laddove si pongano quali vere e proprie *riforme* di struttura, vengano alla luce con i più larghi consensi. Si pensi, ad es., all'eventuale passaggio dall'attuale forma di governo ad un'altra: questione spinosa e, per più versi, inquietante in relazione al nostro quadro politico, secondo quanto si è tentato di mostrare nel mio *Riforme costituzionali quali e perché?* di prossima pubblicazione in [Osservatorio sulle fonti](#).

<sup>11</sup> Maggiori ragguagli sul punto di cruciale rilievo possono, volendo, aversi dal mio scritto da ultimo richiamato, sez. I.



quanto risultanti da documenti volti a dar voce ai nuovi diritti, risultano essere filiazione immediata e diretta dell'art. 2, nel suo fare "sistema" con l'art. 3 della Carta<sup>12</sup>.

Ebbene, se si conviene che gli enunciati appena richiamati compongono – piace a me dire – la *coppia assiologica fondamentale* dell'ordinamento, in funzione servente della quale gli stessi principi fondamentali restanti si dispongono<sup>13</sup>, su quali basi – mi chiedo – è possibile pretendere il rispetto *sempre e comunque* di questi ultimi da parte di atti che possono vantare la formidabile "copertura" apprestata dalla coppia suddetta? Non è, forse, vero che, in sede di bilanciamento, uno o più principi fondamentali possono avere la peggio, trovandosi pertanto costretti a recedere a fronte di altri giudicati meritevoli di prioritaria considerazione in ragione dei casi? E quali principi, più e prima ancora di quelli di cui agli artt. 2 e 3, ne sono degni?

D'altro canto, anche i vecchi diritti possono vantare lo scudo protettivo formidabile apprestato dalla coppia assiologica in parola. Si tratta allora di vedere come prenda forma la composizione degli uni con gli altri: il terzo dei nodi sopra indicati, il cui scioglimento appare essere assai problematico, comunque non di rado sofferto.

### 3. *La Grundnorm della massimizzazione della tutela dei diritti, il bilanciamento su basi di parità dei nuovi coi vecchi, i riflessi sulle dinamiche della normazione nel tempo*

In realtà, le cose non stanno così come sono viste, in ispecie dalla giurisprudenza costituzionale, con la rappresentazione piramidale che usualmente si dà dei rapporti tra la Costituzione e le altre Carte dei diritti.

Viene al riguardo in rilievo il terzo dei profili suaccennati, per ciò che attiene ai modi con cui i nuovi diritti si bilanciano tanto *inter se* quanto con i diritti vecchi.

La premessa di ordine metodico, prima ancora che teorico-ricostruttivo, da cui qui muovo è che la *coppia assiologica* suddetta racchiude in sé ed esprime una formidabile carica onnipervasiva e, allo stesso tempo, espansiva.

È l'una cosa, per il fatto di poter irradiare la propria luce in ogni angolo, foss'anche il più remoto, dell'ordinamento, per la elementare ragione che libertà ed eguaglianza sono l'essenza stessa del costituzionalismo e che dalla loro sintesi espressiva trae origine ed alimento la dignità della persona umana, un valore costituzionale avente "carattere assoluto" – si è detto da un'accreditata dottrina<sup>14</sup> – che, per sua indeclinabile vocazione, si sottrae a qualsivoglia operazione di bilanciamento, ponendosi piuttosto quale la "bilancia" che dà modo di effettuare le operazioni stesse.

È anche l'altra cosa, sol che si ammetta – come devesi – la naturale attitudine dei valori transepocali in parola al proprio costante e mai finito accrescimento, a non sentirsi cioè mai a pieno appagati delle conquiste man mano raggiunte bensì di vantare sempre maggiori pretese di nuove acquisizioni.

Ora, la "copertura" della coppia suddetta non è a beneficio solo di alcuni diritti con esclusione di altri: nessuna preclusione può aversi in partenza, nessuna distinzione di rango in base alla provenienza (dall'interno ovvero *ab extra*), nessuna in ragione del carattere "vecchio" o "nuovo"

---

<sup>12</sup> Le mutue implicazioni tra i canoni fondamentali in parola sono state efficacemente rilevate da G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Bari-Roma 2009.

<sup>13</sup> Non si vuol qui dire che si dia una sistemazione di stampo gerarchico tra i principi fondamentali dell'ordinamento, ciò che equivarrebbe a negare la "fondamentalità" di quelli che stanno sotto gli altri. È, tuttavia, innegabile – se non altro al piano storico – che il ritorno alla democrazia, dopo l'immane tragedia della seconda grande guerra e, prima ancora, dell'avvento del regime autoritario che se n'è reso, per la sua parte, responsabile, ha naturalmente proiettato in primo piano i valori transepocali di libertà ed eguaglianza, gli stessi valori fondamentali restanti rinvenendo la loro *ratio* immanente nel bisogno di mettere al riparo – finché possibile – quelli dal rigurgito di moti eversivi dell'ordine costituzionale.

<sup>14</sup> Ancora G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, nella pagina web dell'[AIC](#), 14 marzo 2008, e in altri scritti.

dei diritti, nessuna – per ciò che più importa – che risulti apprezzabile in prospettiva formale- astratta. Di contro, si tratta di vedere come i diritti si scompongono e ricompongono secondo i casi, in vista del raggiungimento di una sintesi complessivamente appagante, in funzione servente nei riguardi della Costituzione, affinché cioè la stessa possa affermarsi *magis ut valeat*.

La *Grundnorm* che regola le esperienze dei diritti è, dunque, quella della massimizzazione della tutela, in ragione delle complessive esigenze dei casi. Un canone, questo, fatto per vero oggetto di animate discussioni<sup>15</sup> e tuttavia – per ciò che più importa – dotato di solido fondamento nel diritto vivente; e un canone – qui è il punto che maggiormente preme ora rimarcare – che impone una svolta metodica nella prospettiva da cui si osservano le vicende della normazione nel tempo, con il risoluto abbandono di ogni criterio di ricostruzione del sistema di formale fattura (che guardi cioè alle *fonti ut sic*) e l'adozione di uno d'ispirazione assiologico-sostanziale che punti diritto alle *norme* ed al loro porsi in rapporto con i valori fondamentali dell'ordinamento nel loro fare “sistema”.

Le fonti sono, infatti, strumenti, veicoli di normazione, orientati verso i loro fini naturali, i valori.

La giurisprudenza costituzionale, pur tra non rimosse, vistose oscillazioni, in più occasioni ha dato mostra di esserne avvertita. Muove, infatti, da schemi qualificatori di formale fattura, assumendo che ogni fonte abbia e stabilmente detenga un proprio posto nel sistema, in ragione della forma di cui si riveste, ma poi, a conti fatti, perviene, in relazione a talune fattispecie, ad esiti ricostruttivi assiologicamente connotati.

Faccio solo alcuni esempi al riguardo, specificamente riferiti ad esperienze riguardanti i diritti, ma altri ancora potrebbero essere utilmente adottati. E, dunque, si rammenti l'orientamento manifestato a riguardo della condizione della CEDU in ambito interno, per un verso, e, per un altro verso, a quello concernente i limiti all'abrogazione referendaria, segnatamente laddove l'iniziativa popolare dovesse investire norme idonee ad assicurare una “tutela minima” a beni costituzionalmente protetti (e, segnatamente, appunto ai diritti).

È di non poco rilievo la circostanza per cui, dopo aver in astratto e in via generale riconosciuto la natura “subcostituzionale” della Convenzione e, dunque, il suo rango sovraordinato a quello proprio delle leggi comuni, la Consulta finisca con l'ammettere che questo schema possa (e debba) essere messo senza rimpianti da canto e persino rovesciato su se stesso laddove, in una circostanza data, la legislazione ordinaria agli occhi dell'operatore di turno appaia maggiormente idonea rispetto alla

---

<sup>15</sup> Ne ha perentoriamente e con insistenza confutato l'esistenza R. BIN, del quale v., part., *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss., nonché l'intervista sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in *Giustizia Insieme*, 10 aprile 2019 e in AA.VV., *Il mestiere del giudice*, a cura di R.G. Conti, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2020, 1 ss.; *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757 ss., spec. 764 e nt. 15, e, nella stessa *Rivista*, *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, 4/2020, spec. 866 ss.; l'ho invece con fermo convincimento difeso in più scritti, tra i quali *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in questa *Rivista*, 2019/III, 707 ss., spec. 714 in nt. 30, e *Tecniche decisorie dei giudici e “forza normativa” della Carta di Nizza-Strasburgo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 aprile 2020. V., inoltre, utilmente B. NASCIBENE, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in *Eurojus.it*, 3/2020, 277; I. ANRÒ, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *federalismi.it*, 19/2020, 17 giugno 2020, 109 ss.; F. DONATI, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 14/2020, 49 ss.; C. CARUSO, *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità*, in *Giustizia Insieme*, 19 ottobre 2020; R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in questa *Rivista*, 2020/III, spec. 588 ss.; A. RANDAZZO, *Il “metaprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, 10 giugno 2020, 689 ss.; B. NASCIBENE-I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in *Giustizia Insieme*, 31 marzo 2022. Notazioni di vario segno, infine, in AA.VV., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, a cura di C. Amalfitano, M. D'Amico e S. Leone, Giappichelli, Torino 2022, e AA.VV., *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee*, a cura di G. Lattanzi - G. Grasso - S. Lembo - M. Condinanzi - C. Amalfitano, Quad. 11 della Scuola Superiore della Magistratura, Roma 2022, nonché, con specifica attenzione alla materia penale, P. MAGGIO, *Giudicato penale e diritti fondamentali in area CEDU*, Giappichelli, Torino 2023, spec. 25 ss.

Convenzione stessa a dare appagamento ai diritti evocati in campo dal caso. Tutt'al più, dunque, può dirsi che la presunzione giochi a beneficio della Convenzione, restando nondimeno aperta la via per la dimostrazione del contrario.

Non diversa la conclusione per ciò che attiene alle vicende della normazione nel tempo. Ed è questa – si faccia caso – una conclusione provvista di generale valenza. Perché se è da considerare ormai provato che l'abrogazione non possa aversi con referendum laddove siano prese di mira norme volte a dare la "tutela minima" suddetta, per logica conseguenza non può – a me pare – parimenti aversi al piano dell'avvicendamento delle stesse leggi nel tempo.

Similmente, poi, per ciò che attiene alla disciplina dei (non meglio precisati) "livelli essenziali" delle prestazioni relative ai diritti, il cui rilievo non resta a mia opinione confinato unicamente al piano dei rapporti tra le leggi di Stato e Regione, così come parrebbe dalla *sedes materiae* in cui se ne fa parola [art. 117, II c., lett. m)], bensì possiede appunto generale valenza, ciò che è "essenziale" non potendo comunque venire meno, a pena di un irreparabile pregiudizio per la dignità della persona e la sua stessa sopravvivenza.

Ancora una volta, tuttavia, ciò non equivale a dire che talune discipline positive si consegnano all'uomo, al pari delle tavole mosaiche, "pietificate" *usque ad aeternitatem*. Lo stesso concetto di "essenzialità" s'inscrive pur sempre, al pari di ogni umana vicenda, in un certo contesto storico-sociale; e, dunque, specie laddove si verificano situazioni *extra ordinem*, di emergenza<sup>16</sup>, può aversene il pur parziale ripensamento, nondimeno bisognoso di rinvenire giustificazione nel canone della ragionevolezza, nel suo duplice orientamento verso la situazione di fatto da un canto, la tavola dei valori fondamentali positivizzati da un altro.

Quest'esito è prezioso anche in relazione alle vicende nel tempo delle norme che danno il riconoscimento dei nuovi diritti. Esse pure, infatti, una volta venute alla luce, non soltanto non possono essere puramente e semplicemente rimosse ma non può aversi neppure una contrazione delle garanzie dapprima offerte ai diritti stessi. Ogni disciplina, insomma, che incroci i diritti va incontro ad un limite strutturale di ordine teleologico: può aversi, cioè, unicamente a finalità espansiva, perlomeno fintantoché non maturino situazioni straordinarie, quali quelle cui si è appena fatto cenno. Solo che l'abbassamento del livello dei... *livelli*, proprio perché giustificato unicamente in situazioni straordinarie, comporta – a me pare – una inversione dell'onere della prova, assumendosi dunque in via di principio come invalida la disciplina che vi faccia luogo, salva appunto la prova del contrario.

Ciò che, nondimeno, qui maggiormente importa è che, ancora una volta, entra – come si vede – in campo la *Grundnorm* della massimizzazione della tutela che proietta un fascio di luce, in primo luogo, sulle dinamiche della normazione nel tempo, persino di quelle riguardanti le fonti di grado costituzionale sia nei rapporti *inter se* e sia pure – si faccia caso – in quelli con fonti sottostanti<sup>17</sup>. In secondo luogo, ne sono poi illuminate le esperienze processuali, nel corso delle quali si rende necessario operare un raffronto tra discipline positive, specie di quelle risultanti dalle Carte, al fine di verificare dove si situi la miglior tutela, bilanciando quindi i beni della vita evocati in campo dal caso: sempre e soltanto in vista della ottimale affermazione della Costituzione in tutti i suoi principi fondamentali nel loro fare "sistema", compresi – tengo qui nuovamente a ribadire – quelli che danno l'apertura dell'ordinamento al diritto internazionale e sovranazionale.

---

<sup>16</sup> Si pensi, ad es., alla sofferta ed inquietante vicenda della guerra in Ucraina ed a ciò che essa rappresenta, in termini di privazione di condizioni elementari di vita dignitosa per gli appartenenti all'eroico popolo di questa martoriata nazione. E non si trascurino neppure i riflessi, specie di ordine economico, che essa ha avuto (ed ha) anche per il nostro Paese e gli altri non direttamente riguardati dalla guerra stessa che potrebbero ugualmente incidere sulla messa a punto del... *livello dei "livelli essenziali"*.

<sup>17</sup> Come si è in altri luoghi fatto notare, la prospettiva assiologico-sostanziale, infatti, portata fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni, può tradursi nella precedenza offerta a norme risultanti da leggi comuni o altri atti ancora nei riguardi delle stesse norme di legge costituzionale, laddove si dimostri che le prime, diversamente dalle seconde, godano di "copertura" da parte di principi fondamentali dell'ordinamento ovvero, per il caso che tutte le norme in campo siano provviste della "copertura" stessa, laddove alle prime debba comunque accordarsi prioritario rilievo in occasione della messa in atto di operazioni di bilanciamento assiologicamente connotate.

#### 4. *Al tirar delle somme, garanti dei diritti siamo (e dobbiamo essere) tutti noi*

Le notazioni fin qui svolte danno conferma di ciò che è, peraltro, sotto gli occhi di tutti, vale a dire del ruolo di cruciale rilievo giocato dai pratici del diritto, in specie dai giudici, quale che sia la sede istituzionale in cui esercitano il *munus* loro demandato e quale che ne sia la natura (di giudici comuni o costituzionali<sup>18</sup>). Un ruolo che non si esprime unicamente ogniqualevolta si tratti di dare seguito<sup>19</sup> a norme positive, scritte e non<sup>20</sup>, che danno il riconoscimento dei diritti bensì (e prima ancora) ove si tratti di far luogo a quest'ultimo in difetto delle norme stesse.

Non può tacersi, infatti, che la incommensurabile varietà dei casi porta naturalmente all'esito di una graduale dilatazione per via interpretativa dei "contenitori" costituzionali nei quali trovano alloggio i diritti, persino di quelli apprestati dalle Carte di più fresca redazione. È un *trend* questo di cui si ha dappertutto riscontro; ed è sufficiente scorrere i commentari in circolazione di questa o quella giurisprudenza per averne subito sicura riprova.

Il linguaggio, poi, con cui sono forgiati gli enunciati delle Carte stesse incoraggia e senza sosta alimenta questa tendenza<sup>21</sup>.

Per altro verso, quest'esito è agevolato dal fatto epocale registratosi con la proliferazione delle Carte in parola, con il flusso ininterrotto e viepiù crescente che tra le stesse s'intrattiene di materiali che ne sollecitano la mutua rigenerazione semantica: un'esperienza, questa, assai complessa che si coglie ed apprezza specificamente al piano culturale e che, per la sua parte, concorre a dare – una volta di più – conferma della inadeguatezza delle prospettive d'inquadramento sistematico aventi ispirazione formale-astratta, ad oggi diffuse, e del bisogno, ormai acclarato, di far luogo al loro posto di prospettive aventi connotazione assiologico-sostanziale.

La giurisprudenza costituzionale, dal suo canto, parrebbe esserne già da tempo avvertita: ne rende testimonianza una pronunzia alla quale ho fatto ripetutamente richiamo nelle mie riflessioni in tema di rapporti tra le Carte (e le Corti che se ne fanno garanti), la [sent. n. 388 del 1999](#), specificamente laddove è l'affermazione secondo cui le Carte stesse "*si integrano completandosi reciprocamente nella interpretazione*"<sup>22</sup>. E non è chi non veda lo scarto (e, anzi, la vera e propria contraddizione) che si ha tra l'inquadramento dei rapporti tra le Corti che si ha *al piano della teoria delle fonti*, per com'è appunto patrocinata dal giudice costituzionale, e l'altro che risulta *al piano della teoria della interpretazione*: l'uno d'ispirazione formale-astratta e di forma piramidale, l'altro di contro di fattura assiologico-sostanziale e carattere orizzontale e, a conti fatti, circolare, specificamente apprezzabile – come si diceva – sul terreno culturale.

Ebbene, è in quest'ultimo (e solo in esso) che può efficacemente radicarsi e portare frutto la pianta dei diritti (per ciò che è qui di specifico interesse, dei nuovi).

---

<sup>18</sup> Qualifica, quest'ultima, che qui intendo ancora una volta in senso materiale, riferita perciò anche alle Corti non nazionali chiamate a far valere i diritti fondamentali, tra le quali uno speciale rilievo è da assegnare alla Corte di Strasburgo ed a quella di Lussemburgo.

<sup>19</sup> Preferisco adoperare un lemma cui assegno carattere omnicomprensivo, al posto di quello usuale di "applicazione", a motivo del fatto che in realtà molte volte i giudici sono chiamati, ancora prima di far luogo a quest'ultima (nella sua ristretta e propria accezione), ad *attuare* disposti normativi dotati di struttura nomologica a maglie larghe (o larghissime), perlopiù espressivi di principi o clausole generali, come tali bisognosi appunto di essere dapprima specificati concettualmente e positivamente, a mezzo della produzione di *regole*, e quindi messi in atto nel corso delle singole vicende processuali. Chiaramente, la distinzione tra l'uno e l'altro momento non si apprezza nella pratica ma va pur sempre tenuta teoricamente ferma.

<sup>20</sup> ... tra le quali le già richiamate norme di diritto internazionale di cui all'art. 10, I c., Cost.

<sup>21</sup> Del linguaggio costituzionale si è tornati a discutere – come si sa – in occasione del convegno AIC di Messina e Taormina del 27-29 ottobre 2022 su *Lingua linguaggi diritti* [v., ora, i contributi che sono in [Rivista AIC](#), 1/2023]; nella dottrina anteriore, tra gli altri, G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, 229 ss., e AA.VV., *La lingua dei giuristi*, a cura di P. Caretti e R. Romboli, Pisa University Press, Pisa 2016.

<sup>22</sup> A questa indicazione la Consulta ha, peraltro, fatto più volte richiamo: ad es., di recente, in [Corte cost. sentt. nn. 84 del 2021](#), [54](#), [145](#) e [198 del 2022](#).

La positivizzazione dei nuovi diritti – si abbia, come qui consigliato, con fonte di rango costituzionale ovvero con legge comune – o, in sua vece, il riconoscimento degli stessi *ope juris prudentiae* non può, infatti, che attingere, a mia opinione, a *consuetudini culturali* diffuse nel corpo sociale in ordine ai più avvertiti bisogni, intesi appunto quali diritti il cui godimento si consideri – come si diceva – necessario per un’esistenza “libera e dignitosa”. La positivizzazione, poi, per un verso, rafforza e viepiù radica le consuetudini in parola nel corpo sociale e, per un altro verso, incoraggia ed alimenta il processo incessante di rinnovo delle stesse, con un moto – come si vede – di mutuo condizionamento tra la scrittura costituzionale e i fatti sociali che ad essa fanno riferimento, che poi – se ci si pensa – è il moto stesso della Costituzione conseguente al decorso del tempo<sup>23</sup>.

La Costituzione, negli ordinamenti di tradizioni liberali, è, in sé e per sé, l’espressione più genuina di ciò che è profondamente radicato nel corpo sociale e che della Costituzione stessa è l’essenza, i diritti fondamentali; e gli atti di forma costituzionale sono – come si è veduto – lo strumento elettivo per fare da cassa di risonanza dei nuovi. Gli interpreti dell’una e degli altri, a loro volta, al momento in cui sono chiamati a convertire il diritto vigente in vivente in ragione delle peculiari esigenze dei casi, non di rado non ricevono un sussidio adeguato dagli enunciati, a motivo del carattere cauto e persino reticente del linguaggio della Carta e degli atti materialmente costituzionali in genere, aperto ad esiti ricostruttivi plurimi, persino assai distanti tra di loro. Ed è, dunque, proprio dalle consuetudini culturali in parola che le letture di tutti tali documenti normativi ricevono luce ed orientamento.

Dove porta quest’esito metodico-teorico?

Ebbene, da esso si ha – a me pare – conferma che garanti dei diritti, in ispecie dei nuovi, sono (e devono essere), ancora prima (e di più) dei giudici, tutti i componenti il gruppo sociale, ciascuno per la propria parte così come il gruppo stesso nella sua interezza, col fatto stesso di farli valere, se del caso anche mediante pratiche di resistenza collettiva opposta agli attacchi ad essi portati, da qualunque parte ed in qualunque forma si abbiano.

Giusta infatti la premessa secondo cui i diritti fondamentali – come si è rammentato – sono bisogni elementari dell’uomo del cui appagamento non può comunque farsi a meno, degli stessi ciascun individuo è chiamato a farsi interprete e, appunto, garante; e la più attendibile testimonianza si ha per il tramite delle consuetudini suddette.

*Rivendicare i diritti fondamentali prima e farli valere poi è la più genuina e qualificante testimonianza di fedeltà alla Repubblica ed alla Costituzione.* Non farlo – come si è rilevato in altri luoghi – porterebbe fatalmente all’esito dell’impianto di pratiche imitative degeneri che, alla lunga, determinerebbero lo sfilacciamento del tessuto sociale, lo smarrimento della essenza stessa del costituzionalismo e, con esso, della identità, assiologicamente connotata, dell’ordinamento, disarmato ed incapace di farsi valere sì da potersi trasmettersi integro nel tempo. È per ciò che, a conti fatti, garanti dei diritti siamo (e *dobbiamo* essere) tutti noi che, dando adempimento al dovere in parola e in spirito di autentica, mutua solidarietà, offriamo un servizio – per quanto possibile, ottimale alle condizioni oggettive del contesto – alla Costituzione, alla comunità e, a conti fatti, a noi stessi.

---

<sup>23</sup> Del moto della Costituzione ha – come si sa – trattato M. LUCIANI, nel suo *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1/2013, 1° marzo 2013. Di evoluzione preferisce discorrere A. SPADARO, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss. Dei mutamenti costituzionali ha, di recente, trattato A. MANGIA, *Mutamento costituzionale e dogmatica giuridica*, in *Lo Stato*, 19/2022, 61 ss.; infine, volendo, può vedersi anche il mio *Riforme costituzionali: quali e perché?*, cit.

Caterina Di Costanzo

## L'impiego delle nuove tecnologie nel settore della salute: problematiche e prospettive di diritto costituzionale\*

**ABSTRACT:** *In this paper, we will try to identify what are the normative evolutions in the field of digital health and what are the main problems that arise with respect to the system of constitutional guarantees that protect the right to health. The massive use of new technologies, on the one hand, can lead to the implementation of more effective and inclusive care practices, but, on the other hand, they could represent a danger to the protection of fundamental rights. Therefore, the use of new digital health technologies must be regulated on the basis of the constitutional principles, with increasing intensity in the case of the involvement of the most fragile people (e.g. elderly, chronic, minors).*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Problematiche ed evoluzioni normative in atto in materia di salute digitale. – 2.1 La *governance* dei dati sanitari: il contesto eurounitario. – 2.2. *Segue*. Alcune esperienze nazionali. – 3. Le recenti innovazioni nel settore della salute digitale nella prospettiva costituzionalistica. – 4. Osservazioni conclusive.

### 1. Introduzione

Come evidenziato dalla letteratura specialistica<sup>1</sup>, la pandemia di Covid-19 ha determinato un'intensificazione nell'uso delle nuove tecnologie digitali nel settore della tutela della salute.

La necessità di dare continuità sia alle cure, sia alle sperimentazioni durante la fase pandemica ha richiesto un aggiustamento delle modalità organizzative e un ricorso importante alle tecnologie che, in vario modo, ha contribuito ad evitare la sospensione totale delle attività più urgenti e necessarie, sollevando tuttavia problematiche inedite relativamente alla protezione dei diritti fondamentali<sup>2</sup>.

In materia, indubbiamente, esiste, però, un preliminare problema definitorio e occorre chiederci quale sia l'impatto delle nuove tecnologie nel settore della salute e cosa s'intenda esattamente per salute digitale<sup>3</sup>.

La prima definizione cui intendiamo rivolgere la nostra attenzione è quella della *World Health Organization* (WHO) del 2018<sup>4</sup>, mentre una seconda rilevante è stata elaborata dalla *Food and Drug Administration* (FDA) americana<sup>5</sup>.



<sup>1</sup> Senza pretese di completezza, si rinvia al volume monografico di [federalismi.it](https://www.federalismi.it) n. 5 del 2021 dedicato a *La digitalizzazione dei servizi sanitari, il diritto alla salute e la tutela dei dati sanitari*, a cura di R. Miccù, M. Ferrara, C. Ingenito; nonché al numero speciale della *Rivista Biolaw*, 2020, 1S, in particolare, alla sezione 8: “La dimensione delle new technologies”.

<sup>2</sup> Cfr. D. MORANA, T. BALDUZZI, F. MORGANTI, *La salute “intelligente”: eHealth, consenso informato e principio di non-discriminazione*, in [federalismi.it](https://www.federalismi.it), 28 dicembre 2022; L. BUSATTA, *L'integrità della ricerca nel tessuto costituzionale: prime notazioni a partire dal contesto pandemico*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 4, 389 ss.; sull'impatto della emergenza sanitaria sulla protezione dei diritti, I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, 2021, n. 1, 13 ss.; P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, n. 3.

<sup>3</sup> In proposito, v. E. SORRENTINO, A.F. SPAGNUOLO, *La sanità digitale in emergenza Covid-19. Uno sguardo al fascicolo sanitario elettronico*, in [federalismi.it](https://www.federalismi.it), 4 novembre 2020; R. MICCÙ, *Questioni attuali intorno alla digitalizzazione dei servizi sanitari nella prospettiva multilivello*, in [federalismi.it](https://www.federalismi.it), 12 febbraio 2021.

<sup>4</sup> Cfr. WORLD HEALTH ORGANIZATION, [mHealth. Use of appropriate digital technologies for public health](https://www.who.int/publications/m/item/mhealth-use-of-appropriate-digital-technologies-for-public-health), Report by the Director-General, 26 March 2018, dove si legge che: “The term ‘digital health’ is often used as a broad umbrella term encompassing eHealth as well as developing areas such as the use of advanced computing sciences (in the fields of “big data”, genomics and artificial intelligence, for example)”.

<sup>5</sup> Cfr. FOOD AND DRUG ADMINISTRATION, [What is Digital Health](https://www.fda.gov/oc/what-is-digital-health), 22 settembre 2020, per cui: “The broad scope of digital health includes categories such as mobile health (mHealth), health information technology (IT), wearable devices, telehealth and telemedicine, and personalized medicine”.

Da entrambe le definizioni emerge come la “salute digitale” costituisca un’espressione ampia, un cd. “*umbrella term*”, che include l’accesso a servizi digitali di tutela della salute attraverso l’impiego dell’ICT, della telemedicina, dell’intelligenza artificiale, della *mobile health*, e mediante il ricorso alle discipline informatiche avanzate che implicano l’uso dei *big data* e delle scienze genomiche nel settore della salute.

Nel nostro ordinamento l’impiego dell’espressione è abbastanza recente. Troviamo un riferimento alla “sanità digitale” nel d.l. n. 179 del 2012, conv., con modif., nella l. n. 221 del 2012, il cui art. 12 introduce il fascicolo sanitario elettronico (FSE)<sup>6</sup> quale “insieme dei dati e documenti digitali di tipo sanitario e sociosanitario generati da eventi clinici presenti e trascorsi, riguardanti l’assistito”<sup>7</sup>, e nell’art. 21 del d.l. n. 4 del 2022, conv., con modif., nella l. n. 25 del 2022<sup>8</sup>, rubricato, appunto, “governo della sanità digitale” (su cui, *amplius, infra*).

All’interno del Piano nazionale di ripresa e resilienza – missione 6 – si ragiona, inoltre, di “sanità connessa”, “digitalizzazione del servizio sanitario nazionale” e “sanità elettronica”<sup>9</sup>, mentre nel cd. Decreto Rilancio – art. 1, comma 8, - si fa riferimento alla necessità di coordinamento fra tutti i servizi, in generale, e con il sistema di emergenza-urgenza, in particolare, “anche mediante strumenti informativi e di telemedicina”<sup>10</sup>.

Al livello eurounitario, abbiamo una risalente oscillazione fra il ricorso all’espressione salute digitale e quella di salute elettronica che ha caratterizzato lo sviluppo del settore<sup>11</sup> sino alla Comunicazione della Commissione del 25 aprile 2018 che stabilisce i pilastri fondamentali dello sviluppo della salute digitale in Europa<sup>12</sup>.

---

<sup>6</sup> Sugli aspetti definitori e di inquadramento giuridico del fascicolo sanitario elettronico occorre ricordare le Linee guida dell’Autorità Garante per la protezione dei dati personali in tema di Fascicolo sanitario elettronico (Fse) e di dossier sanitario, 16 luglio 2009; le Linee guida nazionali a cura del Ministero della salute sul fascicolo sanitario elettronico del 10 febbraio 2011. Cfr. E. CATELANI, *Nuove tecnologie e tutela del diritto alla salute: potenzialità e limiti dell’uso della blockchain*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 2 febbraio 2022, 214 ss.; N. POSTERARO, *La digitalizzazione della sanità in Italia: uno sguardo al Fascicolo Sanitario Elettronico (anche alla luce del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza)*, nell’*Osservatorio di diritto sanitario*, 17 novembre 2021 di [federalismi.it](http://federalismi.it).

<sup>7</sup> L’art. 11, “Misure urgenti in materia di FSE”, del d.l. n. 34/2020, ha modificato l’art. 12 del d.l. n. 179 del 2012, ampliando le tipologie di dati sanitari che devono confluire nel FSE cui pertengono tutti i documenti digitali sanitari e sociosanitari, ivi comprese le prestazioni erogate al di fuori del SSN, includendo fra i documenti quelli prodotti dai soggetti abilitati ad alimentare il FSE, ossia oltre che dall’assistito, anche dagli esercenti le professioni sanitarie che prendono in cura l’assistito stesso sia nell’ambito del Servizio Sanitario Nazionale (SSN), dei servizi socio-sanitari regionali e i soggetti privati.

<sup>8</sup> Anche tale disposizione introduce alcune modifiche all’art. 12 del d.l. n. 179 del 2012.

<sup>9</sup> Si veda il Piano di ripresa e resilienza trasmesso il 30 aprile 2021 alla Commissione europea e la Decisione di esecuzione del Consiglio relativa all’approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell’Italia, Bruxelles, 13 luglio 2021, 225 ss.

<sup>10</sup> Cfr. d.l. 19 maggio 2020, n. 34, Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19, conv., con modif., nella l. 17 luglio 2020, n. 77.

<sup>11</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Sanità elettronica – migliorare l’assistenza sanitaria dei cittadini europei: piano d’azione per uno spazio europeo della sanità elettronica*, 30 aprile 2004; EUROPEAN COMMISSION, *E-Health: connecting health systems in Europe*, Direzione Generale Salute, 8 giugno 2016; WHO (EUROPE), *Future of digital health system*, 2019; ID., *E-Health in the WHO European Region*, 2016.

<sup>12</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni relativa alla trasformazione digitale della sanità e dell’assistenza nel mercato unico digitale, alla responsabilizzazione dei cittadini e alla creazione di una società più sana, COM (2018) 233 def. I tre pilastri della sanità digitale concernono l’accesso ai dati e la condivisione sicura finalizzati a consentire un più ampio accesso transfrontaliero ai dati; il collegamento e la condivisione dei dati sanitari per la ricerca, per una diagnostica più rapida e per una migliore sanità; la realizzazione di maggiore autonomia per i cittadini e il potenziamento dell’assistenza individuale attraverso i servizi digitali. Rispetto al primo pilastro la Commissione sta mettendo in piedi un’infrastruttura di servizi digitali per l’eHealth che consentirà al personale sanitario di inviare e ricevere ricette elettroniche e profili sanitari sintetici. I primi scambi transfrontalieri sono iniziati nel 2019, con l’obiettivo di coinvolgere tutti i paesi dell’UE entro il 2025. Sul più lungo periodo la Commissione punta a creare un formato europeo di scambio dei fascicoli sanitari elettronici accessibile a tutti i cittadini dell’UE. Il secondo pilastro della comunicazione del 2018 intende sfruttare l’enorme potenziale dei dati sanitari per sostenere la ricerca in ambito medico e migliorare così la prevenzione, la

Il sempre più ampio ricorso alle tecnologie nel settore della salute richiede un ripensamento delle tradizionali categorie di tutela costituzionale del diritto<sup>13</sup> ed il riconoscimento di corrispondenti rischi derivanti, sovente, da una mancanza di consapevolezza di come le tecnologie in questione impattino sulla duplice dimensione del diritto alla salute come diritto di libertà e come diritto sociale<sup>14</sup>, così come previsto dall'art. 32 della Costituzione<sup>15</sup>.

In questo contributo, cercheremo, pertanto, di individuare quali sono le evoluzioni in atto nel campo della salute digitale e quali sono le principali problematiche che si pongono rispetto al sistema delle garanzie costituzionali che presidiano la tutela del diritto alla salute e, sul versante sociale, alle cure. Si pensi, esemplarmente, alle criticità connesse al massivo ricorso alle nuove tecnologie nel settore della salute, fra cui il rischio che i dispositivi tecnologici possano rappresentare un pericolo per la protezione dei diritti fondamentali della persona in un delicato frangente qual è certamente quello della tutela della sua salute intesa in senso ampio, come promozione del benessere psico-fisico e sociale della persona<sup>16</sup>; o, ancora, il rischio che il loro impiego non sia finalizzato semplicemente a supportare la relazione di cura ma che si imponga a tal punto da sostituire tale relazione, de-personalizzandola, o che esso possa incidere sulla qualità della relazione di cura incrinando l'autodeterminazione della persona e l'accesso equo alle cure<sup>17</sup>.

## *2. Problematiche ed evoluzioni normative in atto in materia di salute digitale*

Sembra opportuno riconoscere, innanzitutto, che esiste una lacuna normativa in materia sia nell'ambito dell'Unione europea, sia, almeno parzialmente, a livello nazionale. La complessità del settore della salute digitale, che si colloca all'intersezione fra la disciplina dei servizi sanitari e la disciplina dei servizi della società dell'informazione, ha reso, del resto, l'intervento del legislatore molto complicato nella ricerca di un equilibrio possibile fra esigenze e finalità differenti e ha rallentato l'adozione di atti normativi omogenei e comprensivi di tutti gli aspetti rilevanti<sup>18</sup>.

---

diagnosi, le terapie, i farmaci e i dispositivi medici. Rispetto al terzo pilastro i servizi digitali possono rendere più autonomi i cittadini, aiutandoli ad assumere un ruolo più attivo nella gestione della loro salute, per esempio per quanto riguarda il rispetto delle linee guida in materia di prevenzione e la motivazione a condurre stili di vita più sani, la gestione di patologie croniche e l'invio di riscontri al personale sanitario.

<sup>13</sup> Cfr. D. MORANA, T. BALDUZZI, F. MORGANTI, *La salute "intelligente": eHealth, consenso informato e principio di non-discriminazione*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 28 dicembre 2022.

<sup>14</sup> Sull'impatto delle pratiche di salute digitale sulle diverse dimensioni della salute, v. A. MARTANI, *Le incertezze del diritto nel contesto della sanità moderna: sfide presenti e future*, in C. Piciocchi, M. Fasan e C.M. Reale (a cura di), *Le (in)certezze del diritto*, Napoli, 2021, 197 ss.

<sup>15</sup> Cfr. D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, IV ed., Torino, 2022, 41 ss.; sia consentito rinviare su questo a C. DI COSTANZO, A. CERRUTI, *Allocazione delle risorse e tutela costituzionale del diritto alla salute. I sistemi in Europea e il caso italiano*, Bologna, 2020, 190 ss.

<sup>16</sup> Sulla nozione estesa di salute, quale benessere psico-fisico e sociale della persona, si rinvia alla giurisprudenza della Corte costituzionale in materia, cfr. [sentenza n. 167 del 1999](#) e [sentenza n. 215 del 1987](#), in riferimento alla funzione della socializzazione, rispetto al recupero e al mantenimento del benessere psico-fisico e sociale, dei portatori di handicap, fisico e psichico, attuata attraverso la frequenza scolastica e l'inserimento lavorativo commisurato alle capacità lavorative del singolo. Cfr. C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il "nuovo" diritto alla socializzazione*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), 6 maggio 2020. Occorre, inoltre, ricordare come la riserva rinforzata prevista dall'art. 32, comma 2, Cost., che impone il rispetto della persona umana nella tutela della salute, richiami concretamente la necessità di finalizzare ogni atto e procedura (anche digitale) alla tutela della dignità della persona, ancor più se fragile, in ogni aspetto della sua partecipazione alle pratiche cliniche e sanitarie

<sup>17</sup> Sui principi costituzionali relativi alla "personalizzazione" della relazione di cura, cfr. [Corte costituzionale sentt. n. 282 del 2002](#), [n. 338 del 2003](#), [n. 151 del 2009](#), [n. 169 del 2017](#). Sulla tutela dei principi di "personalizzazione" della relazione di cura e concernenti l'autonomia professionale e personale nel contesto dell'impiego delle tecnologie, sia consentito rinviare a C. DI COSTANZO, *Access to intensive care and artificial intelligence. A constitutional perspective*, in [Italian Journal of public law](http://Italian Journal of public law), 2021, n. 2.

<sup>18</sup> Recentemente la Proposta di regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari ha stabilito alcune norme in materia di circolazione dei dati sanitari elettronici per uso primario e secondario e in materia di immissione sul mercato



In particolare, è stata la pandemia da Covid-19 ad evidenziare, sin dalle prime fasi, problematiche e criticità di tipo tecnico-operativo con riferimento alla frammentazione, e conseguente disomogeneità, dell'azione apportata dalle infrastrutture impegnate ai vari livelli di governo<sup>19</sup>, dal momento che il settore della salute digitale interseca diversi ambiti materiali, alcuni di competenza esclusiva statale e altri di competenza concorrente<sup>20</sup>.

Rispetto alle competenze esclusive dello Stato, occorre menzionare i profili attinenti alla “sicurezza dello Stato”, che possono emergere, ad esempio, in relazione alla dimensione della garanzia della resilienza delle infrastrutture digitali critiche e strategiche per lo Stato, quali quelle sanitarie, e alla “profilassi internazionale” in quanto i sistemi di salute digitale vanno verso una sempre maggiore connessione sul piano europeo e globale<sup>21</sup>.

All'interno delle competenze concorrenti in materia di “tutela della salute”, le funzioni regionali rimangono rilevanti rispetto all'attuazione organizzativa di quanto previsto a livello nazionale, mentre, in materia di salute digitale, le diversità di implementazione fra le regioni si sono rivelate di ampio raggio. Si pensi alla frammentazione delle esperienze di salute digitale durante la pandemia a livello regionale e locale e alla rilevante disomogeneità regionale nella produzione e nell'attuazione normativa in materia con un'importante difformità nella offerta dei servizi nei vari territori<sup>22</sup>.

Si aggiunga che essenziali funzioni sono state svolte sinora da una pluralità di organismi che hanno elaborato regole tecniche e linee guida spesso in maniera non coordinata<sup>23</sup>. Ci si riferisce, ad es., alla parziale interoperabilità fra i vari ambiti di applicazione, rispetto alla quale è stato svolto un importantissimo lavoro a livello europeo sui certificati verdi digitali al fine di garantire la libera circolazione delle persone e, a livello interno, pensiamo ai fascicoli sanitari elettronici, al loro funzionamento su base regionale e alla necessità di potenziare l'interoperabilità in termini di

---

comune dei sistemi di cartelle cliniche e di applicazioni per il benessere e ha introdotto una prima disciplina sulla telemedicina transfrontaliera che si basa sul principio di equivalente riconoscimento. Cfr. la Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sullo spazio europeo dei dati sanitari, Strasburgo, 3.5.2022, COM(2022) 197 final., part. l'art. 8, rubricato “Telemedicina nel contesto dell'assistenza sanitaria transfrontaliera”, per cui “Qualora accetti la prestazione di servizi di telemedicina, uno Stato membro accetta, alle stesse condizioni, l'erogazione di servizi dello stesso tipo da parte di prestatori di assistenza sanitaria situati in altri Stati membri”.

<sup>19</sup> Sul tema dell'emersione delle difficoltà nel coordinamento fra livello centrale e regionale durante le fasi emergenziali, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in [Rivista AIC](#), 2, 2020, 109; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in [Rivista AIC](#), 2, 2020, 531; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in [Rivista AIC](#), 2, 2020.

<sup>20</sup> Il riferimento di base è all'art. 117, comma 2, lett. d) e lett. q), e 3, della Costituzione.

<sup>21</sup> In questo contesto occorre ricordare il lavoro del network europeo in materia di salute elettronica, istituito con la direttiva n. 24 del 2011 (cfr. art. 14 della Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2011 concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera), che si occupa di cooperazione fra le autorità nazionali responsabili dei servizi sanitari digitali e che recentemente, fra le altre cose, si è occupato di stabilire le regole tecniche per l'interoperabilità dei certificati verdi digitali finalizzata a garantire la libera circolazione delle persone in Europa e della interoperabilità delle app per il *contact tracing*. Sul *contact tracing*, cfr. C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *App di contact tracing e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, in [Dirittifondamentali.it](#), 10 giugno 2020; M. PLUTINO, “*Immuni*”. *Un'exposure notification app alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici*, in [Dirittifondamentali.it](#), 26 maggio 2020. Sull'interoperabilità dei sistemi e sulla rete di assistenza sanitaria, cfr. M. FERRARA, *Dalla mobilità dei pazienti alla interoperabilità dei sistemi sanitari. Spunti sull'adozione di un formato europeo di scambio delle cartelle sanitarie elettroniche (Raccomandazione UE 2019/243)*, in [federalismi.it](#), 12 febbraio 2021; C. INGENITO, *La rete di assistenza sanitaria online: la cartella clinica elettronica*, in [federalismi.it](#), 12 febbraio 2021.

<sup>22</sup> Su questo sia consentito rinviare a C. DI COSTANZO, *Emergenza pandemica e accelerazione dei processi di “telematizzazione della tutela della salute”. Il caso della telemedicina*, in *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, a cura di A. Pajno e L. Violante, Bologna, Il Mulino, 2021, 135 ss.

<sup>23</sup> Si pensi, a titolo di esempio, al ruolo svolto da organismi di internazionali di standardizzazione, quali l'Organizzazione internazionale per la normazione con le ISO 9000-9001, al ruolo svolto a livello nazionale dall'Agenzia per l'Italia digitale in riferimento alla elaborazione di linee guida e standard tecnici, al ruolo svolto dal Ministero dell'economia per il sistema tessera sanitaria, al ruolo della Sogei (Società Generale d'Informatica SPA) per la collaborazione alla creazione di piattaforme nazionali in materia di certificazione verde e di *contact tracing* al fine di prevenire la diffusione del contagio da Covid-19.

avanzamento rispetto all'infrastruttura nazionale per l'interoperabilità promossa a partire dal 2017 dal Ministero dell'economia di concerto con il Ministero della salute<sup>24</sup>.

In questo senso, riteniamo che una disciplina adeguata e costituzionalmente orientata debba tenere in considerazione i principi costituzionali ed etici che si sono affermati nell'ambito dell'impiego delle tecnologie nel settore della salute, ossia il rispetto del diritto a una informazione preventiva, completa e comprensiva dei benefici e dei rischi che derivano dall'impiego delle tecnologie digitali, la garanzia della protezione dei dati personali, la tutela del diritto a una relazione di cura che sia effettiva e di qualità e non de-personalizzata a causa dell'impiego delle tecnologie digitali, e il diritto, ove possibile, a rifiutare una tecnologia che non sia usabile, accessibile e comprensibile<sup>25</sup>.

In particolare, le cd. "datizzazione" e "decorporeizzazione"<sup>26</sup>, come fattori sviluppati a partire dall'impiego di sempre più sofisticate tecnologie, nell'ambito della salute digitale richiedono una riconsiderazione dell'impostazione giuridica classica sviluppata tradizionalmente nel settore della salute. La trasformazione delle pratiche sanitarie e la centralità che assumono i dati in riferimento alla cura, intesa come prevenzione, diagnosi, monitoraggio e recupero delle capacità funzionali, solleva una serie di nuove questioni etico-giuridiche, in senso ampio, e costituzionali, in senso specifico, che richiedono un ripensamento delle tradizionali categorie esistenti in materia. La *governance* dei dati, in particolare, assume in materia una rilevanza propria che rilancia una serie di questioni interessanti la tutela dei diritti costituzionali fondamentali.

È indubitabile che le categorie della responsabilità e responsività sanitaria, della (cyber)sicurezza sanitaria, della tutela dei diritti alla *privacy*, all'autonomia personale e professionale, al consenso informato<sup>27</sup>, sono attualmente soggette a importanti modificazioni e trasformazioni in atto in quanto operanti nel settore della salute digitale.

Si tratta di categorie giuridiche che dovranno essere sottoposte a un generale ripensamento al fine di garantire tutele efficaci e effettive in un settore che si sta mostrando in rapida espansione.

Le pratiche di salute digitale, infatti, possono essere messe in atto attraverso i dati e sulla base dei dati che sono immessi nei sistemi operativi e che vanno ad alimentare tutti quei processi tecnologici che consentono l'erogazione dei servizi digitali.

In questo ambito, pertanto, da un lato, può essere evidenziato il pericolo di una de-personalizzazione della relazione di cura in quanto la relazione di cura può essere soggetta al rischio di essere "appiattita" sulla gestione dei flussi di dati fra paziente e erogatori di servizi e il pericolo che i pazienti siano "ridotti" a un complesso di dati da interpretare e connettere al fine di implementare pratiche di prevenzione, cura e riabilitazione o, nel caso, di sperimentazione e ricerca. In questo senso, emerge anche il pericolo che il valore dei dati raccolti sia rappresentato dal loro

---

<sup>24</sup> In materia si veda il Decreto del 4 agosto 2017 del Ministero dell'economia e delle finanze "Modalità tecniche e servizi telematici resi disponibili dall'infrastruttura nazionale per l'interoperabilità del Fascicolo sanitario elettronico (FSE) di cui all'art. 12, comma 15-ter del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221". Ancora, si può dire che permane la necessità di implementazione di standard di sicurezza e meccanismi di certificazione attraverso organismi che si occupino di tutti gli aspetti collegati alla sicurezza, qualità e certificazione delle tecnologie. Infine, persiste la necessità di sviluppare un discorso sulle pratiche di salute digitale che includa e non ritenga superflua una riflessione generale e preventiva sulla protezione dei diritti fondamentali, non esclusivamente sul diritto alla protezione dei dati personali, in questo specifico settore

<sup>25</sup> Sulla dimensione della "comprensibilità" dei procedimenti digitali si veda C. COLAPIETRO, *Circolazione dei dati, automatizzazione e regolazione*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2021, n.2, 836 ss. Su alcuni principi costituzionali che si sono affermati nell'ambito dell'impiego delle tecnologie in sanità, sia consentito rinviare a C. DI COSTANZO, *Access to intensive care and artificial intelligence. A constitutional perspective*, in [Italian Journal of public law](#), 2021, n. 2. Si vedano anche i documenti del [Gruppo europeo di etica delle scienze e delle nuove tecnologie](#) e del [Comitato per lo Spazio europeo della ricerca e dell'innovazione](#).

<sup>26</sup> In special modo sulla cd. "datizzazione", cfr. F. CASI, *Una nuova frontiera: la datizzazione*, in [Consulta di bioetica onlus](#), 28 gennaio 2019.

<sup>27</sup> Sulle principali problematiche che solleva il ricorso al consenso informato digitale sia consentito rinviare a C. DI COSTANZO, *Consenso informato e impiego delle tecnologie. Implicazioni per il diritto pubblico e (auspicabile) ibridazione delle pratiche*, in [MediaLaws](#), 2022, n. 2.

possibile utilizzo per fini ulteriori rispetto a quelli primari (scopo di diagnosi e cura) e secondari (ricerca scientifica e organizzazione) e, eventualmente, attinenti a possibili usi economicistici e di mercato (collegati alla profilazione di stili di vita e abitudini di consumo di determinate popolazioni, etc.).

Se, dunque, coordinamento ed interoperabilità rappresentano esigenze inevitabili del settore dal punto di vista tecnico ed operativo, per altro, non meno importante aspetto, la qualità e la correttezza dei dati e delle relative codifiche devono essere considerate quali fattori fondamentali alla base di processi digitali di salute attendibili e intellegibili che si fondano sul governo del flusso delle informazioni e dei dati sanitari elettronici e che rappresentato tuttora uno degli elementi chiave del processo di sviluppo della digitalizzazione del settore salute<sup>28</sup>.

Il ricorso alle nuove tecnologie, pertanto, può indurre un'implementazione di pratiche di cura più efficaci e inclusive, ma deve essere disciplinato sulla base dei principi costituzionali che presidiano la tutela delle persone, con una intensità crescente nel caso di coinvolgimento delle persone più fragili (ad es. anziani, cronici, donne, minori).

In quest'ottica, il principio costituzionale cardine della dignità richiede che siano correttamente bilanciati gli interessi individuali e collettivi nel contesto del governo del flusso di dati che, peraltro, dovrebbe essere improntato al rispetto di criteri chiari e certi di funzionalizzazione della gestione dei dati raccolti alla tutela della persona, al riconoscimento di una certa "gerarchia" fra uso primario e uso secondario dei dati in funzione della tutela della persona e, se non ne ricorrano esigenze e condizioni legali, all'interdizione di riutilizzo ulteriore (ad es. un riutilizzo finalizzato a scopi economicistici o di mercato) dei dati raccolti<sup>29</sup>.

### 2.1. *La governance dei dati sanitari: il contesto europolitano*

Come anticipato, il ricorso alle tecnologie digitali ha indotto un duplice fenomeno di "datizzazione" e "decorporeizzazione" delle pratiche di cura. Si tratta di fenomeni connessi e parzialmente sovrapponibili che sono stati determinati dall'enfasi accordata nella prassi alla centralità della gestione dei dati e delle informazioni nell'ambito della salute digitale e che sono collegati fortemente alle pratiche digitali di prevenzione, cura, riabilitazione, ricerca, sperimentazione, organizzazione del settore.

In materia di gestione dei dati e delle informazioni, i documenti normativi esistenti distinguono fra uso dei dati di tipo primario (scopo di diagnosi e cura) e uso di tipo secondario (ricerca scientifica e organizzazione)<sup>30</sup>.

L'infrastruttura normativa principale è costituita dal Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali (Regolamento generale sulla protezione dei dati del Parlamento europeo e del Consiglio, in sigla RGPD)<sup>31</sup>. Inoltre, in materia occorre menzionare la recente Proposta di

---

<sup>28</sup> Cfr. C. COLAPIETRO, *Circolazione dei dati, automatizzazione e regolazione*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2021, n.2, 839 ss.

<sup>29</sup> Riguardo al rapporto tra le funzioni primarie (ad es. raccolta nel fascicolo elettronico a fini di cura) e secondarie (ad es. ricerca) dei dati sanitari, occorre evidenziare la possibile criticità che può emergere in relazione al diritto alla cura quando gli interessi per gli usi secondari prevalgano (eccessivamente) su quelli primari. Questa problematica è stata discussa, per esempio, in Danimarca, dove è stata posta una grande enfasi sui limiti da porre per il "free text" nel fascicolo sanitario elettronico, dato che quest'ultimo è difficile da analizzare quando il fascicolo elettronico viene riutilizzato per fini di ricerca, anche se il "free-text" risulta molto utile per i fini di cura. Si veda K. HOEYER, *Denmark at a crossroad? Intensified data sourcing in a research radical country*, in *The ethics of biomedical big data*, 2016, 77 e 88.

<sup>30</sup> Il riferimento qui riguarda soprattutto il Regolamento europeo sulla protezione dei dati e la Proposta di regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari elettronici.

<sup>31</sup> Cfr. Regolamento generale sulla protezione dei dati del Parlamento europeo e del Consiglio, in sigla RGPD, (o GDPR in inglese *General Data Protection Regulation*), ufficialmente Regolamento (UE) n. 2016/679. Sul tema in riferimento all'ambito sanitario, cfr. C. COLAPIETRO, F. LAVIOLA, *I trattamenti di dati personali in ambito sanitario*, in [Dirittifondamentali.it](#), 12 luglio 2019.

regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari elettronici<sup>32</sup>. Il Regolamento sulla protezione dei dati stabilisce che l'impiego delle nuove tecnologie può comportare un elevato rischio per i diritti degli utenti per cui prima di procedere ad un trattamento quantitativamente rilevante dei dati il titolare del trattamento deve effettuare una valutazione di impatto sulla protezione dei dati (art. 35 del Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali). La Proposta di regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari elettronici, resa nota in data 3 maggio 2022, è finalizzata a garantire l'armonizzazione delle norme dell'UE all'uso di dati sanitari elettronici per finalità specifiche - in contrapposizione alle azioni esclusivamente volontarie di coordinamento esistenti – cfr. art. 14 della Direttiva n. 24 del 2011 concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera<sup>33</sup> -, per garantire interoperabilità giuridica, semantica e tecnica<sup>34</sup>.

Si tratta della prima proposta che segue la Strategia europea per i dati del 19 febbraio 2020<sup>35</sup> che prevede la creazione di spazi comuni di dati distinti per dominio e l'approvazione, anch'essa recente, del Regolamento sulla governance dei dati (Regolamento n. 2022/868 del 16 maggio 2022)<sup>36</sup>.

Questa proposta sullo spazio europeo dei dati sanitari elettronici è stata preceduta, infatti, da due importanti e menzionate Comunicazioni della Commissione che sono la Comunicazione della Commissione relativa alla trasformazione digitale della sanità del 25 aprile 2018 e la Comunicazione della Commissione sulla strategia europea per i dati del 19 febbraio 2020<sup>37</sup>.

Sebbene alla base del RGPD vi fosse l'esigenza di creare condizioni di parità e omogeneità anche rispetto all'utilizzo dei dati sanitari personali, all'interno degli Stati membri e tra di essi permangono frammentazioni<sup>38</sup>. I modelli di *governance* per l'accesso ai dati rimangono, infatti,

---

<sup>32</sup> Cfr. Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sullo spazio europeo dei dati sanitari, Strasburgo, 3 maggio 2022, COM(2022), 197 def.

<sup>33</sup> L'articolo 14 della Direttiva n. 24 del 2011, rubricato "Assistenza sanitaria online", stabilisce che "1. L'Unione sostiene e facilita la cooperazione e lo scambio di informazioni tra gli Stati membri operanti nell'ambito di una rete volontaria che collega le autorità nazionali responsabili dell'assistenza sanitaria online designate dagli Stati membri. 2. Gli obiettivi della rete di assistenza sanitaria on line consistono nel: a) sfruttare i vantaggi socioeconomici sostenibili dei sistemi e dei servizi europei di assistenza sanitaria on line e delle applicazioni interoperabili, al fine di conseguire un elevato livello di fiducia e sicurezza, rafforzare la continuità delle cure e garantire l'accesso ad un'assistenza sanitaria sicura e di elevata qualità; b) elaborare orientamenti riguardanti: i) un elenco non esaustivo di dati che devono essere inseriti nei fascicoli dei pazienti e che possano essere scambiati tra professionisti sanitari per garantire la continuità delle cure e la sicurezza del paziente a livello transfrontaliero; e ii) metodi efficaci per consentire l'uso di informazioni mediche per la sanità pubblica e la ricerca; c) sostenere gli Stati membri affinché definiscano misure comuni di identificazione e autenticazione per agevolare la trasferibilità dei dati nell'assistenza sanitaria transfrontaliera [...]".

<sup>34</sup> Sul tema dell'interoperabilità, cfr. il *Quadro europeo sull'interoperabilità* del 23 marzo 2017.

<sup>35</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Una strategia europea per i dati*, COM (2020), 66 def. La Comunicazione sulla strategia europea dei dati si incentra sull'obiettivo della creazione di uno spazio europeo dei dati sanitari ove la libera circolazione dei dati sanitari consenta lo sviluppo di cure migliori e di una efficace sperimentazione nel rispetto dei principi e valori del Regolamento europeo sulla protezione dei dati.

<sup>36</sup> Cfr. Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla *governance* europea dei dati e che modifica il Regolamento (UE) 2018/1724, *Regolamento sulla governance europea dei dati*, 16 maggio 2022. Il Regolamento sulla *governance* europea dei dati introduce la figura dell'intermediario per la condivisione dei dati e prevede il modulo europeo di consenso basato su un "approccio modulare" che ne consente la personalizzazione in funzione di settori specifici e finalità diverse. Inoltre, prevede la creazione di un modulo europeo comune di consenso all'utilizzo dei dati per scopi altruistici.

<sup>37</sup> Le più recenti comunicazioni della Commissione puntano alla creazione di uno spazio europeo dei dati sanitari. Cfr. Comunicazioni della Commissione europea, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, COM(2020), 67 def.; *Una strategia europea per i dati*, COM(2020), 66 def.; *Libro bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, COM(2020), 65 def.; *Relazione sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità*, COM(2020), 64 def.

<sup>38</sup> Cfr. F. MOLNÁR-GÁBOR, J. SELLNER, S. PAGIL, S. SLOKENBERGA, O. TZORTZATOU-NANOPOULOU, K. NYSTRÖM, *Harmonization after the GDPR? Divergences in the rules for genetic and health data sharing in four member states and ways to overcome them by EU measures: Insights from Germany, Greece, Latvia and Sweden*, in *Seminars in Cancer Biology*, September 2022, Vol. 84, 271-283.

diversificati e il panorama dei servizi sanitari digitali è caratterizzato da frammentazione e disomogeneità a livello europeo.

La frammentazione dei servizi sanitari digitali permane tuttora a livello europeo e la loro digitalizzazione, connessa alla verifica della qualità dei dati e all'accesso ad essi, viene connessa al miglioramento dell'accesso all'assistenza sanitaria, alla sua qualità, all'efficacia in termini di costi della sua erogazione, e alla modernizzazione dei sistemi sanitari<sup>39</sup>.

Al Regolamento europeo in materia di *governance* dei dati, sulla base della generale strategia europea per i dati<sup>40</sup>, è seguita la progettazione di specifici spazi comuni europei distinti per dominio specifico<sup>41</sup>. La strategia europea per i dati stabilisce alcune condizioni essenziali, ossia protezione dei dati, tutela dei diritti fondamentali, garanzia della sicurezza e della cybersicurezza, come prerequisiti essenziali per lo sviluppo di una società che, grazie all'uso dei dati, disponga di maggiori strumenti e risorse tecniche.

Lo spazio europeo dei dati sanitari è il primo spazio comune ad essere stato proposto<sup>42</sup>. D'altra parte, è ormai riconosciuto da tempo il ruolo di traino e di vero e proprio laboratorio di sperimentazione istituzionale che il settore della salute svolge rispetto a tutti gli altri ambiti di protezione dei diritti e degli interessi della collettività e anche in materia di tecnologie e di *governance* dei dati la spinta all'innovazione che la tutela della salute può garantire non trova uguali in altri settori<sup>43</sup>.

L'obiettivo della Proposta di regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari del 3 maggio 2022 è quello di rafforzare la tutela europea della salute attraverso la creazione di un spazio comune in cui sia possibile condividere e scambiare i dati sanitari elettronici a fini di tutela della salute<sup>44</sup> e di sviluppo della ricerca europea nel rispetto delle norme sulla *privacy*<sup>45</sup>

## 2.2 Segue. Alcune esperienze nazionali

Volgendo l'attenzione ad alcune esperienze nazionali, si osserva subito la forte disomogeneità esistente in materia<sup>46</sup>.

La Proposta di regolamento è indubbiamente finalizzata a creare l'omogeneità nella *governance* dei dati sanitari che consenta una interoperabilità e usabilità dei dati per fini primari (cura e terapia)

---

<sup>39</sup> Si veda la Comunicazione della Commissione sulla strategia europea per i dati, 33.

<sup>40</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione sulla strategia europea per i dati, cit.

<sup>41</sup> Cfr. Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sullo spazio europeo dei dati sanitari, Strasburgo, 3 maggio 2022, COM(2022), 197 def.

<sup>42</sup> Sullo spazio europeo dei dati sanitari, sulle sue caratteristiche e implicazioni, cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Study on health data, Digital health and artificial intelligence in healthcare*, July 2021; Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *A European health data space: harnessing the power of health data for people, patients and innovation*, Strasbourg, 3 May 2022, COM(2022) 196 final; European Commission, *Study on an infrastructure and data ecosystem supporting the impact assessment of the European health data Space*, 29 April 2022.

<sup>43</sup> Sulla "sperimentazione del regionalismo sanitario", si veda F. TARONI, *Salute, sanità e regioni in un Servizio sanitario nazionale*, in *L'Italia e le sue regioni*, Treccani, 2015; sulla sperimentazione dei livelli essenziali prima in sanità e poi negli altri settori, si veda R. Balduzzi, G. Carpani (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, in particolare il capitolo I "La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale".

<sup>44</sup> Cfr. Relazione introduttiva alla Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sullo spazio europeo dei dati sanitari, Strasburgo, 3 maggio 2022, COM(2022), 197 def.

<sup>45</sup> Occorre fare un riferimento qui all'*European Health and Digital Agency* (HaDEA) che costituisce la nuova Agenzia esecutiva europea per la salute e il digitale (HaDEA) ed è stata istituita il 16 febbraio 2021. L'Agenzia, operativa dal 1° aprile 2021, con sede a Bruxelles, è incaricata della gestione dei programmi di lavoro annuali di "UE per la salute" (EU4Health).

<sup>46</sup> Su questi aspetti, si veda COMMISSIONE EUROPEA, [DG Health and Food Safety, Assessment of the EU Member States' rules on health data in the light of GDPR](#), 12 febbraio 2021; F. MOLNÁR-GÁBOR, J. SELLNER, S. PAGIL, S. SLOKENBERGA, O. TZORTZATOU-NANOPOULOU, K. NYSTRÖM, *Harmonization after the GDPR? Divergences in the rules for genetic and health data sharing in four member states and ways to overcome them by EU measures: Insights from Germany, Greece, Latvia and Sweden*, in *Seminars in Cancer Biology*, September 2022, Vol. 84, 271-283.

e secondari (ricerca, sperimentazione, miglioramento delle organizzazioni sanitarie) a livello europeo. La Proposta di regolamento copre, inoltre, una serie di ambiti sinora trascurati dalla normativa europea, pensiamo all'accesso ai dati sanitari elettronici, alla loro interoperabilità, alle condizioni legittimanti l'uso secondario dei dati sanitari elettronici e alla *governance* europea di questo spazio europeo dei dati (si pensi alle funzioni svolte dal Comitato europeo dei dati sanitari, dalle autorità di sanità digitale e dai referenti nazionali).

In materia di uso secondario dei dati elettronici, l'art. 33 della Proposta di regolamento stabilisce che anche "i dati sanitari elettronici generati dalla persona, compresi dispositivi medici, applicazioni per il benessere o altre applicazioni di sanità digitale" devono essere messi a disposizione, secondo le norme del regolamento, da parte del titolare dei dati per le finalità di uso secondario dei dati stabilite dalla normativa<sup>47</sup>.

Se guardiamo alle esperienze nazionali possiamo evidenziare quei tratti di disomogeneità che caratterizzano alcuni ambiti specifici della salute digitale.

Nel contesto italiano non vi è ancora una specifica legislazione sul trattamento dei dati sanitari nei servizi digitali e non sono ancora previste norme specifiche sulla *cd. mobile-health* o *digital health*. Le *app* medicali possono essere utilizzate nel *setting* sanitario e vanno ad alimentare il fascicolo sanitario elettronico sulla base delle norme esistenti, anche in materia di telemedicina<sup>48</sup> e di impiego delle *app* mediche e sanitarie<sup>49</sup>. In Italia, rispetto agli altri paesi europei, non è stato stabilito un sistema di *data solidarity* e, su questo aspetto, occorre riflettere sull'importanza

---

<sup>47</sup> Il comma 1 dell'art. 33 della Proposta di regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari, rubricato "Categorie minime di dati elettronici per l'uso secondario", stabilisce che: "I titolari dei dati mettono a disposizione per l'uso secondario, conformemente alle disposizioni del presente capo, le categorie di dati elettronici seguenti: a) cartelle cliniche elettroniche; b) dati con un'incidenza sulla salute, compresi i determinanti comportamentali, sociali e ambientali della salute; c) dati genomici sugli agenti patogeni pertinenti che incidono sulla salute umana; d) dati amministrativi relativi alla salute, compresi i dati relativi alle domande di rimborso e ai rimborsi; e) dati genetici, genomici e proteomici umani; f) dati sanitari elettronici generati dalla persona, compresi dispositivi medici, applicazioni per il benessere o altre applicazioni di sanità digitale; g) dati identificativi relativi ai professionisti sanitari coinvolti nella cura di una persona fisica; h) registri dei dati sanitari a livello di popolazione (registri di sanità pubblica); i) dati sanitari elettronici provenienti da registri medici per malattie specifiche; j) dati sanitari elettronici provenienti da sperimentazioni cliniche; k) dati sanitari elettronici provenienti da dispositivi medici e da registri dei medicinali e dei dispositivi medici; l) coorti di ricerca, questionari e indagini in materia di salute; m) dati sanitari elettronici provenienti da biobanche e banche dati dedicate; n) dati elettronici relativi allo status assicurativo, alla condizione professionale, all'istruzione, allo stile di vita, al benessere e ai comportamenti pertinenti per la salute; o) dati sanitari elettronici contenenti vari miglioramenti, quali correzioni, annotazioni e arricchimenti, ricevuti dal titolare dei dati a seguito di un trattamento basato su un'autorizzazione ai dati".

<sup>48</sup> In materia si vedano le Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in telemedicina, repertorio atti n. 215/CSR del 17 dicembre 2020; determinazione n. 55 del 2019 del Garante per la protezione dei dati personali.

<sup>49</sup> Nella Determinazione n. 55 del 2019 del Garante per la protezione dei dati, con riferimento ai trattamenti in ambito sanitario che richiedono il consenso esplicito dell'interessato (art. 9, par. 2, lett. A) del RGDP, si individuano, a titolo esemplificativo, alcune categorie di trattamenti che possono essere impattati dall'impiego delle nuove tecnologie, quali i trattamenti connessi all'utilizzo di *App* mediche, attraverso le quali autonomi titolari raccolgono dati, anche sanitari dell'interessato, per finalità diverse dalla telemedicina oppure quando, indipendentemente dalla finalità dell'applicazione, ai dati dell'interessato possano avere accesso soggetti diversi dai professionisti sanitari o altri soggetti tenuti al segreto professionale. Un provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 12 marzo 2020 riguarda l'impiego di una *app* all'interno di un pronto soccorso di un ospedale romano. PSONline era stata pensata e realizzata per consentire ai familiari della persona che ha effettuato un accesso ad un Pronto soccorso" di "monitorare l'iter diagnostico e terapeutico intrapreso dal Congiunto". L'utilizzo dell'applicazione prevedeva la richiesta del consenso al trattamento dei dati, pur tuttavia l'applicazione forniva unicamente in visualizzazione le informazioni pertinenti lo stato del percorso di cura del paziente all'interno del pronto soccorso. Nonostante questo utilizzo dell'*app*, che parrebbe minimale rispetto al trattamento dei dati, il Garante ha ritenuto illecito il trattamento dei dati alla luce dell'art. 5, paragrafo 1, lett. c, e art. 5, paragrafo 2, del RGPD. Non era stata infatti effettuata, prima di procedere al trattamento, una valutazione dell'impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati personali necessaria in quanto ricorrevano i criteri indicati dal Comitato Europeo per la protezione dei dati, ovvero il "trattamento concerne dati sulla salute" (si trattava di dati sanitari) relativi a "interessati vulnerabili", nonché "uso innovativo o applicazione di nuove soluzioni tecnologiche od organizzative".

dell'applicazione di sistemi di riutilizzo dei dati sanitari elettronici che anche altrove, non senza difficoltà, sono stati posti in essere per fini di ricerca<sup>50</sup>.

Per gli IRCCS - Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico – sono previste norme specifiche in quanto gli IRCCS possono riutilizzare i dati sanitari per fini di ricerca sulla base dell'art. 110 bis paragrafo 4 del cd. Codice *privacy*, d. lgs. n. 196 del 2003 e successive modifiche.

Con riferimento al trattamento dei dati e all'accesso ai dati sanitari, si richiamano le modifiche apportate dal d.l. 8 ottobre 2021, n. 139, conv., con modif., nella l. 3 dicembre 2021, n. 205, all'art. 2-*sexies* del Codice e al citato art. 7 del d.l. n. 34 del 2020. In particolare, con il predetto intervento normativo è stato previsto che i dati personali relativi alla salute, privati di elementi identificativi diretti, possano essere trattati dal Ministero della salute e da altri enti tra cui le regioni/province autonome, relativamente ai propri assistiti, anche mediante l'interconnessione a livello nazionale dei sistemi informativi su base individuale del Servizio sanitario nazionale, ivi incluso il Fascicolo sanitario elettronico, aventi finalità compatibili con quelle sottese al trattamento, con le modalità e per le finalità che saranno stabilite con Decreto del Ministro della salute, che dovrà essere adottato previo parere del Garante e nel rispetto di quanto previsto dal Regolamento, dal Codice, dal Codice dell'amministrazione digitale e dalle linee guida dell'Agenzia per l'Italia digitale in materia di interoperabilità.

Come anticipato, le normative straniere in materia di dati sanitari sono maggiormente flessibili di quella italiana<sup>51</sup>.

In Francia vi è una normativa specifica sul trattamento dei dati sanitari nei servizi digitali e un sistema di *data solidarity* che è stato posto in essere e si basa sul consenso dato dal paziente per il riutilizzo dei suoi dati nel rispetto della normativa della *privacy*, senza un riferimento specifico a un preciso progetto, per le finalità della ricerca pubblica con esclusione della ricerca privata<sup>52</sup>.

Diverse norme sulla telemedicina sono contenute nella normativa francese a partire dal decreto n. 1229 del 2010, così come le sue condizioni di implementazione. Rilevanti linee guida in materia sono state pubblicate dall'Alta Autorità sanitaria, dall'Agenzia per la salute digitale, dal Garante della *privacy*<sup>53</sup>.

In Francia vi è un sistema per il riutilizzo dei dati sanitari elettronici per scopi di ricerca e, a tal fine, l'organismo denominato *Health Data Hub* incorpora dati sanitari provenienti da varie fonti, incluso i dati generati dai pazienti. Il sistema di riutilizzo dei dati sanitari elettronici deve rispettare una serie di condizioni e i requisiti per la sicurezza e la protezione della *privacy* e si basa su meccanismi di sorveglianza stabiliti dall'*Health Data Hub*<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> Occorre specificare che il concetto di *data solidarity* non è univoco ma vi sono proposte di definizione del suo significato, cfr. B. PRAINSACK, S. EL-SAYED, N. FORGÓ, L. SZOSZKIEWICZ, P. BAUMER, *Data solidarity: a blueprint for governing health futures*, in *The Lancet Digital Health*, 2022, 4(11), 773-774. Concetti paralleli, quali quello del *data altruism* proposto dal recente "Data Governance Act", presentano parziali sovrapposizioni e possono rappresentare elementi di complicazione.

<sup>51</sup> È opportuno evidenziare anche alcuni limiti delle interessanti iniziative straniere esistenti. In particolare, rispetto alle oggettive difficoltà di definire ed applicare la nozione di 'data solidarity' e rispetto, ad es., alla persistenza della necessità di un consenso del paziente per l'uso secondario dei dati, con i problemi ad esso attinenti. Cfr. C. BOSMANI, S. CARBONI, C. SAMER, C. LOVIS, T. PERNEGER, A. HUTTNER, B. HIRSCHER, *REPRESENT: REPresentativeness of RESearch data obtained through the 'General Informed ConsENT'*, in *BMC Medical Ethics*, 2023, 24.

<sup>52</sup> Cfr. l'art. 8 paragrafo 1) punto 2) lettera c) della *Loi informatique, fichiers et libertés* (LIL) afferma che l'Authority nazionale ha il potere di stabilire norme standard tese a garantire la sicurezza dei sistemi di trattamento dei dati personali, e per regolamentare quelli relativi ai dati biometrici, genetici e sanitari: nello specifico, è stato, ad esempio, prescritto che il trattamento dei dati sanitari per finalità di ricerca (studio o valutazione) è consentito soltanto per la ricerca pubblica, con esclusione, dunque, di quella di natura privatistica.

<sup>53</sup> Cfr. N. NOURY, K. BOURQUARD, D. BERGOGNONC, J.-B. SCHROEDER, *Interoperability of communicating medical devices in telemedicine - Regulations initiatives in France*, in [International Journal of E-Health and Medical Communications](#), October 2012; S. FIRN, J. GALLAND, H. ROUSSEAU, E. ANDRES, N. SALLES, P. DISDIER, J. AZZI, C. BAUMANN, J.-D. DE KORWIN, *The practice of telemedicine by French internal medicine physicians in 2019*, in [Revue de Médecine Interne](#), 2021, 42(8), 523-534.

<sup>54</sup> V. le pagine web del [Health Data Hub](#).

I dati sono utilizzabili per attività di ricerca e per attività sanitaria solo con il preventivo consenso del paziente e nel rispetto delle norme sulla *privacy*. I dati elettronici sono interoperabili fra *app* e *device* mobili che misurano una serie di parametri come l'assunzione di cibo, il sonno e l'esercizio fisico e possono essere inclusi nei dati elettronici sanitari per scopi di ricerca tramite una serie di meccanismi quali i sistemi di condivisione dei dati su base volontaria e attraverso la somministrazione di un apposito consenso informato.

In Germania vi è una normativa specifica sul trattamento dei dati sanitari nei servizi digitali, quali l'*E-health Act* del 2015 e il *Digital Healthcare Act* del 2019, modificato nel maggio 2021<sup>55</sup>.

Nel sistema tedesco vi è una normativa per il trattamento dei dati per scopi di ricerca le cui basi normative sono rappresentate dal consenso esplicito del paziente e dalle misure di garanzia dirette a tutelare la protezione dei dati, quali la pseudonimizzazione oppure il riferimento al cd. *broad consent*, come previsto nella legislazione nazionale menzionata<sup>56</sup>. L'interesse pubblico alla ricerca scientifica nel settore sanitario viene perseguito attraverso il riferimento contenuto nella normativa alla base giuridica fornita dall'art. 9, paragrafo 2, del RGPD<sup>57</sup>.

Un sistema di *data solidarity* è stato posto in essere e si basa sul consenso del paziente nei casi che sono previsti dalla normativa nazionale (miglioramento delle cure; ricerca; studi clinici) in attuazione della normativa europea. Al fine di garantire la condivisione dei dati e il riutilizzo dei dati sanitari elettronici è stato istituito il *Research Data Center*<sup>58</sup>. I dati elettronici sono interoperabili fra *app* e *device* mobili che misurano una serie di parametri come l'assunzione di cibo, il sonno e l'esercizio fisico e le informazioni generate vanno ad alimentare i dati elettronici sanitari.

La normativa spagnola, più simile a quella italiana, non prevede una specifica legislazione sul trattamento dei dati nei servizi digitali e le comunità autonome rimangono competenti in questa materia determinando un ampliamento del delta nella differenziazione delle pratiche sanitarie digitali a livello locale<sup>59</sup>. La Spagna non ha previsto un sistema di *data solidarity* e il sistema di riutilizzo dei dati sanitari elettronici non è contemplato per scopi di ricerca.

Infine, è presente un sistema di portali e infrastrutture sanitarie digitali attraverso i quali i pazienti accedono ai propri dati sanitari elettronici ma non è previsto, a livello nazionale, che le informazioni incorporate nelle app mobili possano alimentare i dati sanitari elettronici della persona.

### 3. Le recenti innovazioni nel settore della salute digitale nella prospettiva costituzionalistica

Ancora per quanto riguarda l'ordinamento nazionale, metter conto di approfondire ancora l'impatto che il massivo ricorso alle tecnologie può avere sulla garanzia del diritto costituzionale alla salute, inteso nella sua duplice natura di interesse collettivo e diritto soggettivo e sulla qualità della relazione di cura che costituisce un veicolo fondamentale del diritto alla salute come previsto, in particolare, dall'art. 1, comma 2, della legge 219 del 2017 su consenso informato e disposizioni

---

<sup>55</sup> Cfr. E. BURK, *New far-reaching digital healthcare act passes german bundestag*, in [Gleiss Lutz](#), 21 maggio 2021; S. GERKE, A. D. STERN, T. MINNSEN, *Germany's digital health reforms in the COVID-19 era: lessons and opportunities for other countries*, in [Digital medicine](#), 2020, n. 94.

<sup>56</sup> In Germania permangono alcuni problemi di coordinamento delle competenze federalistiche dello Stato con le fortissime competenze attribuite ai *Länder* in materia. Ad esempio, occorre tenere in considerazione che praticamente ogni *Bundesland* ha una sua diversa *Datenschutzgesetz*, che copre anche il trattamento dei dati negli ospedali pubblici gestiti dai *Bundesländer*. Si veda anche il dibattito sugli usi secondari dei dati clinici sviluppato in M. JUNGKUNZ, A. KÖNGETER, M. SPITZ, K. MEHLIS, K. CORNELIUS, C. SCHICKHARDT, E.C. WINKLER, *Learning from clinical data. Ethical, social and legal aspects*, in *Forum Marsilius Kolleg*, November 2022.

<sup>57</sup> Cfr. A. RUHAAK, *Data trusts in Germany and under the GDPR*, issued by AlgorithmWatch, December 2020.

<sup>58</sup> V. le pagine web del [Research Data Center](#).

<sup>59</sup> Cfr. A. ARIAS, A. WRIGHT, *Switching on the Lights, Benchmarking digital health systems across Emea*, 14 gennaio 2022.



anticipate di trattamento che attua i principi di cui agli articoli 2, 13, 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2, 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

L'attenzione va, quindi, posta su due recenti interventi normativi tesi a sviluppare l'impiego delle nuove tecnologie digitali nel settore della salute.

Si tratta, in ordine temporale, del d.l. legge 19 maggio 2020, n. 34, conv., con modif., nella l. 17 luglio 2020, n. 77, che ha previsto che nell'ambito dei compiti e delle funzioni istituzionali in materia di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione delle malattie, nonché di programmazione tecnico sanitaria di rilievo nazionale e indirizzo, coordinamento, monitoraggio dell'attività tecnico sanitaria regionale, il Ministero della Salute possa trattare, ai sensi dell'articolo 2-*sexies*, comma 2, lettera v) del Codice, i dati personali anche relativi alla salute, degli assistiti, raccolti nei sistemi informativi del Servizio sanitario nazionale, per lo sviluppo di metodologie predittive dell'evoluzione del fabbisogno di salute della popolazione (art. 7, comma 1). Per lo sviluppo della suddetta metodologia e per la predisposizione del previsto parere, il Ministero della salute ha istituito un gruppo interistituzionale, volto all'elaborazione della versione prototipale del modello predittivo, idoneo a valutare il fabbisogno della popolazione italiana, attraverso la profilazione del rischio sanitario individuale e la successiva stratificazione per classi di morbilità della stessa, cui sono state invitate a partecipare anche otto regioni/province autonome (Lazio, Emilia-Romagna, Lombardia, Piemonte, Puglia, Toscana e Veneto e alla Provincia Autonoma di Bolzano) nonché il Garante in qualità di uditore.

In sede di conversione (con l. n. 139 del 2021), è stata, inoltre, modificata la disposizione relativa alle metodologie predittive dell'evoluzione del fabbisogno di salute della popolazione, con l'introduzione, in particolare, all'art. 7 del decreto legge, di una disposizione a tenore della quale, nell'attesa del necessario decreto ministeriale<sup>60</sup>, il Ministero può avviare le attività relative alla classificazione delle patologie croniche presenti nella popolazione italiana, limitatamente alla costruzione di modelli analitici prodromici alla realizzazione del modello predittivo del fabbisogno di salute della popolazione, garantendo che gli interessati non siano direttamente identificabili.

Il Ministero ha, dunque, chiesto alle regioni/Province autonome “un set di dati aggregati ed anonimi contenenti informazioni di natura demografica (sesso, ampie classi d'età), di combinazioni di patologia e di consumo di risorse (costo complessivo per i diversi setting assistenziali di specialistica ambulatoriale, farmaceutica e ricoveri ospedalieri)”<sup>61</sup>. L'aggregazione e anonimizzazione dei dati si è basata su un algoritmo “funzionale all'analisi degli elementi necessari alle operazioni di definizione del modello predittivo (e non di esercizio dello stesso) da parte del Ministero”. Ciò al fine di permettere già in via provvisoria, “in attesa dell'assenso del Garante della Privacy, l'interconnessione dei flussi NSIS a livello nazionale” e l'acquisizione dei dati necessari per il progetto di stratificazione della popolazione, di competenza del Dicastero.

Sulla materia, per vero, sia il Garante per la protezione dei dati, sia il Consiglio di Stato hanno manifestato notevoli perplessità circa l'esistenza di una adeguata base giuridica che legittimi il ricorso a un algoritmo al fine di profilare dal punto di vista sociosanitario la popolazione e efficientare il processo di ripartizione delle risorse del fondo sanitario nazionale<sup>62</sup>. In particolare, sono stati messi in evidenza i rischi per la protezione dei dati ed è stato suggerito di fare ricorso alle banche dati contenute nel Programma Statistico Nazionale che possono fornire dati senza necessariamente incrociare e interconnettere banche dati di origine e con finalità diverse (pensiamo alle banche dati dell'Istat, dell'Anagrafe tributaria, etc.), così come richiesto dal Ministero al fine di sviluppare il proprio modello algoritmico.

---

<sup>60</sup> Cfr. d.m (salute) del 23 maggio 2022, n. 77, Regolamento recante la definizione di modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale.

<sup>61</sup> Cfr. MINISTERO DELLA SALUTE, *Resilienza DEF Relazione Quadrimestrale\_gen-apr 2019 e Resilienza DEF Relazione Quadrimestrale al 31dicembre 2018*.

<sup>62</sup> Nel parere del 5 marzo del 2020, il Garante ha riconosciuto l'importanza di una migliore ripartizione del Fondo sanitario nazionale, basata su un'effettiva definizione dei diversi bisogni regionali, ma ha richiamato l'attenzione sulla necessità che i trattamenti di dati personali connessi a tale nuovo sistema di ripartizione siano effettuati nel pieno rispetto della disciplina sulla protezione dei dati personali.

Anche in un caso, come quello citato, di ricorso a sofisticate tecnologie di gestione dei dati, caratterizzate da una alta incisività sulla sfera privata della persona, occorre, dunque, specificare che il perseguimento dell'interesse collettivo di efficientamento del processo di ripartizione delle risorse sanitarie, basata su una precisa definizione dei bisogni regionali, deve essere temperato con l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali delle persone nel percorso di cura e evitare tutti quei trattamenti digitali che non siano assolutamente necessari e compatibili con la protezione della dignità delle persone<sup>63</sup>. Il progetto ministeriale prevedeva, infatti, la creazione di un profilo individuale di ogni assistito, basato sulle patologie croniche e sulla situazione reddituale individuale, che, attraverso l'uso di algoritmi, potesse essere utilizzato per suddividere e stratificare tutta la popolazione in gruppi. Tale profilazione, anche se basata sulla necessità di efficientare il processo di ripartizione delle risorse, potrebbe essere ritenuta rischiosa per l'integrità dei diritti fondamentali delle persone coinvolte nei processi di cura<sup>64</sup>.

Il secondo ambito di esame concerne le innovazioni introdotte dal d.l. n. 4 del 2022, conv. con modif., nella l. 28 marzo 2022, n. 25, cd. Decreto Sostegni *ter*: l'art. 21 è rubricato proprio "Misure in materia di fascicolo sanitario elettronico e governance della sanità digitale".

In sintesi, gli obiettivi fondamentali previsti sono quelli dell'interoperabilità dei sistemi e delle banche dati (ad es. fascicolo sanitario elettronico)<sup>65</sup> e la realizzazione dell'ecosistema dei dati sanitari<sup>66</sup>: obiettivi connessi dalla normativa all'assunzione da parte dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (AgeNas) delle funzioni di Agenzia per la salute digitale<sup>67</sup>.

Il raggiungimento di questi obiettivi viene, dunque, fatto ricadere nella competenza di AgeNas che si trova ad essere quindi al centro di una rete assai complessa di soggetti: pensiamo ai rapporti con le varie agenzie regionali, ai rapporti con il Ministero della salute, ai rapporti con il Ministero dell'economia e delle finanze (Mef) anche con riguardo alla competenza Mef in materia di sistema tessera sanitaria, con il Ministero dell'innovazione e transizione digitale, con la struttura della

---

<sup>63</sup> Occorre ricordare che l'art. 22, paragrafo 1, del RGDP, peraltro, in materia prevede che "l'interessato ha diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona".

<sup>64</sup> In questo senso, si pensi all'impatto che il ricorso massivo a queste nuove tecnologie di gestione e rielaborazione dei dati può avere sul diritto alla protezione dei dati personali, sul diritto alla conoscenza/conoscibilità della natura e degli effetti dei processi digitali nei quali le persone vengono coinvolte, sul diritto all'informazione completa e adeguata sui rischi e sui benefici delle pratiche digitali di cura, prevenzione, riabilitazione, ricerca, sperimentazione, organizzazione del settore.

<sup>65</sup> Con la conversione in legge del Decreto Rilancio (d.l. n. 34/2020 conv., con modif., nella l. 17 luglio 2020, n. 77) sono state apportate diverse novità rilevanti per il Fascicolo Sanitario Elettronico, quali l'estensione delle tipologie di dati sanitari e socio-sanitari che confluiscono nel FSE: sono così inclusi anche quelli che riguardano le prestazioni erogate al di fuori del Servizio Sanitario Nazionale, non solo quelle interne al SSN, e l'attivazione e l'alimentazione del FSE dovrebbe divenire automatica e più agevole. Il cittadino non dovrà più richiedere l'apertura del proprio fascicolo e dare il proprio consenso alla sua alimentazione, ma potrà sempre decidere chi può accedere ai suoi dati sanitari, attraverso il meccanismo del consenso esplicito. Resta garantito, inoltre, il diritto di conoscere quali accessi siano stati effettuati al proprio FSE.

<sup>66</sup> Un ecosistema dei dati sanitari può essere definito come una infrastruttura digitale nella quale confluiscono tutti i dati prodotti da enti e strutture del servizio sanitario nazionale, quelli prodotti dal sistema tessera sanitaria e dal fascicolo sanitario elettronico. Occorre qui ricordare che il Garante per la protezione dei dati personali ha evidenziato una serie di criticità, con i due Provvedimenti n. 294 e n. 295 del 22 agosto 2022, riguardanti i decreti su Ecosistema dati sanitari e Fascicolo sanitario elettronico. I due schemi di decreto sono risultati, a parere del Garante, viziati da estrema genericità e indeterminazione quanto ad aspetti fondamentali sulla protezione dei dati personali.

<sup>67</sup> In materia di salute digitale si vedano i seguenti documenti: "*Linee guida organizzative contenenti il modello digitale per l'attuazione dell'assistenza domiciliare*", adottate ad aprile 2022, nell'ambito delle attività a supporto della missione 6 componente 1 del PNRR ed elaborate da un gruppo di lavoro istituito con delibera direttoriale Agenas del 30 settembre 2021, formato da rappresentanti di Agenas, Ministero della Salute, Ministero per l'innovazione tecnologica, rappresentanti regionali e aziendali, TrentinoSalute; "*Indicazioni metodologiche per la perimetrazione delle proposte di PPP per la piattaforma nazionale di telemedicina*" del 4 maggio 2022 elaborate da un gruppo di lavoro di Agenas a supporto della missione 6 componente 1 del PNRR; "*Linee di indirizzo per la definizione dei progetti regionali sui servizi di telemedicina*" adottate con decreto del 30 settembre 2022 e predisposte con la collaborazione del gruppo di lavoro di Agenas a supporto della missione 6, componente 1, del PNRR.

Presidenza del Consiglio competente per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale, con l'Agenzia per la cybersicurezza nazionale per gli aspetti collegati alla sicurezza informatica dell'ecosistema di dati sanitari<sup>68</sup>.

Rispetto al fascicolo sanitario elettronico, le linee guida che AgeNas è chiamata adottare sono finalizzate a stabilire le necessarie specifiche tecniche rispetto alle quali le Regioni sono competenti a elaborare piani di adeguamento al fine di garantire la interoperabilità del FSE<sup>69</sup>. Nel caso di inerzia o ritardo nella presentazione o nell'attuazione del predetto piano di adeguamento, può essere attivato il potere sostitutivo di cui agli articoli 117, comma 5, e 120, comma 2, della Costituzione, ai sensi dell'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131.

Occorre ora chiederci come dovrebbe funzionare l'ecosistema dei dati sanitari, la cui gestione operativa è affidata ad AgeNas, che la effettua per conto del Ministero della salute<sup>70</sup>.

Si deve evidenziare il fatto che la normativa demanda ad un Decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale e con il MEF, l'individuazione di una serie di aspetti quali i contenuti dell'Ecosistema dei dati sanitari, le modalità di alimentazione dello stesso ecosistema, oltre che i soggetti che hanno accesso all'Ecosistema, le operazioni eseguibili e le misure per assicurare i diritti degli interessati.

Le funzioni attribuite ad AgeNas sono, quindi, fondamentali in questo governo della sanità digitale. Innanzitutto, l'elaborazione, previa approvazione del Ministero della salute e del Ministero per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale, di linee guida contenenti regole, guide tecniche, codifiche, classificazioni e standard concernenti l'interscambio di dati sanitari. Quindi si può dire che la regolazione vera e propria dei meccanismi di interscambio dei dati e la tutela in concreto degli interessi e dei diritti coinvolti verrà sviluppata in queste linee guida e nei decreti ministeriali, richiamati in tema di creazione di un ecosistema dei dati sanitari, in lettura combinata con i principi costituzionali esistenti in materia. Inoltre, vengono attribuite ad AgeNas alcune funzioni cruciali in materia di sanità digitale quali il monitoraggio sull'attuazione di queste linee guida, la progettazione di servizi sanitari e sociosanitari basati sui dati, la certificazione delle soluzioni di tecnologia informatica che realizzano servizi sanitari digitali, la gestione della piattaforma nazionale di telemedicina, la fissazione e l'aggiornamento delle tariffe per i servizi di telemedicina.

#### 4. Osservazioni conclusive

Le soluzioni adottate paiono, pertanto, orientate verso una *governance* della salute digitale fondata sulla perimetrazione dei compiti e delle funzioni da attribuire a una Autorità di sanità digitale in un sistema molto complesso da disciplinare sia per la molteplicità dei soggetti coinvolti che per la magmaticità della materia, soggetta a rapide e progressive trasformazioni. La normativa ha attribuito le competenze, stabilendo le modalità decisionali concernenti i diversi ambiti da regolare e ha individuato gli obiettivi da raggiungere, ossia il potenziamento dell'interoperabilità dei sistemi, la creazione di un ecosistema dei dati sanitari, la previsione di meccanismi di certificazione e standardizzazione, la creazione di una piattaforma nazionale di telemedicina e la fissazione e aggiornamento periodico delle tariffe che rappresentano obiettivi finalizzati a quello

---

<sup>68</sup> Il d.l. 14 giugno 2021, n. 82, conv., con modif., nella l. 4 agosto 2021, n. 109, ha ridefinito l'architettura nazionale cyber e istituito l'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale (ACN) a tutela degli interessi nazionali nel campo della cybersicurezza.

<sup>69</sup> Linee guida di attuazione del FSE sono state adottate come allegato A al Decreto del Ministro della Salute del 20 maggio 2022. Tali Linee guida sono state elaborate da un gruppo di lavoro istituito presso il Comitato interministeriale per la transizione digitale e formato da rappresentanti del Ministero della Salute, del MEF, del Ministero per l'innovazione tecnologica, Ministero per gli affari regionali, AgID, rappresentanti di alcune regioni (Friuli, Lombardia, Puglia, Emilia-Romagna), TrentinoSalute4.0, SOGEI.

<sup>70</sup> Cfr. art. 12 d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modif., nella l. 17 dicembre 2012, n. 221, come modificata dall'art. 21 del d.l. n. 4 del 2022 cit.

che si può definire il macro obiettivo finale, ossia la creazione di una sanità digitale nazionale che possa interfacciarsi con la sanità digitale di altri paesi nel contesto europeo e globale.

Il tema della salute digitale potrebbe, tuttavia, richiedere un intervento normativo maggiormente strutturato che sia specifico rispetto ai settori coinvolti nella salute digitale.

In particolare, il tema della protezione dei diritti sembra rimanere un tema marginale e lasciato alla regolazione di secondo grado, addirittura *soft*,<sup>71</sup> o al ricorso ai principi costituzionali sviluppati nell'ambito del settore della salute tradizionalmente inteso, mentre su questi aspetti di innovazione tecnologica e digitale una riflessione, allo stesso tempo, complessiva e specifica sembrerebbe quanto mai rilevante.

In questo quadro, la tutela costituzionale della salute digitale sembra costituire un settore avulso e esterno rispetto al settore della tutela della salute, intesa in senso tradizionale, che ancora non ha affrontato in maniera problematica e aperta il grande tema della protezione dei diritti fondamentali nelle pratiche di salute digitale.

Ancora, ad esempio, il mancato inserimento nei livelli essenziali di assistenza (LEA) di alcuni importanti servizi di salute digitale (si pensi ai servizi di telemedicina) non consente un inquadramento normativo complessivo di una importante quota del settore digitale della salute che sia comprensivo e affronti in maniera consapevole le criticità attinenti alla tutela dei diritti fondamentali connessi alla cura digitale.

Possono rilevare qui indubbiamente, rispetto a quanto previsto in materia di tutela costituzionale del diritto alla salute di cui all'art. 32 della Costituzione, le istanze emergenti nel settore e che attengono alla garanzia della qualità della relazione di cura e della qualità della comunicazione fra paziente e professionista finalizzate all'esercizio di una ampia autodeterminazione del paziente, così come le problematiche attinenti alla efficacia e completezza dei processi informativi che includono le modalità di gestione, organizzazione delle pratiche digitali di cura e le tecniche di funzionamento delle nuove tecnologie per la salute. Infine, rileva il tema dell'equità nell'accesso alla cura, rispetto alla dimensione del diritto alla salute come diritto sociale, che deve essere garantito anche maggiormente nel caso dell'impiego delle nuove tecnologie nel settore della salute, in un contesto di trasformazione rilevante sul piano demografico (invecchiamento della popolazione dei paesi occidentali) e epidemiologico (aumento delle cronicità rispetto alle acuzie).

Si pensi alla necessità di affrontare sistematicamente il tema dell'impatto delle tecnologie sul diritto a una relazione di cura di qualità ed effettiva e che non possa essere sostituita integralmente da una relazione soltanto digitale, che, soprattutto nel caso dei soggetti più vulnerabili (come minori, anziani, cronici, ecc.), determinerebbe una diminuzione delle tutele della persona. Si pensi, in questo frangente, all'importante questione di come garantire un diritto effettivo all'autodeterminazione e al consenso informato che non sia "affievolito" dal ricorso alle nuove pratiche di salute digitale.

In questa direzione, pare auspicabile il coinvolgimento nella produzione delle linee guida e delle regole tecniche, in materia di fascicolo sanitario elettronico, in materia di interscambio dei dati e di salute digitale, dei soggetti capaci di rappresentare la "voce" degli utenti dei servizi e dei pazienti legittimati a presentare proposte e osservazioni in materia di usabilità e accettabilità familiare/personale delle varie tecnologie che sempre più saranno correlate al funzionamento delle grandi infrastrutture digitali che sono in via di costruzione e implementazione nel settore della salute e la cui progettazione sarà sempre più funzionale alla protezione dei diritti fondamentali delle persone.

Conclusivamente, l'analisi della normativa italiana e europea ha evidenziato la ricerca di una convergenza e omogeneità normativa in materia di impiego delle tecnologie nel settore della salute e, in particolare, l'esigenza che si uniformino le regole e i criteri relativi a interoperabilità fra

---

<sup>71</sup> Si potrebbe affermare che si possa rintracciare in questo settore una distinzione fra un ambito di protezione *hard* dei diritti, ossia il settore della normativa sulla tutela dei dati personali attraverso l'applicazione del RGPD, e un ambito di protezione *soft*, che concerne diritti diversi da quello alla riservatezza, che non beneficia della medesima garanzia in termini di modalità di previsione normativa e garanzie tecniche di attuazione dei diritti.

dispositivi, a vigilanza e controllo sulle pratiche di salute digitale. La normativa europea e, nello specifico, la recente Proposta di regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari elettronici rappresentano una spinta importante in questo senso anche se presentano una serie di criticità. Si pensi, in tal senso, alle problematiche che potrebbero emergere in relazione alla necessità di un preventivo consenso per quanto concerne l'alimentazione dei fascicoli sanitari ad opera di dispositivi e applicazioni per il benessere, alla medicalizzazione di pressoché ogni aspetto della vita quotidiana e privata, alla estensione del concetto di "salute", all'ampliamento quasi illimitato della categoria dei "dati sanitari" (dati relativi ai determinanti comportamentali, abitudini alimentari e altre abitudini, della vita quotidiana che possono rivelare informazioni sensibili quali, ad es., il credo religioso, etc.), e alle problematiche relative alla gestione dei dati delle persone fragili (ad es. cronici, minori, anziani, disabili).

Nel contesto nazionale, se è vero che, in un contesto di progressivo invecchiamento della popolazione e di sempre maggiore cronicizzazione delle patologie, sonostate di recenti introdotte rilevanti innovazioni connesse alle tecnologie algoritmiche e dell'*information and communication technology* in ambito di telemedicina e salute digitale, sembra, però, ancora insufficiente la consapevolezza dei possibili rischi per i diritti fondamentali e per la tutela dello stesso diritto costituzionale alla salute nella sua duplice dimensione di diritto di libertà, rispetto al quale l'autodeterminazione deve essere garantita e tutelata a fronte un diritto all'informazione preventiva, adeguata e comprensibile, e un diritto a una prestazione che si fondi su una forte alleanza di cura e di fiducia, come previsto dall'art. 1, comma 2, della l. n. 219 del 2017, su consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento, che attua i principi di cui agli artt. 2, 13, 32 della Costituzione.

La progressiva digitalizzazione dei sistemi di salute con la possibile e paventabile de-personalizzazione della relazione di cura richiede, d'altro canto, un ripensamento delle categorie giuridiche e delle pratiche di cura a tutela dei soggetti più vulnerabili. In questo contesto, occorre evidenziare che le condizioni di fragilità possono, da un lato, beneficiare delle potenzialità tecnologiche esistenti e sviluppate nel sistema sanitario (attraverso la possibilità di una crescente personalizzazione della cura e un sempre maggiore ricorso a servizi domiciliari di qualità e che consentono la permanenza del paziente, per quanto possibile, nel proprio contesto familiare e sociale, attraverso l'impiego di nuove tecnologie nella forma della sensoristica e degli *wearables*, ad esempio) ma, da un altro lato, possono risultare ulteriormente incise da una riduzione della intensità della tutela che potrebbe impattare sulla garanzia dei diritti fondamentali della persona e sulla protezione della sua dignità soprattutto nella fasi di maggiore bisogno e vulnerabilità fisica, psichica e sociale.

Antonello Lo Calzo

## L'attualità del fenomeno bellico tra principi supremi e assetto delle fonti. L'ordinamento italiano di fronte alla guerra in Ucraina<sup>\* \*\*</sup>

**ABSTRACT:** *The outbreak of the conflict between Russia and Ukraine has brought war back to Europe after years. War is a phenomenon that profoundly affects legal categories, and the Italian legal system does not escape this impact. The most recent events are an opportunity to reflect both on the meaning of the constitutional principles that characterize Italy's position in the face of war, having embraced a clear pacifist philosophy in Art. 11 of the Constitution, and on the way in which a legal system reacts to war at the level of the sources of law, observing in conclusion how there is a close link between these two profiles, since the formal and procedural aspects that concern the production of law and the relations between constitutional bodies are directly influenced by principles, above all that of the "repudiation of war".*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. L'Italia di fronte ai fenomeni bellici, tra partecipazione indiretta e "lacune" normative. – 2. Premesse teoriche e prospettive ideali sul passaggio dalla conflittualità reale all'attuazione del principio pacifista. – 3. Il ripudio della guerra come principio informatore dell'intero sistema delle fonti sull'uso della forza. – 4. La "dichiarazione dello stato di guerra" di come modello dei rapporti tra Poteri nella decisione sull'uso della forza. – 5. La ripresa del modello nella legislazione ordinaria relativa alle missioni internazionali e alla cessione di armi ad altri Stati. – 6. L'uso del decreto-legge in funzione derogatoria nella "gestione" del recente conflitto russo-ucraino. – 7. Conclusioni. La difficoltà di pervenire a un sistema coerente e rigido di fonti belliche temperata dall'orientamento dei principi fondamentali.

1. *Introduzione. L'Italia di fronte ai fenomeni bellici, tra partecipazione indiretta e "lacune" normative*

Un anno è ormai passato da quando, il 24 febbraio 2022, ha avuto tristemente inizio il conflitto tra Russia e Ucraina, portando nuovamente la guerra in Europa dopo un lungo periodo di relativa stabilità nel vecchio continente. Si tratta di un fenomeno, per certi versi, inatteso, che segue a breve distanza la faticosa uscita da un'altra emergenza – quella pandemica – e che ai più sembrava destinato a restare collocato o nel remoto passato della storia<sup>1</sup> o nelle aree più instabili e meno sviluppate del mondo, ciò sia per il "calo" della tensione internazionale conseguente alla fine della "guerra fredda", sia per un mutato approccio alle relazioni internazionali, con strumenti di risoluzione delle controversie tra Stati più efficaci e maggiormente condivisi rispetto al passato<sup>2</sup>. Lo scoppio di questo nuovo conflitto



<sup>\*\*</sup> *Il contributo costituisce una rielaborazione ampliata della comunicazione presentata al convegno "¿Constitucionalismo?", svoltosi presso l'Università di Granada il 5-7 ottobre 2022*

<sup>1</sup> Si è soliti citare al riguardo il noto volume di F. FUKUYAMA, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, trad. it. di D. Ceni, Torino, 2020, a supporto dell'idea di un mondo pacificato, ove ogni conflittualità sarebbe stata chiusa dall'affermazione della democrazia liberale nello Stato moderno (soprattutto a seguito del crollo dell'Unione Sovietica). Tuttavia, a ben vedere, si tratta di una citazione spesso fatta impropriamente, ragione per cui non sarebbero del tutto fondate le critiche avanzate al politologo americano per essersi rivelato "cattivo profeta". Ciò essenzialmente per una ragione. Se possono nutrirsi dubbi su una fiducia forse eccessiva nei pregi della democrazia liberale, con un appiattimento eccessivo sui suoi valori, non altrettanto può farsi riguardo alla previsione di un mondo "pacificato", semplicemente perché ciò non è affermato in nessun passaggio del lavoro. Infatti, ciò che Fukuyama afferma è che la democrazia liberale rappresenta la forma ultima della storia in senso finalistico, ma non che questa sia un dato diffuso universalmente nella realtà o che non possano verificarsi temporanei passi indietro verso forme autoritarie o totalitarie. Ciò che egli afferma implica soltanto che il senso ultimo della storia, al di là degli "incidenti" transitori, tende sempre verso la democrazia liberale, ma la conflittualità tra Stati democratici e Stati autoritari permane come elemento consustanziale alla dinamica delle relazioni internazionali.

<sup>2</sup> Su tale punto si veda A. LO CALZO, *Interazioni tra dimensione sovranazionale e dimensione nazionale nella produzione normativa: tra crisi "endemiche" e nuove emergenze*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2022, 663. Circa l'effettiva incapacità del mondo "globalizzato" di eliminare i conflitti che da sempre affliggono l'umanità, ritrovandosi agli inizi di un nuovo millennio ancora in "guerra con se stesso", si veda L. MOCCIA, *Il mondo 'post-globale'* (note a

ha palesato il superamento di un modello “duale” nei rapporti di forza a livello globale, non solo dal punto di vista militare, ma anche economico e tecnico-scientifico, con la conseguenza che questi due ultimi aspetti integrano oggi, a tutti gli effetti, il fenomeno bellico (si pensi all’uso “bellico” delle sanzioni economiche ovvero alle “nuove” forme di guerra cibernetica o cosmica)<sup>3</sup>.

A partire dalla fine della “guerra fredda”, però, diverse sono state le occasioni in cui l’Italia è intervenuta in eventi di natura bellica, i quali hanno nel corso degli anni visto allentarsi sempre più il vincolo che li voleva connessi a iniziative condivise a livello delle Nazioni Unite<sup>4</sup>, per giungere ad una sorta di legittimazione – fondata in via consuetudinaria<sup>5</sup> – della c.d. “guerra per fini umanitari”, il cui primo (e cattivo) esempio risale alla guerra del Kosovo del 1999, giustificata dalla necessità di porre fine a violazioni dei diritti umani, anche su decisione unilaterale degli Stati, senza l’intervento delle Nazioni Unite. Non è un caso che tale precedente abbia fornito gli argomenti (seppur in una prospettiva distorta) per giustificare l’aggressione russa all’Ucraina, della quale si è cercato di fornire una improbabile “lettura” umanitaria a protezione delle popolazioni russophone del Donbass<sup>6</sup>.

Di fronte al progressivo mutare delle cause giustificative degli interventi militari sul piano internazionale è opportuno rilevare l’attuale “inefficacia” dell’azione delle istituzioni internazionali dotate di poteri vincolanti, basti pensare alla ripetuta paralisi delle decisioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite mediante la regola del “veto” riconosciuto ai membri permanenti. Inefficacia che si è palesata, ancora una volta, proprio in riferimento alle vicende ucraine<sup>7</sup>, vista la peculiare posizione della Russia in seno al Consiglio<sup>8</sup>.

Guardando alle vicende belliche dalla prospettiva dell’ordinamento italiano è chiaro che il carattere supremo del ripudio della guerra come strumento di offesa impone a qualunque forma di

---

*marginale di una “operazione militare speciale”*), in [La cittadinanza europea online](#), Editoriale, 14 luglio 2022, 2/2022, VII ss.

<sup>3</sup> Sul tema delle sanzioni economiche e dei loro effetti in relazione ai più recenti eventi si rimanda a M. LOSSANI, *Gli effetti economici delle sanzioni imposte alla Russia: una prima valutazione*, in [SIDIblog](#), 13 aprile 2022; A. ALÌ, *Dalle misure restrittive dell’Unione europea alla “guerra economica” nei confronti della Russia e della Bielorussia a seguito dell’invasione dell’Ucraina*, in [Questione Giustizia](#), 1/2022, 42 ss.

<sup>4</sup> Su tale connessione P. CARNEVALE, *La Costituzione va alla guerra*, Napoli, 2013, 137. Per una ricognizione sull’evoluzione dei presupposti di giustificazione M. FIORILLO, *Guerra e diritto*, Roma-Bari, 2009, 115 ss. Ad opinione dello stesso autore, tale “evoluzione” del presupposto giustificativo degli eventi bellici avrebbe, dal punto di vista dell’Italia, operato una torsione della prima parte dell’art. 11 Cost. nella direzione della seconda.

<sup>5</sup> Criticamente sulla formazione di tale consuetudine internazionale M. CARTABIA, L. CHIEFFI, *Sub art. 11 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (curr.), *Commentario alla Costituzione italiana*, I, Torino, 2006, 273.

<sup>6</sup> M. IOVANE, *Il conflitto ucraino e il diritto internazionale: prime osservazioni*, in [Osservatorio AIC](#), 3/2022, 4; G. AZZARITI, *La Costituzione rimossa*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2022, VI. In sintesi, osserva A. BULTRINI, *Alcune considerazioni di un giurista internazionalista sull’invasione dell’Ucraina*, in [Questione Giustizia](#), 1/2022, 29 ss., che l’attacco russo integra gli estremi dell’aggressione internazionale in quanto non si riscontra né l’ipotesi della legittima difesa preventiva, non essendo identificabile alcuna minaccia imminente, né può essere invocato l’argomento della protezione umanitaria della popolazione russophone del Donbass, vista l’azione militare del tutto sproporzionata rispetto allo scopo.

<sup>7</sup> M. IOVANE, *Il conflitto ucraino e il diritto internazionale*, cit., 5; A. CIAMPI, *Il conflitto russo-ucraino: analisi, cambiamenti, prospettive*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2022, 9. Ciò, ad opinione di L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra. L’umanità al bivio*, Milano, 2022, 76, dipenderebbe da una impostazione delle relazioni internazionali che pone lo Stato sovrano ancora in una posizione di primo piano, tale da assegnare ad alcuni di essi il potere di veto sulle decisioni inerenti la sicurezza.

<sup>8</sup> Il Consiglio di sicurezza, composto da 15 membri, di cui 5 permanenti e 10 eletti ogni due anni, è l’organo deputato ad occuparsi delle questioni attinenti al mantenimento della sicurezza e della pace internazionale ed è l’unico organo in ambito ONU ad essere dotato di poteri vincolanti. Attraverso il meccanismo del veto, riconosciuto ai membri permanenti in virtù del delicato equilibrio tra potenze raggiunto dopo la Seconda guerra mondiale, può tuttavia essere impedita qualsiasi delibera dell’organo. Ciò è quanto accaduto anche in relazione alla vicenda della guerra russo-ucraina, con il veto posto, ovviamente, dalla Russia. Tant’è che, nel caso specifico, vi è stata una importante risoluzione di condanna da parte dell’Assemblea generale, adottata con la larga maggioranza di 141 voti a favore (ma anche con significative astensioni), che tuttavia è priva di efficacia vincolante (2 marzo 2022); seguita da altre risoluzioni, tra cui, ad esempio, quella di condanna dei referendum di annessione dei territori occupati da parte della Russia (del 12 ottobre 2022, con 143 voti a favore) e, più di recente, quella per l’immediata cessazione delle ostilità e il ritiro delle truppe russe (del 23 febbraio 2023, con 141 voti a favore).

intervento militare un preciso vincolo finalistico, quello di perseguire il raggiungimento della pace, anche quando si tratti di una risposta di tipo puramente difensivo. In ciò assume significato l'idea di una "sovranità disarmata"<sup>9</sup>, che non accetta in nessun caso l'utilizzo della forza come mezzo prioritario per il raggiungimento di fini politici.

La preminente impostazione pacifista del nostro ordinamento costituzionale non deve, però, essere confusa con una "neutralità di posizione", intesa come indifferenza rispetto a ciò che avviene nel mondo e nelle relazioni internazionali, ma implica soltanto una scelta di "metodo" forte, che non consente di avvalersi della forza per fini che devono essere perseguiti attraverso il dialogo. Ciò non esime quindi dal condannare fermamente quella che, secondo i canoni del diritto internazionale, è una guerra di aggressione, in violazione dell'art. 2, par. 4, della Carta ONU, portata dalla Russia all'Ucraina<sup>10</sup>.

Ciò impone di fare, in premessa, una necessaria precisazione, al fine di evitare possibili fraintendimenti. Nessun passaggio del presente contributo intende fornire una possibile giustificazione giuridica all'uso della forza, e quindi alla guerra, piuttosto lo scopo è quello di tentare di ricondurre tale uso (che pur accade nella realtà) ad un impianto di principi che non siano intesi in astratto, bensì calati nelle concrete dinamiche delle relazioni internazionali. In sostanza, si vuole cercare di individuare una base giuridica, inerente all'uso della forza, che non riduca il "pacifismo" ad "inerzia", senza tuttavia dimenticare che, al di là di una ricostruzione giuridica che in qualche modo "restringe" i vincoli del "ripudio", anche alla luce dell'evoluzione del diritto internazionale, l'uso della forza è sempre da condannare<sup>11</sup>, sia quando ad avvalersene sia lo Stato italiano (ambito nel quale si conserva un certo dominio decisionale), sia quando ad avvalersene siano altri Stati (ove, al contrario, il singolo Stato non detiene un vero e proprio dominio, ma al più ha un onere di attivazione negoziale per la risoluzione della controversia).

L'impatto che la guerra ha avuto sull'Italia e sull'Europa tutta è evidente. Tuttavia, le vicende della guerra ucraina non rilevano soltanto sotto il profilo delle conseguenze umanitarie<sup>12</sup> o economiche su scala globale, ma possono incidere direttamente sulle dinamiche degli ordinamenti statali, i quali reagiscono al fenomeno bellico secondo diversi strumenti normativi, sia di rango costituzionale che ordinario ed, inoltre, sono dotati, soprattutto per quelle Costituzioni adottate all'indomani della Seconda guerra mondiale, di principi specifici che tendono a limitare al massimo il ricorso all'uso della forza nelle controversie tra Stati<sup>13</sup>.

I fenomeni bellici si connotano, infatti, come *species* del più ampio *genus* dei fenomeni emergenziali, ragion per cui va osservato come nel nostro sistema sia carente un regime normativo dell'emergenza bellica adeguato all'evoluzione del fenomeno sul piano internazionale e in grado di integrare (ovvero superare) lo schema dell'art. 78 Cost. Tale "lacuna" appare tanto più evidente alla

---

<sup>9</sup> B. PEZZINI, *Per un ordine della sovranità disarmata*, in [Osservatorio AIC](#), 3/2022, 3. Dubbi al riguardo sembrano espressi da G. MARAZZITA, *Guerra vietata, legittima e necessaria*, in [federalismi.it](#), 22/2022, 69 s., secondo il quale l'ideologia pacifista della Costituzione non sarebbe sinonimo di disarmo dell'Italia, non andrebbe cioè confusa con un pacifismo assoluto o con una sorta di neutralità disarmata, al fine di evitare posizioni pacifiste puramente illusorie.

<sup>10</sup> G.L. CONTI, *Aristotele, l'atimia e la guerra in Ucraina*, in [La Lettera AIC: Costituzione e guerra russo-ucraina](#), 2022, n. 4. Sulla nozione di aggressione e la configurazione degli estremi dell'art. 2, par. 4, della Carta delle Nazioni Unite si veda N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2021, 42 ss.

<sup>11</sup> Sarebbe sempre da prediligere, con ogni sforzo possibile, la via non violenta, con tutte le implicazioni che ne derivano sul piano etico, morale e, possibilmente, giuridico; anche se spesso si tratta di una scelta complessa, perché non presenta immediatamente al decisore la prospettiva di una soluzione soddisfattiva ma, a lungo termine, parrebbe quella più idonea a garantire un accordo duraturo, che non riprecipiti immediatamente in un nuovo conflitto, come è proprio delle soluzioni imposte militarmente sul campo. Su tale aspetto, per tutti, A. CAPITINI, *Le ragioni della non violenza. Antologia di scritti*, a cura di M. Martini, Pisa, 2016, part. 133 ss.

<sup>12</sup> Particolarmente drammatica è stata la vicenda dei rifugiati, presentatasi come la più consistente emergenza di questo tipo in Europa dopo la Seconda guerra mondiale. Sul punto, M. MALVICINI, *Il soccorso e l'assistenza dei rifugiati ucraini in Italia. Una prima lettura dei provvedimenti adottati a livello nazionale*, in [Diritti fondamentali.it](#), 2/2022, 174 ss.; C. SCISSA, *La protezione temporanea per le persone in fuga dall'Ucraina in Ue e in Italia: alcuni profili critici*, in [Questione Giustizia](#), 1/2022, 79 ss.

<sup>13</sup> M. FIORILLO, *Guerra e diritto*, cit., 91 ss.



luce delle vicende attuali, in cui il legislatore (o meglio, l'esecutivo) ha dovuto far ricorso alla decretazione d'urgenza come strumento per assicurare una risposta tempestiva al di fuori della dichiarazione dello "stato di guerra" (per il quale, obiettivamente, non sussistono i presupposti)<sup>14</sup>, riannodandosi alla consueta prassi invalsa prima dell'adozione della l. 21 luglio 2016, n. 145 (cfr. *infra*, par. 5). La necessità di trovare una adeguata copertura legale pare, inoltre, confermata dalla circostanza che tali decreti siano stati adottati nell'ambito di una cornice ben nota, quella dello "stato di emergenza", dichiarato ai sensi del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, che, come osservato nella gestione della pandemia, era pensato originariamente per fenomeni di ben altra natura.

## 2. Premesse teoriche e prospettive ideali sul passaggio dalla conflittualità reale all'attuazione del principio pacifista

L'aspetto sicuramente più denso di implicazioni sul piano sostanziale è quello attinente all'inquadramento assiologico dell'uso della forza nel sistema costituzionale italiano. Una scelta di metodo rigorosa, che voglia tenere il piano del diritto "isolato" da vicende squisitamente politiche, non riuscirebbe, però, a chiarire ogni dubbio sulla esatta portata di uno dei principi che ha trovato maggiore riconoscimento nel costituzionalismo del secondo dopoguerra, tanto da essere – pur con variabili sfumature<sup>15</sup> – largamente accettato (quantomeno in astratto): vale a dire, il "principio pacifista".

Ci si può interrogare sul reale significato che tale principio assume quando si vuole passare da una dimensione teorica alle concrete dinamiche che reggono le relazioni tra Stati, il più delle volte ancora improntate ai rapporti di potenza, nonché alla forza (intesa in senso militare) come fattore di deterrenza o di negoziazione. Questa potrebbe sembrare un'analisi che si colloca oltre i confini di uno studio che pretende di essere giuridico, tuttavia la sua importanza appare determinante se non si vuole ridurre a mera retorica il corretto intendimento del principio pacifista.

---

<sup>14</sup> Per quanto non siano mancate in dottrina posizioni tendenti a leggere una sorta di "belligeranza" dell'Italia in seguito alla cessione di apparati militari (M. VOLPI, *La guerra in Ucraina e il costituzionalismo democratico*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), 1/2022, XIII), a tale affermazione sembra doversi attribuire un valore più che altro ideologico o incentrato su una concezione giuridica della guerra che trova il suo fondamento in atti del passato, apparendo maggiormente aderente alle dinamiche dei rapporti internazionali contemporanei la posizione invalsa nella dottrina internazionalistica che qualifica la fornitura di armi come un "uso minore della forza", per cui gli Stati occidentali, pur non mantenendo una rigorosa neutralità, non sono qualificabili come belligeranti (E. CANNIZZARO, *La guerra ingiusta. Il conflitto in Ucraina fra diritto ed etica internazionale*, in G. Azzariti (cur.), *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*, Napoli, 2022, 25). Il profilo è analizzato con attenzione da G. MARAZZITA, *Guerra vietata, legittima e necessaria*, cit., 81 ss., il quale distingue le diverse tipologie di sostegno, in primo luogo avendo a mente il rapporto aggressore-agredito, ma, soprattutto, soffermandosi sulla specifica tipologia, ove la cobelligeranza non andrebbe confusa con l'invio di armamenti, il sostegno logistico o quello economico, configurandosi soltanto la prima nei termini della guerra in senso stretto. D'altra parte, la tesi della "cobelligeranza" pare smentita dalla stessa postura della Federazione Russa che, al di là dei proclami (si vedano, ad esempio, le dichiarazioni di Dmitrij Peskov, riportate dalla [Tass](http://Tass), il 26 gennaio 2023, secondo il quale Mosca percepisce la fornitura di armi da parte dei Paesi occidentali come una forma di coinvolgimento nel conflitto), non ha mai spinto la reazione oltre i bersagli "legittimi" situati in territorio ucraino, investendo altri Stati che pure forniscono varie tipologie di supporto all'Ucraina. Recentemente, nel senso che la fornitura di armi implichi una forma di vera e propria belligeranza, coinvolgendo di fatto l'Italia nel conflitto, M. CAVINO, *Cessione di armi all'Ucraina: non belligeranza?*, in [Eublog.eu](http://Eublog.eu), 8 marzo 2023, il quale non ritiene di poter identificare un concetto di "non belligeranza", quale terzo *genus* rispetto a quelli di "neutralità" o "belligeranza", dovendo questa piuttosto essere identificata come una «una particolare modalità di partecipazione alla guerra [...] che potrebbe legittimare una reazione, anche militare, delle altre parti in conflitto».

<sup>15</sup> Riferimenti puntuali a tale riguardo in R. IBRIDO, *I "fattori costituzionali condizionanti" della politica estera tra diritto e geopolitica*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2/2022, 365 ss.; nonché in A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre: la disciplina della guerra nel diritto costituzionale: profili comparatistici*, Torino, 2007, 109 ss. Per un'analisi di maggior dettaglio, avendo riguardo ad alcuni esempi di Costituzioni che hanno abbracciato al loro interno il principio pacifista, si veda, M. LOSANO, *Le tre costituzioni pacifiste. Il rifiuto della guerra nelle costituzioni di Giappone, Italia e Germania*, Frankfurt am Main, 2020.

In tale ambito, entra in gioco il profilo della effettività dei principi, per cui è necessario chiedersi se il principio pacifista consacrato in Costituzione sia effettivamente in grado di orientare le scelte del nostro paese sul versante bellico, ovvero rappresenti soltanto il precipitato giuridico del particolare contesto storico che vedeva l'Italia uscire sconfitta dalla guerra, denotando una scarsa aderenza alla realtà geopolitica che, lo si voglia o meno, vede ripetutamente presentarsi il fenomeno bellico a diverse latitudini, con diverse intensità e con sempre nuove modalità tecniche.

Secondo una lettura piuttosto diffusa nella riflessione geopolitica<sup>16</sup>, il dichiararsi l'Italia quale Paese ispirato dal principio pacifista rischia di far scontare una sorta di “inadeguatezza” della sua postura internazionale, con conseguente limitazione nella capacità di risposta di fronte all'uso della forza illegittimo. Come dire, è apprezzabile professarsi pacifisti, ma se altri Stati sono in guerra e i rapporti di alleanza militare o economica ci vedono – seppur non in prima linea – direttamente coinvolti nei conflitti, allora quello che appare un principio intangibile, granitico, rischia di trasformarsi in una illusione utopistica. Il dubbio è comprendere quanto il principio pacifista, consacrato a livello costituzionale, abbia inciso su tale percezione della collocazione geopolitica dell'Italia e quanto i principi costituzionali siano stati effettivamente in grado di imporsi alla realtà.

La percezione “iperrealista” della geopolitica non può, però, essere accolta acriticamente in una ricostruzione giuridico-costituzionale sul principio pacifista. E ciò dipende anche da una diversa graduazione del rilievo degli interessi in gioco. Quelli che vengono spesso additati come “interessi vitali” – tali da giustificare scontri armati “esistenziali” – si rivelano, all'occhio del giurista, del tutto contingenti<sup>17</sup>. Allo stesso modo, una diversa considerazione degli interessi politici in gioco dovrebbe portare al superamento della logica “imperiale” che ancora regge i rapporti tra potenze e delinea il quadro geopolitico. Un mondo diviso per sfere di influenza tra superpotenze, infatti, più che accrescere il livello di sicurezza, costituisce il perenne innesco di un «potenziale attacco alla pace e un permanente fattore di conflitti e di guerre»<sup>18</sup>.

Questa esigenza di creare sfere di influenza da parte delle “superpotenze” non appare tanto riconducibile ad una situazione di insicurezza sul piano internazionale, la quale può portare a percepire anche le azioni difensive come potenzialmente offensive, ma – come ha osservato Francis Fukuyama – alla “lotta per il riconoscimento” di una potenza<sup>19</sup>.

Se questa osservazione può essere convincente, il punto in cui Fukuyama sembra essere contraddetto dalla storia è quello in cui afferma che il progressivo processo di democratizzazione avrebbe portato a superare la “teoria dell'accerchiamento” e la percezione della minaccia esterna<sup>20</sup>, sulla base della convinzione che le democrazie non combattono tra loro e, se costrette a ricorrere alla forza, lo fanno soltanto contro Stati non democratici<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Emblematica la riflessione nell'editoriale di L. CARACCILO, *Sapore di sale*, in *Limes*, 8/2022, 9, secondo cui «le tre generazioni nate e vissute nei privilegi goduti per aver straperso la Seconda guerra mondiale dalla parte dei fortunati hanno evacuato la storia. E la guerra, tragedia che a intervalli irregolari minaccia ogni collettività. Stretti fra oblio del passato, incoscienza del presente e inerzia verso il futuro, tre gli esiti probabili: abbandonarsi al destino che non c'è, dilaniarsi nel terrore o ficcare la testa nella sabbia. Rimozione coltivata dall'esausta pedagogia europeistica, che ci vuole vegani in un mondo di onnivori. E ci invita a gloriarcene, quasi fruissimo di superiore dispensa dal fragore delle armi».

<sup>17</sup> Così M. DOGLIANI, *La guerra in Ucraina tra tabù nucleare e oltranzismo politico-mediatico*, in *Questione Giustizia*, 1/2022, 8, reputa che gli interessi debbano essere valutati in una prospettiva temporale più ampia e che gli stessi, per quanto rilevanti, non meriterebbero di essere difesi fino al punto di scatenare un “olocausto nucleare”.

<sup>18</sup> F. IPPOLITO, *Conferenza di pace per un nuovo accordo di convivenza internazionale*, in *Questione Giustizia*, 1/2022, 103.

<sup>19</sup> F. FUKUYAMA, *La fine della storia*, cit., 354. Tale osservazione appare in qualche misura adattabile alle recenti e complesse vicende che vorrebbero, tra le cause scatenanti del conflitto, anche il mancato riconoscimento delle “esigenze di sicurezza” della Russia da parte degli Stati occidentali.

<sup>20</sup> F. FUKUYAMA, *La fine della storia*, cit., 364 s.

<sup>21</sup> L'osservazione di Fukuyama non è nuova, in quanto già N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, a cura di C. Staiano, Milano, 2010, 36, aveva osservato come nessuna guerra fosse mai scoppiata tra Stati a regime democratico, ciò non esclude secondo il filosofo che Stati democratici possano fare guerre, ma normalmente non le farebbero tra loro. È significativo, però, che lo stesso Bobbio qualifichi la sua affermazione come “temeraria”, suscettibile di smentita.

Le attuali vicende legate al conflitto in Ucraina sembrano sovvertire la tesi del politologo statunitense, riportando alla ribalta la “teoria realista”<sup>22</sup>, in cui i conflitti possono aversi anche nel mondo del post-guerra fredda, ove permangono esigenze di mantenimento dell’equilibrio internazionale in un contesto di forze “anarchiche”. L’unica via di uscita sarebbe quella di ritenere che la Russia di oggi non corrisponda alla Russia che aveva in mente Fukuyama quando scriveva *La fine della storia*, ma abbia subito un processo di involuzione sul piano democratico rispetto all’inizio degli anni ’90, tornando ad essere Stato non democratico, potenziale antagonista degli Stati democratici, depositari in senso finalistico della storia.

Eppure la questione, con le dovute cautele, appare al giorno d’oggi molto più complessa. Non si può certo negare che la Russia manifesti più di una carenza sotto il profilo della democraticità e del rispetto dei diritti, ma, da una parte, l’esatta classificazione di uno Stato come democratico o non democratico è molto più sfumata in un contesto che si avvia progressivamente verso la multipolarità e, dall’altra, non è possibile una netta distinzione tra Stati democratici e non democratici in situazioni di conflitto. Nel primo senso, infatti, si può rilevare che a più centri di interesse e di potenza economico-militare possono corrispondere assetti di valore sul piano interno differenziati; ragion per cui, secondo un metro di valutazione “terzo” – come può essere quello proprio dello “stato di diritto” – Russia e Ucraina potrebbero apparire allo stesso modo non democratiche. Nel secondo, invece, non può non constarsi una forte disomogeneità che riguarda il rispetto dei principi dello stato di diritto tra Paesi alleati (sono note, ad esempio, le vicende problematiche di Polonia e Ungheria). L’impossibilità di pervenire ad una sostanziale omogeneizzazione dei valori rende impraticabile (oltre che fallace) ogni approccio tendente ad una divisione del mondo in “buoni” e “cattivi”.

Mentre autori come Fukuyama nutrono una certa fiducia nel primato delle democrazie liberali, e quindi sulla loro sopravvivenza, sul lungo periodo, nel confronto con gli Stati non democratici, altri autori, come Bobbio, pongono in termini più problematici la questione della sopravvivenza dei regimi democratici nel confronto con i regimi totalitari in un contesto sostanzialmente “anomico” quale la comunità internazionale<sup>23</sup>. Proprio a tal fine sarebbe essenziale il passaggio da uno stato “polemico” a uno stato “agonistico”, come Bobbio afferma, «dalla situazione caratteristica dello stato di natura, in cui la soluzione dei conflitti è affidata unicamente alla forza [...], alla nuova situazione in cui [...] i soggetti interessati s’impegnano a risolverli mediante negoziati che sfociano necessariamente in compromessi»<sup>24</sup>. Ciò non varrebbe ad escludere la conflittualità di base tra Stati, ma implicherebbe il passaggio a diverse modalità di risoluzione dei conflitti mediante strumenti negoziali e non violenti.

Emergerebbe così una nuova figura nei rapporti tra Stati, quella del c.d. terzo attivo, inteso come soggetto che non partecipa ad un conflitto, ma che pone in essere tutte le attività necessarie affinché il conflitto in atto tra altri contendenti possa essere superato. Esso può essere uno Stato<sup>25</sup>, ma anche un Giudice o una Corte internazionale, il cui riconoscimento da parte dei contendenti implica una ulteriore evoluzione nella risoluzione pacifica delle controversie internazionali<sup>26</sup>. Ciò dovrebbe condurre al superamento di un equilibrio instabile basato sul terrore ad un equilibrio stabile basato sull’esistenza di un potere superiore universalmente riconosciuto<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> La teoria realista si reggerebbe sul mantenimento dell’equilibrio tra le potenze, ragion per cui il diritto internazionale come possibile “limite” alla conflittualità tra potenze sarebbe illusorio, ove l’unico rimedio effettivo, in grado di garantire la sicurezza, sarebbe dato dall’equilibrio tra forze militari. Al riguardo, Fukuyama cita H. MORGENTHAU, *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace*, New York, 1985.

<sup>23</sup> N. BOBBIO, *Democrazia e sistema internazionale*, in ID., *Il futuro della democrazia*, cit., 197.

<sup>24</sup> N. BOBBIO, *Democrazia e sistema internazionale*, cit., 200.

<sup>25</sup> Tale figura non avrebbe valenza puramente teorica, basti pensare che nel conflitto tra Russia e Ucraina da più parti è stato sottolineato che i Paesi NATO o i Paesi UE potrebbero fornire il proprio aiuto all’Ucraina aggredita affiancandola nei negoziati e facendo valere la loro ben maggiore forza di persuasione, in modo da pervenire ad una immediata cessazione dell’aggressione con il minor costo possibile per l’aggredito. Cfr. L. FERRAJOLI, *Pacifismo e costituzionalismo globale*, in *Questione Giustizia*, 1/2022, 107.

<sup>26</sup> N. BOBBIO, *Democrazia e sistema internazionale*, cit., 202.

<sup>27</sup> N. BOBBIO, *Democrazia e sistema internazionale*, cit., 209.

Inizia così a meglio delinearci un significato del principio pacifista dotato di valenza concreta. Esso non andrebbe letto soltanto in chiave valoriale, ma metodologica, dove ad assumere rilievo – più che il semplice ripudio nell’uso della forza potenzialmente destinato ad essere travolto dalla contingenza delle relazioni internazionali – sarebbe l’elemento dialogico, la necessità di perseguire come prioritaria via di risoluzione dei conflitti quella negoziale e di non abbandonarla nemmeno ove l’uso della forza sia ormai in atto<sup>28</sup>.

Ciò implicherebbe, a maggior ragione, la rinuncia a qualsiasi tentativo di connotare in chiave etica o morale un conflitto. Così come non può essere accolto un concetto di guerra giusta, allo stesso modo non potrebbero delinearci i caratteri di una pace giusta, la quale non accetterebbe aprioristicamente alcun compromesso, ingiusto per definizione<sup>29</sup>.

Recentemente sono state avanzate proposte – tendenti a definire modelli ideali basati sul dover essere<sup>30</sup> – al fine di condurre il principio pacifista ad una valenza prescrittiva che oggi non avrebbe e di superare le attuali relazioni conflittuali tra Stati. A tale riguardo Luigi Ferrajoli parte dalla considerazione che la pace non è uno stato naturale, ma artificiale<sup>31</sup>, e come tale deve essere perseguito attraverso una serie di misure cogenti a livello internazionale<sup>32</sup>. Queste andrebbero dalla previsione di un espresso divieto internazionale della guerra, assicurato attraverso un più concreto divieto di produrre armi, quali “beni micidiali costituzionalmente illeciti”, fino all’abolizione degli eserciti nazionali e al superamento della sovranità statale<sup>33</sup>. Tale evoluzione sarebbe condizione necessaria alla costituzione di una “federazione” di Stati, nella consapevolezza del fallimento dell’Organizzazione delle Nazioni Unite ancora incentrata sugli Stati sovrani quali soggetti principali. Un’idea antica, che rimanda al pensiero kantiano<sup>34</sup>, ma che presenta al giorno d’oggi un ostacolo difficilmente superabile: l’impossibilità di ricondurre ad un novero sufficientemente omogeneo Stati ispirati a tradizioni culturali e valori notevolmente differenziati<sup>35</sup>. Si torna così al punto di partenza, alla necessità di attribuire al principio pacifista una dimensione concretamente applicabile in un contesto conflittuale che tutt’oggi vede gli Stati sovrani quali attori primari (ma con soltanto alcuni nel ruolo di “protagonisti”) dell’ordine internazionale.

---

<sup>28</sup> Osserva, infatti, M. DOGLIANI, *La guerra in Ucraina*, cit., 11, che «il divieto giuridico della guerra – con la sua necessaria assolutezza – ha indotto una confusione tra il piano del dover essere e quello dell’essere». Così il principio del ripudio della guerra si rivelerebbe del tutto inadeguato a eliminare un fenomeno fattuale come la guerra.

<sup>29</sup> M. DOGLIANI, *La guerra in Ucraina*, cit., 8.

<sup>30</sup> Come lo stesso Autore in altra sede precisa (L. FERRAJOLI, *Pacifismo e costituzionalismo globale*, cit., 111), a risposta di eventuali critiche di utopismo mosse alla sua proposta, l’unica soluzione irrealistica è quella di continuare a pensare che l’umanità possa andare avanti a lungo seguendo negli stessi errori e conflitti.

<sup>31</sup> L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra*, cit., 95.

<sup>32</sup> L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra*, cit., 149 ss., definisce anche la concreta articolazione dei divieti in questione in un ipotetico progetto di Costituzione globale. Nel suo disegno la pace sarebbe qualificata quale diritto fondamentale del popolo e dovere assoluto delle istituzioni statali e globali (art. 32), la sua garanzia sarebbe connessa al divieto di produrre e commercializzare beni micidiali quali beni illeciti (art. 52), tra questi rientrerebbero le armi, in particolare le armi nucleari. Nello specifico la produzione di armi sarebbe messa al bando per i privati e posta una riserva di produzione e detenzione esclusivamente in capo a soggetti pubblici (art. 53). Agli artt. 60 e 61 afferma che gli Stati devono intrattenere rapporti pacifici e solidali, per cui eventuali controversie vanno risolte in via negoziale o mediante arbitrati o rivolgendosi alla Corte internazionale di giustizia. Il Consiglio di sicurezza (art. 67), nel quale non sarebbe esercitabile il veto, è dotato del monopolio della forza, disponendo del Comitato di Stato maggiore (art. 68). Quest’ultimo è l’unico soggetto abilitato a disporre della forza, mentre gli eserciti nazionali sono soppressi, residuando al più come articolazioni del Comitato (art. 77).

<sup>33</sup> Superamento delle sovranità nazionali da sempre posto alla base di qualsiasi progetto di avvicinamento tra Stati, come emerge dalle pagine del *Manifesto di Ventotene*. Si veda A. MANZELLA, *Il diritto europeo e la Costituzione*, in *Corriere della Sera*, 26 settembre 2022. D’altra parte, il “diritto” a fare la guerra è sempre stato considerato una delle massime espressioni della sovranità dello Stato, per cui il superamento di tale concetto favorirebbe la transizione della guerra da presunto diritto a fatto illecito a tutti gli effetti. Il ricorso alla guerra è ancora oggi espressione di un continuo ritorno ad una realtà arcaica dei rapporti tra Stati e tra uomini. Cfr. F. IPPOLITO, *Conferenza di pace per un nuovo accordo di convivenza internazionale*, cit., 102.

<sup>34</sup> L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra*, cit., 76 ss.

<sup>35</sup> Affinché tale lega possa funzionare, osserva F. FUKUYAMA, *La fine della storia*, cit., 389, sarebbe necessario che tutti gli Stati aderenti abbiano la forma della democrazia liberale.

Volendo tornare sui passi dell'analisi più strettamente giuridica che in questo lavoro si intende portare avanti, emerge che, alla luce del contesto, le clausole pacifiste andranno adeguatamente intese, per evitare una loro riduzione a mere dichiarazioni di principio. Innanzitutto, può considerarsi valida la distinzione proposta in dottrina tra clausole pacifiste in senso stretto e regole di neutralizzazione, giacché le prime «non si propongono di introdurre “uno stato giuridico di negazione/astensione radicale dalla conflittualità” ma semmai di definire un “principio costituzionale di indirizzo per la politica degli organi di governo” nonché “un valore” giuridicamente cogente»<sup>36</sup>. Per tale ragione si rileva la tendenza a collocare nei testi costituzionali le clausole pacifiste non isolatamente, ma affiancandole alle c.d. “clausole di apertura internazionale”, proprio per far sì che le stesse non restino concluse all'ordinamento nazionale, cosa che ne ridurrebbe estremamente l'effettività<sup>37</sup>, ma vadano interpretate in maniera “dinamica”<sup>38</sup>, senza omettere il dato realistico della collocazione di uno Stato in una comunità più ampia e della necessità di perseguire le opportune vie di cooperazione all'interno di questa<sup>39</sup>.

Così il principio pacifista assume una collocazione specifica che vale a potenziarne l'effettività in chiave metodologica. Esso è sì principio supremo, in grado di orientare le scelte di uno Stato sull'uso della forza, ma non va tenuto distinto dal contesto internazionale di riferimento, pena il rischio di restare totalmente vincolato alla realtà senza essere in grado di incidere minimamente su questa. Allo stesso tempo, se ne deve proporre una lettura non rigida, adeguata alle vicende concrete, che tenga come punto di riferimento imprescindibile la necessità di risolvere le controversie internazionali prioritariamente attraverso i mezzi negoziali.

### *3. Il ripudio della guerra come principio informatore dell'intero sistema delle fonti sull'uso della forza*

Il principio cardine che, nell'ordinamento italiano, l'art. 11 Cost. pone ad informare qualsiasi atto o iniziativa che implichi l'uso della forza sul versante “esterno”, è quello del “ripudio della guerra”, secondo una definizione densa di significato<sup>40</sup>, scelta per trasfondere nel testo costituzionale il richiamato “principio pacifista” e che esplicita in modo chiaro la posizione del Costituente sul ricorso alla violenza. Una scelta di valore netta e inequivocabile, che si riflette, orientandone i contenuti, sull'intero sistema delle fonti che si riferiscono alla guerra, anche di natura organizzativo-procedimentale a qualunque livello. Il principio del ripudio assume, quindi, uno specifico significato che segna anche il limite all'uso della forza, individuando, quale unica ipotesi ammessa, la difesa contro un'aggressione e sempre che la reazione sia proporzionata all'offesa<sup>41</sup>.

Le scelte politiche sull'uso della forza adottate nell'ambito delle istituzioni italiane hanno indotto a qualificare il ripudio della guerra come un principio costituzionale largamente “inattuato”<sup>42</sup>. La complessità applicativa del principio deriva anche dalla circostanza che esso non va confuso, sul

---

<sup>36</sup> Secondo la tesi sostenuta da R. IBRIDO, *I “fattori costituzionali condizionanti” della politica estera*, cit., 364 s., secondo il quale tra clausole pacifiste e norme di neutralizzazione vi sarebbe anche una distinzione sul piano delle fonti attecchendosi le prime come principi e le secondo come regole.

<sup>37</sup> La proclamazione del ripudio della guerra potrebbe al più essere efficace sul piano del diritto interno, come osserva M. DOGLIANI, *La guerra in Ucraina e il tabù nucleare*, cit., 11, influenzando, ad esempio, le decisioni concernenti l'invio di armi a un Paese in guerra, ma non sarebbe in grado di incidere minimamente sulla risoluzione delle cause che quella guerra hanno provocato.

<sup>38</sup> R. IBRIDO, *I “fattori costituzionali condizionanti” della politica estera*, cit., 369.

<sup>39</sup> Per cui, quello che A. RUGGERI, *I diritti fondamentali e la guerra*, in [Diritti fondamentali.it](https://www.dirittifondamentali.it), 1/2023, 217, chiama diritto alla “non guerra” solo in parte potrà essere goduto in virtù dell'autodeterminazione dello Stato.

<sup>40</sup> Sulla scelta terminologica del “ripudio” in luogo di altre soluzioni quali “rinuncia” o “condanna” della guerra in Assemblea costituente, si rimanda, per tutti, a M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, 2010, 33 ss.

<sup>41</sup> M. CARTABIA, L. CHIEFFI, *Sub art. 11 Cost.*, cit., 268.

<sup>42</sup> M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra*, cit., 26.

piano concreto, con un obbligo costituzionalmente imposto di “neutralità attiva”<sup>43</sup>. Si tratta di due concetti distinti, ove la neutralità indica un preciso stato giuridico, mentre il ripudio si connota quale “principio di indirizzo”<sup>44</sup>. Ciò pare implicare, quindi, che il principio del ripudio abbia, allo stesso tempo, una portata oggettiva più ristretta di quello di neutralità, ma più pregnante dal punto di vista assiologico. Il ripudio non impone l’equidistanza tra parti in conflitto, ma esclude soltanto la scelta di strumenti “violenti” quali mezzi di risoluzione delle controversie.

In tal senso, non sarebbe preclusa l’adozione di posizioni “di condanna” verso Stati che si assume abbiano violato le regole della comunità internazionale, ma ciò non dovrebbe tradursi in comportamenti che implicano un uso diretto o indiretto della forza, salva sempre l’eccezione della difesa contro l’aggressione<sup>45</sup>. Il principio del ripudio della guerra non vuole, quindi, essere una irenica negazione del fenomeno bellico, il cui accadimento è un dato incontrovertibile<sup>46</sup>, ma operare come vincolo per gli organi politici all’atto di qualsiasi scelta che implichi l’uso della forza bellica<sup>47</sup>.

Sul piano strettamente ermeneutico, dell’art. 11 Cost. sono state fornite diverse letture, le quali sembrano sottolineare una tendenziale differenza di approccio tra quegli autori (in maggioranza tra i costituzionalisti) più attenti a valorizzare il carattere supremo del principio del ripudio della guerra e quelli (all’apparenza prevalenti tra gli internazionalisti) maggiormente focalizzati sulla legittimità dell’autodifesa alla luce delle regole positive o delle consuetudini formatesi sul piano internazionale.

Proprio a tale riguardo, la dottrina prevalente<sup>48</sup> ha sostenuto la preferibilità di una lettura unitaria dell’art. 11 Cost., con il principio pacifista formulato nel primo enunciato che fornisce una chiara direttrice interpretativa della seconda parte.

Tuttavia, non sono mancate voci autorevoli<sup>49</sup> che hanno, invece, individuato nell’art. 11 Cost. due distinti principi – pacifista e internazionalista<sup>50</sup> – da porre in bilanciamento tra loro, in modo da consentire una maggiore aderenza del dettato costituzionale all’evoluzione dei rapporti della comunità internazionale in cui l’Italia si è inserita nel dopoguerra. Le due tesi, per le loro implicazioni, sarebbero rispettivamente portatrici di una sorta di “purismo costituzionale” ovvero di “realismo politico”, in quanto la prima tende a valorizzare la connotazione in chiave di principio fondamentale – e quindi inderogabile – del pacifismo, mentre la seconda evidenzia il processo di apertura e

---

<sup>43</sup> Cfr. M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra*, cit., 103. “Neutralità attiva” che non andrebbe confusa con il diverso concetto di “Pacifismo attivo” elaborato da N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, 1979, secondo il quale l’unico modo per evitare la guerra non sarebbe in epoca atomica la sua condanna a posteriori, ma implica un intervento preventivo ed etico diretto a sostituire i mezzi violenti di risoluzione delle controversie che per secoli hanno caratterizzato i rapporti tra Stati con nuovi mezzi non violenti.

<sup>44</sup> G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004, 38 ss.

<sup>45</sup> Sul punto si rimanda a quanto già osservato da G. MARAZZITA, *Guerra vietata, legittima e necessaria*, cit., 81 ss. Si può aggiungere al riguardo una ulteriore distinzione che emergerebbe dall’analisi sopra riportata, quella tra “Stato belligerante” e “Stato ostile”. Sono due concetti che non si implicano a vicenda, proprio perché la Costituzione non impone all’Italia una “neutralità di posizione” precludendole nel caso di assumere una posizione avversativa – e quindi “ostile” – alla condotta internazionale di determinati Stati, anche mediante la condanna morale e giuridica (ove possibile) delle loro azioni.

<sup>46</sup> M. FIORILLO, *Guerra e diritto*, cit., 93.

<sup>47</sup> M. FIORILLO, *Guerra e diritto*, cit., 114.

<sup>48</sup> L. CARLASSARE, *L’art. 11 nella visione dei Costituenti*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), 1/2013, 11 ss.; M. CARTABIA, L. CHIEFFI, *Sub art. 11 Cost.*, cit., 278; C. DE FIORES, *Il principio costituzionale pacifista, gli obblighi internazionali e l’invio di armi a paesi in guerra*, in G. Azzariti (cur.), *Il costituzionalismo democratico*, cit., 32 s.; A. APOSTOLI, *L’Italia è una Repubblica democratica fondata anche sul principio pacifista*, in G. Azzariti (cur.), *Il costituzionalismo democratico*, cit., 145; N. LUPO, *L’art. 11 della Costituzione e l’appartenenza dell’Italia all’Alleanza atlantica*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2022, 2023, 24.

<sup>49</sup> G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., 20 ss.; nonché, recentemente, ID., *La Costituzione e il ritorno della guerra*, in [Osservatorio AIC](http://OsservatorioAIC.it), 3/2022, 5.

<sup>50</sup> È stato sottolineato che l’importanza di tale principio deriverebbe dalla volontà di non isolare l’Italia dalle relazioni con gli altri Stati, inserendola in un contesto di organizzazioni internazionali, anche deputate alla sicurezza collettiva, finalizzate alla promozione della pace e della giustizia (L. VENTURA, V. PUPO, *Osservazioni sui problemi internazionali e interni conseguenti alla guerra in Ucraina*, in [Forum di Quaderni costituzionali](http://Forum di Quaderni costituzionali), 3/2022, 13).

integrazione del dettato costituzionale ad opera dei trattati internazionali, vincolanti per lo Stato italiano<sup>51</sup>.

Dal punto di vista degli effetti generali delle due tesi, la prima non potrebbe accettare, in nessun caso, che il principio del ripudio sia derogato da disposizioni del diritto internazionale, anche consuetudinario, mentre la seconda ritiene che l'art. 11 Cost. vada letto alla luce dell'evoluzione di concetti propri del diritto internazionale, ad esempio sulla nozione di guerra e della legittimità dell'uso della forza<sup>52</sup>. Per quanto la tesi della lettura unitaria dell'art. 11 Cost. sia apparentemente più rigorosa (e, quindi, condivisibile) sul piano astratto, entrambe le soluzioni si possono prestare ad osservazioni critiche. La tesi che vuole l'art. 11 Cost. portatore di due distinti principi bilanciabili tra loro pare pervenire a soluzioni che degradano il carattere assoluto del principio pacifista, in ragione della realtà fattuale che si impone a livello internazionale; mentre la tesi che assegna valore preminente al ripudio, per quanto apprezzabile sul piano ideologico, va incontro a difficoltà sul piano eminentemente operativo, quando la guerra – volenti o nolenti – fosse esplosa e rispetto ad essa vada assunta una posizione che non si traduca in mero “pilatismo”. Come detto, tale ultima tesi potrebbe leggersi attribuendo al principio del ripudio un valore strumentale-metodologico, vale a dire come rifiuto di usare la guerra quale strumento di “risoluzione” delle controversie internazionali. Ciò non significa rinuncia assoluta all'uso della forza, ma finalizzazione della stessa all'esclusivo ristabilimento della pace, senza che possa tradursi in strumento di risoluzione della controversia<sup>53</sup>. Un uso della forza che risulterebbe illegittimo ogniqualvolta non fosse accompagnato da sforzi concreti di pervenire alla soluzione di una controversia tramite il dialogo e il negoziato<sup>54</sup> (situazione che, di fatto, sta paralizzando il conflitto in Ucraina in una illegittima guerra di logoramento tra parti non comunicanti).

La necessità di una visione pacifista, in cui l'uso della forza sia assoggettato a forti limiti, appare oggi tanto più opportuna, non solo perché non è possibile accogliere una nozione giuridicamente coerente di “guerra giusta”, dato che la “giustizia” finirebbe per avere un connotato più che altro etico e relativizzato al giudizio di valore dei contendenti<sup>55</sup>, ma soprattutto perché l'avvento del nucleare ha trasformato il concetto di guerra da strumento con fini politici<sup>56</sup> a strumento di annientamento totale<sup>57</sup>. Questa osservazione si sottrae alla critica di “fallacia naturalistica” in quanto

---

<sup>51</sup> Per quanto più da vicino attiene agli eventi recenti, è stato discusso se tra le organizzazioni coperte dal dettato dell'art. 11 Cost. rientri anche la NATO, istituita dal Trattato del Nord Atlantico del 1949, ovvero se i fini del Trattato non si pongano in contrasto con quelli fissati a livello costituzionale. Osserva N. LUPO, *L'art. 11 della Costituzione*, cit., 29 ss., che la giurisprudenza nazionale ha per lo più evitato di entrare nel merito di una questione estremamente “delicata”, tuttavia, nei rari casi in cui i giudici hanno avuto incidentalmente modo di intervenire sul punto, è risultata assorbente la natura “difensiva” dell'Alleanza, come tale idonea ad assicurare la pace e la giustizia tra le nazioni.

<sup>52</sup> Proprio alla luce di tale considerazione, autorevole parte della dottrina ritiene che la Costituzione non fornisca una puntuale e autonoma definizione del fenomeno bellico coperto dal principio del ripudio, ponendo piuttosto una “norma in bianco” che devolve al diritto internazionale la sua individuazione, talvolta mutevole (G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., 71 ss.; recentemente su tali posizioni anche G. MARAZZITA, *Guerra vietata, legittima e necessaria*, cit., 56). Contrariamente (M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra*, cit., 37 ss.) è stato ritenuto che non vi sarebbe una totale identificazione tra il concetto di guerra accolto a livello costituzionale e quello mutevole del diritto internazionale, assumendo la nozione costituzionale una valenza molto più ampia.

<sup>53</sup> L. FERRAJOLI, *La guerra e il futuro dell'ordine internazionale*, in G. Prestipino (cur.), *Guerra e pace*, Napoli, 2004, 191.

<sup>54</sup> Come pare emergere da una delle massime del pensiero kantiano sulla pace, ove illustra il sesto articolo preliminare ad una pace perpetua secondo cui «nessuno Stato in guerra con un altro deve permettersi atti di ostilità tali da rendere impossibile la reciproca fiducia nella pace futura» (I. KANT, *Per la pace perpetua (1795)*, trad. it. di M. Montanari e L. Tundo Ferente, Milano, 2010, 20).

<sup>55</sup> M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra*, cit., 71 ss.; M. FIORILLO, *Guerra e diritto*, cit., 12; G. AZZARITI, *La pace attraverso il diritto. Una conferenza internazionale per la sicurezza tra le nazioni*, in Id. (cur.), *Il costituzionalismo democratico moderno*, cit., 4.

<sup>56</sup> Cfr. M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra*, cit., 29 s., replicando la nota massima di Von Clausewitz secondo cui “la guerra è la continuazione della politica con altri mezzi” (C. VON CLAUSEWITZ, *Della guerra (1832)*, trad. it. di A. Bollati ed E. Canevari, Milano, 2017).

<sup>57</sup> M. CARTABIA, L. CHIEFFI, *Sub art. 11 Cost.*, cit., 270, osservano che per un lungo periodo di tempo la pace è stata assistita dal c.d. principio di deterrenza nucleare, una pace retta quindi sull'equilibrio del terrore della mutua distruzione

non è diretta a fornire giustificazione ad un regime giuridico – derivando un dover essere dall’essere, in contrasto con la necessità di regolare il fenomeno bellico a prescindere, qualunque sia la sua portata – ma alla presa d’atto dell’evoluzione della guerra che rende, al giorno d’oggi, imprescindibile trovare dei meccanismi in grado di contenere gli esiti irreparabilmente catastrofici e devastanti di un conflitto atomico<sup>58</sup>.

Le vicende recenti hanno, infine, messo in luce l’interazione tra dettato costituzionale e diritto internazionale, pattizio e consuetudinario, proprio in relazione alla nozione di “guerra difensiva”. La legittimità del supporto all’Ucraina parrebbe trovare conforto nell’art. 51 della Carta delle Nazioni Unite, nella parte in cui riconosce il «il diritto naturale di auto-tutela individuale o collettiva, nel caso che abbia luogo un attacco armato contro un Membro delle Nazioni Unite», nonché in una corrispondente consuetudine internazionale che si sarebbe formata in ordine alla legittima difesa collettiva, vincolante per l’Italia ai sensi dell’art. 10 Cost.<sup>59</sup>.

Tale soluzione, tuttavia, non è andata esente da critiche, in particolare perché pare offrire una lettura riduttiva della immediata capacità precettiva dei principi fondamentali della Costituzione, quasi che gli stessi siano stati soppiantati, in via di fatto, dal diritto internazionale<sup>60</sup>. È significativo, infatti, che il ripudio della guerra vada annoverato tra i principi supremi dell’ordinamento i quali, secondo la tesi esemplarmente espressa dalla Corte costituzionale nella sentenza [22 ottobre 2014, n. 238](#), costituiscono «limite all’ingresso [...] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l’ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l’art. 10, primo comma della Costituzione». Ove le consuetudini internazionali sulla difesa legittima estendessero l’ambito della guerra “lecita”, ben oltre il confine stabilito dall’art. 11 Cost., non potrebbe precludersi l’attivazione dei c.d. controlimiti, aventi lo scopo di preservare «gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell’ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale»<sup>61</sup>.

Questa parentesi sul significato del ripudio della guerra nel nostro ordinamento consente di raccordare il piano dei principi con quello della procedura. È, infatti, vero che l’ordinamento italiano, pur denotando carenze sul piano dell’organicità della risposta normativa al fenomeno bellico, è dotato di disposizioni che regolano le dinamiche procedurali e il rapporto tra organi in tali evenienze – su tutte l’art. 78 Cost. –, ma le assoggetta al vincolo assiologico dell’art. 11 Cost., che segna il limite materiale all’interno del quale esse possono “muoversi”.

---

assicurata tra potenze. Tale assetto, maturato durante il periodo della guerra fredda, sembra andare incontro a nuove, inquietanti evoluzioni legate al conflitto in Ucraina, con la più volte ventilata minaccia del ricorso al nucleare come strumento di difesa di interessi esistenziali dello Stato. Se così fosse, a mutare sarebbe il “verso” della deterrenza, da strumento di equilibrio del terrore (ma dissuasore di conflitti) a strumento di conseguimento di obiettivi politici difficilmente raggiungibili tramite mezzi convenzionali. Ciò pare confermare quanto sostenuto da N. BOBBIO, *Democrazia e sistema internazionale*, cit., 209, il quale sottolineava la fragilità di un equilibrio affidato esclusivamente alla dissuasione del terrore, sempre sul punto di rompersi innescando conseguenze irrimediabili per l’umanità intera.

<sup>58</sup> D’altra parte, il diritto parte sempre dalla realtà, senza che ciò implichi la derivazione della regola dall’osservazione di un fenomeno empirico, ma senza cadere nell’altrettanto errata pretesa di un diritto svincolato dai fenomeni, con il rischio che una costruzione giuridica, fondata soltanto sul principio, rischi di peccare di astrattismo. Non ci vuole molto a comprendere che la guerra al giorno d’oggi sia qualcosa di molto diverso da quella ottocentesca: dal moschetto ad avancarica siamo passati alle armi atomiche, dagli eserciti che si scontravano in campo aperto, secondo regole ben precise, siamo passati ai missili ipersonici, in grado di veicolare testate nucleari a distanza di migliaia di chilometri in pochi minuti. Sulla differenza tra le catastrofi del passato e quelle potenziali di oggi cfr. L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra*, cit., 72.

<sup>59</sup> G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione e il ritorno della guerra*, cit., 19 s.; M. IOVANE, *Il conflitto ucraino e il diritto internazionale*, cit., 14; L. VENTURA, V. PUPO, *Osservazioni sui problemi internazionali e interni conseguenti alla guerra in Ucraina*, cit., 17; G. MARAZZITA, *Guerra vietata, legittima e necessaria*, cit., 75 s.

<sup>60</sup> G. AZZARITI, *La Costituzione rimossa*, cit., I.

<sup>61</sup> M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra*, cit., 84 s.; G. AZZARITI, *La pace attraverso il diritto*, cit., 8; C. DE FIORES, *Il principio costituzionale pacifista*, cit., 42 s.; A. ALGOSTINO, *Pacifismo e movimenti tra militarizzazione della democrazia e Costituzione*, in G. Azzariti (cur.), *Il costituzionalismo democratico moderno*, cit., 77; A. APOSTOLI, *L’Italia è una Repubblica democratica fondata anche sul principio pacifista*, cit., 153 ss.; in particolare L. RONCHETTI, *Risoluzione delle controversie internazionali e Costituzione: l’Italia ha il dovere costituzionale di farsi mediatrice per la pace*, in G. Azzariti (cur.), *Il costituzionalismo democratico moderno*, cit., 295 ss.



#### 4. La “dichiarazione dello stato di guerra” di come modello dei rapporti tra Poteri nella decisione sull’uso della forza

La prima disposizione a venire in rilievo è quella dell’art. 78 Cost. sulla deliberazione dello “stato di guerra”, la quale assume un valore per lo più esemplificativo, visto che in oltre 70 anni di storia costituzionale non è mai stata concretamente utilizzata, al punto che in dottrina si è sottolineata una sua sostanziale “inattuazione”, soppiantata da una diversa articolazione dei rapporti tra organi<sup>62</sup>, ovvero il suo carattere oramai obsoleto o “desueto”<sup>63</sup>, in quanto, tra le altre ragioni<sup>64</sup>, portatrice di un modello del fenomeno bellico non più corrispondente all’attualità, ove la guerra non si dichiara, ma semplicemente si fa<sup>65</sup>. Tale meccanismo non può essere letto isolatamente, ma deve essere collocato all’interno di un più ampio quadro costituzionale avente ad oggetto i fenomeni bellici. Non solo la disposizione dall’art. 11 Cost., ma anche degli artt. 60, 103 e, soprattutto, 87 Cost., tutte disposizioni, ad eccezione forse dal solo art. 11 Cost., che hanno carattere procedimentale, ma si riferiscono ad una situazione di fatto ormai di difficile verifica.

Come emerge anche dai lavori preparatori in Assemblea costituente<sup>66</sup>, lo stato di guerra attiene alle conseguenze giuridiche di un fenomeno umano, non è la pretesa legittimazione giuridica del suo accadimento (la quale rinviene il suo fondamento solo nell’art. 11 Cost.). Ad essere legittimate sono le conseguenze giuridiche della deliberazione, attraverso l’instaurazione di un regime giuridico emergenziale. Così, per quanto anacronistico, l’art. 78 Cost. resta una norma sull’emergenza. I contenuti dell’art. 78 Cost. non possono essere letti disgiuntamente da quelli dell’art. 87, comma 9, Cost. Le Camere deliberano lo stato di guerra conferendo al Governo i poteri necessari, ma la dichiarazione dello stato di guerra spetta al Presidente della Repubblica, venendo ad essere così coinvolti, in tale delicata decisione, organi con connotati diversi: rappresentativi, esecutivi, di garanzia.

L’art. 78 Cost. appare, per certi versi, lacunoso, in quanto non specifica né la natura dell’atto con cui lo stato di guerra è deliberato dalle Camere<sup>67</sup>, né il contenuto e i limiti dei “poteri necessari” conferiti al Governo. La collocazione “topografica” della disposizione induce a ritenere che essa operi come “norma sulle fonti”, oltre che come norma di organizzazione dei poteri, anche in ragione della circostanza che, verosimilmente, i “poteri necessari” del Governo si esplicheranno mediante atti di natura normativa. Proprio a tale riguardo, in dottrina è stato suggerito che l’art. 78 Cost. abiliti il

---

<sup>62</sup> M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra*, cit., 126 ss.

<sup>63</sup> Per questa tesi G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., 227 ss.; sostenuta più di recente anche da A. VEDASCHI, *Sub Art. 78 Cost.*, in Aa.Vv. (curr.), *La Costituzione italiana*, I, Bologna, 2021, 148.

<sup>64</sup> Per una rassegna delle ragioni che hanno condotto a non dare mai applicazione all’art. 78 Cost. si veda P. CARNEVALE, *Guerra, Costituzione e legge. Qualche riflessione sul trattamento costituzionale della guerra anche alla luce della recente legge sulle missioni internazionali*, in P. CARNEVALE, E. GREPPI, K. ROUDIER, *Il diritto della Guerra e della Pace*, Napoli, 2019, 38 ss., il quale rileva: il mancato verificarsi di un conflitto diretto nel senso tradizionale del termine; la riconduzione della legittimità dei conflitti degli ultimi anni al principio di cui all’art. 11 Cost.; l’inerenza della disposizione all’attivazione di uno stato bellico emergenziale e non alla decisione sulla guerra, la quale, per propria natura, potrebbe essere solo difensiva. A questi tre se ne può aggiungere un quarto, ossia che la guerra a cui si riferisce l’art. 78 Cost. è un fenomeno diverso dalla semplice partecipazione di contingenti italiani in operazioni militari, cosa che richiede un impegno più “contenuto” rispetto al modello di guerra che avevano presente i costituenti. Cfr. A. LO CALZO, *Interazioni tra dimensione sovranazionale e dimensione nazionale*, cit., 664; G. MARAZZITA, *Guerra vietata, legittima e necessaria*, cit., 72.

<sup>65</sup> M. FIORILLO, *Guerra e diritto*, cit., 126.

<sup>66</sup> A. PATRONI GRIFFI, *Sub art. 78 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (curr.), *Commentario alla Costituzione italiana*, II, Torino, 2006, 1534.

<sup>67</sup> È discusso, infatti, in dottrina se la deliberazione dello stato di guerra debba avvenire con atto legislativo (G. FERRARI, *Guerra (stato di) (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 834; P. PINNA, *Guerra (stato di)*, in *Dig. disc. pubb.*, VIII, Torino, 1993, 57), ovvero per mezzo di delibera bicamerale non legislativa (M. SCUDIERO, *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, Napoli, 1969, 78).

Governo all'adozione di atti normativi mediante una forma di "delegazione anomala"<sup>68</sup>, restando comunque impregiudicata la questione della specifica natura degli atti, se essi vadano qualificati alla stregua di decreti delegati o di veri e propri decreti-legge, per i quali, tuttavia, si porrebbero peculiari vicende in relazione alla esigenza di conversione, vista l'estrema provvisorietà della situazione emergenziale che potrebbe rendere superfluo il normale passaggio parlamentare. Per tale ragione si ritiene che, qualunque sia la loro natura, questi atti rinvengono il fondamento legittimante nel previo conferimento dei poteri al Governo all'esito della deliberazione dello stato di guerra<sup>69</sup>. Proprio tale connessione alla deliberazione avrebbe indotto a ritenere che gli atti normativi adottati dal Governo, sulla scorta dell'art. 78 Cost., non siano assimilabili a nessuno di quelli disciplinati dagli articoli precedenti<sup>70</sup>. In connessione a tale profilo si pone il problema dei "limiti" ai poteri necessari, per definizione non assimilabili ai "pieni poteri" e, quindi, da intendere in senso "finalistico". Se è vero che il contenuto effettivo dei poteri è quello determinato nell'atto di conferimento, questo a sua volta incontra il limite primo dell'art. 11 Cost., per cui dovrebbe in ogni caso trattarsi di quei poteri assolutamente indispensabili a fronteggiare una guerra legittima sul piano costituzionale (vale a dire, non aggressiva)<sup>71</sup>.

Il carattere obsoleto dell'art. 78 Cost., derivante dall'evoluzione del fenomeno bellico nel panorama internazionale, restituisce tuttavia un modello di articolazione dei rapporti tra organi inerente all'uso della forza ancora attuale, ponendo quale fulcro decisionale non solo l'esecutivo, come è tipico dei contesti emergenziali, ma il Parlamento quale organo rappresentativo. In sostanza l'art. 78 Cost. delinea la "forma di governo bellica" e i rapporti tra organi nel sistema costituzionale italiano<sup>72</sup>. Tale modello, che coinvolge anche il Presidente della Repubblica, assume una valenza generale, essendo replicabile, in varia misura, anche in quegli ambiti che, pur non rientrando sotto la copertura dell'art. 78, ineriscano comunque all'impiego (anche mediato) della forza. Ciò costituisce il segno di una tendenza propria degli ordinamenti democratici a coinvolgere più organi nelle decisioni sulla guerra<sup>73</sup>. Così vediamo che, con qualche piccola variazione, il modello è replicato nelle procedure stabilite in via ordinaria per la partecipazione del personale italiano alle missioni militari all'estero o per la cessione e l'invio di armi in altri Paesi. Nel caso delle vicende che ci occupano più da vicino occorre anticipare come tale modello sia stato oggetto di una generalizzata deroga, con una riduzione della funzione autorizzativa delle Camere (limitata alla sede della conversione dei decreti-legge e alla delibera di risoluzioni di indirizzo, quale quella del 1 marzo 2022) e un allentamento della loro funzione di controllo (alla luce della secretazione degli elenchi degli armamenti ceduti con apposito Decreto ministeriale e del blando onere di relazione trimestrale alle Camere da parte dei Ministri competenti per materia).

##### *5. La ripresa del modello nella legislazione ordinaria relativa alle missioni internazionali e alla cessione di armi ad altri Stati*

La lettura dell'art. 78 Cost. dimostra la centralità che il Costituente aveva inteso attribuire al Parlamento nella decisione sullo stato di guerra. Tuttavia, la desuetudine<sup>74</sup> a cui tale disposizione è

---

<sup>68</sup> L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 226; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 2011, 503.

<sup>69</sup> G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., 233 s.

<sup>70</sup> Cfr. P. PINNA, *Guerra*, cit., 58; A. PATRONI GRIFFI, *Sub art. 78 Cost.*, cit., 1538. Questo perché, a differenza del decreto-legge, è dato rinvenire un previo atto abilitante nel conferimento dei poteri necessari al Governo, mentre, rispetto alla normale delegazione legislativa, nel caso in esame l'atto abilitante avrebbe contenuto estremamente elastico, in modo da permettere al Governo un migliore adattamento all'evoluzione della situazione emergenziale.

<sup>71</sup> G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., 232 s.

<sup>72</sup> A. PATRONI GRIFFI, *Sub art. 78 Cost.*, cit., 1536.

<sup>73</sup> M. FIORILLO, *Guerra e diritto*, cit., 83.

<sup>74</sup> In apertura del par. 4 sono stati illustrati gli argomenti per cui, secondo parte della dottrina (alla quale si rinvia), la disciplina sullo stato di guerra di cui all'art. 78 Cost. sarebbe ormai desueta. Si può aggiungere qui che proprio le vicende

andata incontro ha progressivamente rinvigorito la competenza governativa sulle scelte di indirizzo concernenti la partecipazione alle missioni militari all'estero<sup>75</sup>. Il ruolo del Parlamento è stato così ridimensionato nella fase "propulsiva" delle scelte, mantenendosi relativamente efficiente sul piano del controllo in fase di svolgimento.

Il "modello" delineato dall'art. 78 Cost., messo in crisi dalla prassi, è stato però per larghi tratti ripreso dalla legislazione ordinaria che riguarda la partecipazione di personale italiano alle missioni militari all'estero, con la l. n. 145/2016, o l'invio e la fornitura di armi di cui alla l. 9 luglio 1990, n. 185, e al d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, tutti provvedimenti che pongono il Parlamento in posizione preminente sulle decisioni inerenti l'uso della forza (atti di immediato interesse nel caso trattato perché oggetto di specifica "deroga" di fronte alle vicende ucraine). Va, però, precisato che, a differenza dall'art. 78 Cost., gli atti citati non disciplinano alcuno stato emergenziale, regolando piuttosto l'impiego del personale militare e la commercializzazione di armi in contesti "ordinari". Per tale ragione, la "replica" del modello costituzionale sui rapporti tra organi di fronte alla guerra non implica automaticamente che si tratti di una normativa di attuazione dell'art. 78 Cost. – al momento ancora mancante<sup>76</sup> – come, d'altra parte, pare dimostrato dalla "residualità" della l. n. 145/2016, non applicabile a quelle ipotesi che ricadono nella deliberazione dello stato di guerra in senso stretto.

La l. n. 145/2016, per la materia toccata, assume i tratti di una fonte materialmente costituzionale<sup>77</sup>. Questa legge fornisce la base normativa per la partecipazione alle missioni militari internazionali e si riferisce sia alle missioni organizzate nell'ambito delle Nazioni Unite o di altre organizzazioni internazionali (tra le quali potrebbe rientrare la NATO), sia all'invio di personale per interventi umanitari<sup>78</sup>. Tra l'altro, la legge riguarda esclusivamente l'invio di personale e non anche quello di soli materiali, per tale ragione si è dubitato della sua effettiva applicabilità all'invio di dispositivi in Ucraina<sup>79</sup>.

Essa disciplina le procedure inerenti l'autorizzazione o la proroga alla partecipazione alle missioni internazionali. Mentre nel primo caso è necessaria una delibera del Governo, da adottarsi previa comunicazione al Presidente della Repubblica con l'eventuale convocazione del Consiglio supremo di difesa, la quale è sottoposta alla discussione delle Camere che, con appositi atti di indirizzo, concedono o negano l'autorizzazione; nel secondo, sono le Camere a provvedere con cadenza annuale in una apposita sessione parlamentare. La legge, quindi, pare valorizzare la centralità del Parlamento, il quale assurge al ruolo di "codecisore" sulla partecipazione alle missioni internazionali, senza lasciare nelle esclusive mani dell'Esecutivo le scelte inerenti tale aspetto, tant'è vero che anche il profilo semantico denoterebbe tale ruolo, giacché alle Camere non spetta la mera "approvazione" degli impegni militari già in altra sede deliberati, ma la loro "autorizzazione", senza che dalla mancata deliberazione possa ricavarsi una implicita forma di silenzio-assenso<sup>80</sup>. La dottrina si è interrogata a

---

del conflitto ucraino danno conto dell'estrema "fluidità" che connota il fenomeno bellico moderno, rispetto al modello "procedimentalizzato" di guerra, basata su una precisa sequenza di atti e dichiarazioni tra le parti, cui parrebbe riferirsi il Costituente. Ciò per più ragioni: sia perché si tende sempre più a "sfumare" la reale natura bellica dei conflitti (spesso accompagnando l'uso della forza a non meglio precisati fini "umanitari", "di liberazione", di "democratizzazione", intesi come coloriture etiche di una poco accettabile nozione di guerra giusta); sia perché la conflittualità si esprime secondo tecniche divenute negli ultimi decenni più varie, che rendono difficile identificare un modello "tipico" di conflitto o di fissare una soglia certa sull'impiego della forza al raggiungimento della quale può dirsi sussistente uno "stato di guerra".

<sup>75</sup> G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., 288.

<sup>76</sup> G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., 302.

<sup>77</sup> M. BENVENUTI, *Luci ed ombre della l. n. 145/2016 in tema di partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali. Una prima lettura*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 3; P. CARNEVALE, *Guerra, Costituzione e legge*, cit., 53.

<sup>78</sup> Come già detto la legge fissa il proprio ambito oggettivo di applicazione (ossia, al di fuori degli stati di guerra deliberati), ma stabilisce altresì il proprio limite sostanziale, consistente nel rispetto dell'art. 11 Cost., del diritto internazionale e dei diritti umani (M. BENVENUTI, *Luci ed ombre della l. n. 145/2016*, cit., 8 ss.).

<sup>79</sup> G. PISTORIO, *La cessione di armamenti alle Forze armate ucraine, tra interpretazioni costituzionalmente e internazionalmente conformi e (ir)regolarità costituzionali*, in *La Lettera AIC: Costituzione e guerra russo-ucraina*, 2022, n. 4.

<sup>80</sup> M. BENVENUTI, *Luci ed ombre della l. n. 145/2016*, cit., 29 ss.

lungo su quale strumento approvativo fosse preferibile, se l'atto legislativo in senso proprio o la semplice delibera parlamentare non legislativa, optando prevalentemente per la seconda<sup>81</sup>.

Tale soluzione appariva preferibile perché l'uso consueto della legge a fini autorizzativi avrebbe aperto, nella prospettiva della fungibilità, alla prassi della decretazione d'urgenza come strumento che torna ad accentrare nel Governo il potere decisionale sulle missioni. Questo aspetto è significativo perché, proprio nelle vicende ucraine, la l. n. 145/2016 ha dimostrato una scarsa capacità di "resistenza" all'emergenza, tant'è vero che è stato fatto uso di decreti-legge proprio in chiave derogatoria di tale atto. Sorge, quindi, un ulteriore interrogativo di carattere generale, se la l. n. 145/2016, in quanto fonte di rango ordinario – seppure a contenuto materialmente costituzionale – sia in grado di vincolare il potere di produzione normativa di rango primario del Governo, ove sussistenti i presupposti della necessità e dell'urgenza, analogamente a quanto in passato si era osservato sull'efficacia dell'art. 15 della l. 23 agosto 1988, n. 400.

La valorizzazione del ruolo del Parlamento si pone chiaramente anche se si guarda all'ulteriore profilo emerso nella reazione al conflitto in Ucraina, quello riguardante la cessione di armamenti ai sensi della l. n. 185/1990 e degli artt. 310 e 311 del d.lgs. n. 66/2010. Per quanto la stessa applicabilità degli atti citati alle vicende attuali sia controversa<sup>82</sup>, in entrambi pare rilevabile un profilo comune dato del necessario "passaggio" parlamentare delle decisioni che ineriscono all'invio o alla cessione di armamenti, proprio per la particolare delicatezza che tale aspetto riveste rispetto al coinvolgimento in conflitti in atto<sup>83</sup>. Nel primo caso, infatti, all'art. 1, comma 6, lett. a), la deroga al divieto di invio di armamenti a Paesi in stato di conflitto – oltre che sulla scorta dei principi dell'art. 51 Carta ONU (che distinguerebbe il Paese aggredito dall'aggressore)<sup>84</sup> – può essere affidata a diverse deliberazioni del Consiglio dei ministri "da adottare previo parere delle Camere"; nel secondo, invece, l'art. 311 stabilisce che la cessione gratuita di armamenti dichiarati obsoleti, oltre al limite della loro natura puramente difensiva, può essere disposta esclusivamente "previo parere vincolante delle competenti Commissioni parlamentari"<sup>85</sup>.

In entrambi i casi, quindi, si presentano problemi analoghi a quelli sopra evidenziati sull'uso del decreto-legge in funzione derogatoria di quanto previsto da altre fonti di rango ordinario; non tanto, in questo caso, perché incisivo sui criteri che regolano il sistema delle fonti, quanto perché argomenti di carattere emergenziale permetterebbero di alterare in via d'urgenza l'assetto e l'equilibrio tra poteri che pone il Parlamento al centro delle scelte inerenti la guerra, secondo un modello a valenza generale delineato nell'art. 78 Cost.

---

<sup>81</sup> P. CARNEVALE, *Guerra, Costituzione e legge*, cit., 85 ss.

<sup>82</sup> Ad essere rigorosi, infatti, la l. n. 185/1990 riguarda esclusivamente il caso della "commercializzazione" di armi; quindi, la sua disciplina si rivolge essenzialmente ai rapporti tra privati e Stati, tant'è vero che l'art. 1, comma 9, lett. b), precisa che tale disciplina non si applica alle «esportazioni o concessioni dirette da Stato a Stato, a fini di assistenza militare, in base ad accordi internazionali». Allo stesso modo, la disciplina del d.lgs. n. 66/2010 inerente alla cessione di armi riguarda esclusivamente quegli armamenti ritenuti obsoleti, distinguo che nel caso recente non emerge (o, comunque, non sarebbe verificabile in ragione della segretezza degli elenchi) (A. CIERVO, *Critica delle armi. L'art. 11 della Costituzione, la legge n. 185/1990 e l'invasione dell'Ucraina da parte della Federazione russa*, in G. Azzariti (cur.), *Il costituzionalismo democratico*, cit., 208). A ciò è stato criticamente aggiunto il mancato richiamo al "Trattato internazionale sul commercio delle armi" adottato a New York dall'Assemblea Generale dell'ONU il 2 aprile 2013, entrato in vigore il 24 dicembre 2014, e oggi ratificato dall'Italia con l. 4 ottobre 2013, n. 118, applicabile sia ai casi di cessione che di commercio di armi. Si veda M. MARAZZINI, [I poteri normativi del Governo nell'emergenza bellica in Ucraina](#), in questa [Rivista, Studi 2023/I](#), 169.

<sup>83</sup> A. CIERVO, *Critica delle armi*, cit., 199.

<sup>84</sup> Cfr. A. CIERVO, *Critica delle armi*, cit., 199.

<sup>85</sup> È significativo che il legislatore, con l. 16 dicembre 2022, n. 196, abbia introdotto l'art. 544 *bis* del Codice dell'ordinamento militare il quale, per le iniziative aventi finalità di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, autorizza il Ministero della difesa, *per la successiva cessione a titolo gratuito*, all'acquisizione dei materiali di cui all'articolo 447, comma 1, lettera o), del d.p.r. 15 marzo 2010, n. 90, escludendo espressamente gli armamenti di cui all'articolo 2 della legge n. 185/1990.

6. *L'uso del decreto-legge in funzione derogatoria nella "gestione" del recente conflitto russo-ucraino*

Se si guarda alla vicenda della guerra in Ucraina questa pare collocarsi al di fuori sia del quadro dell'art. 78 Cost. (per la desuetudine nella dichiarazione dello stato di guerra), sia di quello relativo alla partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali, situandosi in una "zona grigia" che oggi trova espressione nella dichiarazione dello stato di emergenza di cui al d.lgs. n. 1/2018 e, come in passato<sup>86</sup>, nell'adozione di appositi decreti-legge, temperati da misure di raccordo e controllo parlamentare<sup>87</sup>. Lo "stato di emergenza" di cui al d.lgs. n. 1/2018 è, però, previsto ad altri fini, anche se ormai, dopo la pandemia, sembra essere utilizzato come strumento di copertura primaria dell'esercizio dei poteri normativi del Governo in situazioni di necessità, diretto a colmare la "lacuna" costituzionale inerente agli stati di emergenza<sup>88</sup>, denotando allo stesso tempo un livello di "allarme" di grado inferiore a quello dello "stato di guerra".

Nel caso in esame ci sono state ben due dichiarazioni di emergenza, rese dal Governo ai sensi del d.lgs. n. 1/2018, una del 25 febbraio e l'altra del 28 febbraio 2022, alle quali i due decreti-legge "derogatori" – nn. 14 e 16/2022, adottati rispettivamente nelle date sopra indicate – fanno riferimento nel preambolo. Ad ogni modo, una previa dichiarazione dell'emergenza non appariva atto necessitato a giustificare l'adozione dei suddetti decreti, tanto che, già in passato, si era sopperito alla sostanziale "elusione"<sup>89</sup> della disciplina costituzionale sullo stato di guerra facendo ampio ricorso alla decretazione d'urgenza<sup>90</sup>. È significativo, però, che detti decreti non attengano alla definizione di uno stato emergenziale<sup>91</sup>, perché non incidono sull'ordine delle competenze così come fa l'art. 78 Cost., piuttosto rinviano al diverso stato di emergenza (ordinaria) e alla situazione di urgenza che l'accompagna. In altri termini, ciò sembra confermare la mancanza di una vera e propria disciplina attuativa dell'art. 78 Cost.<sup>92</sup>, in grado di definire il quadro delle competenze degli organi coinvolti nella decisione sull'uso della forza, dando adeguata centralità alle Camere; carenza alla quale non può sopperirsi attraverso la più impegnativa deliberazione dello "stato di guerra", ma alla quale oggi si fa fronte attraverso l'adozione di decreti-legge rinviati a una previa dichiarazione dello stato di emergenza. I due decreti, alla cui successione temporale si accompagna un incremento del sostegno sotto il profilo militare<sup>93</sup>, hanno, sul piano strettamente formale<sup>94</sup>, un elemento comune, ossia, si auto-

---

<sup>86</sup> M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra*, cit., 132 ss.

<sup>87</sup> La disciplina degli artt. 77 e 78 Cost. non è fungibile, ma è graduata sia per gravità dell'evento che per incisività dell'impatto. Per tale ragione è stato sostenuto che lo stato di guerra, per la maggiore gravità delle implicazioni, non debba essere dichiarato in relazione a quelle operazioni "sub-belliche", come, ad esempio, le operazioni militari alle quali l'Italia più o meno regolarmente partecipa. Ove si pongano ragioni di urgenza ad esse legate, al più sarebbe possibile ricorrere allo strumento dell'art. 77 Cost. Cfr. G. MARAZZITA, *Guerra vietata, legittima e necessaria*, cit., 79 ss.

<sup>88</sup> G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., 196.

<sup>89</sup> M. FIORILLO, *Guerra e diritto*, cit., 122.

<sup>90</sup> Come osserva anche M. MARAZZINI, *I poteri normativi del Governo*, cit., 171, parrebbe rilevabile una «preferenza, davanti al grave accadimento reale, per una disciplina "ad hoc", disposta con decreto-legge, preferita appunto ai regimi legislativi previgenti rispetto all'emergenza e alla loro aspirazione (o velleità) di stabile disciplina per il futuro».

<sup>91</sup> Torna attuale la tradizionale questione della distinzione tra decreto-legge ordinario e decreto-legge straordinario, il primo da intendere come fungibile rispetto alla legge ordinaria e il secondo deputato a far fronte a situazioni di assoluta necessità. Vedi G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., 239.

<sup>92</sup> G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., 199.

<sup>93</sup> Così M. VOLPI, *La guerra in Ucraina e il costituzionalismo democratico*, cit., XII. Infatti, nel d.l. n. 14/2022 si faceva riferimento all'invio di "mezzi ed equipaggiamenti militari non letali di protezione", nel d.l. n. 16/2022 l'invio è riferito a "mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari". È stato da più parti sottolineato come, da un punto di vista sostanziale, la scelta di inviare armi a sostegno dell'Ucraina non si ponga in linea con il principio dell'art. 11 Cost., in quanto non è in grado di far pervenire ad una rapida conclusione del conflitto, piuttosto è in grado di prolungarlo indefinitamente (C. DE FIORES, *Il principio costituzionale pacifista*, cit., 54; L. FERRAJOLI, *Pacifismo e costituzionalismo globale*, cit., 106).

<sup>94</sup> Emblematico è che, sul piano sostanziale, nessuno dei due decreti faccia riferimento, quale base giuridica costituzionale dell'adozione, all'art. 11 Cost., mentre entrambi citano a tal fine gli artt. 3 e 4 del Trattato NATO, relativi alla consultazione e all'assistenza reciproca delle parti.

qualificano come atti “derogatori” rispetto al regime generale dettato dalla legge per la partecipazione alle missioni internazionali e per l’invio di materiali militari. In dottrina è stato prospettato il dubbio circa una effettiva capacità derogatoria dei due decreti, i quali non farebbero altro che autorizzare operazioni che avrebbero potuto tranquillamente trovare il proprio fondamento negli atti derogati<sup>95</sup>. Tuttavia, l’aspetto derogatorio che accomuna i due atti non va ad intaccare la disciplina sostanziale delle due leggi (per consentire, in ragione dell’emergenza, ciò che sulla scorta delle stesse sarebbe vietato), piuttosto il profilo procedurale che alla essenziale posizione di decisione e controllo del Parlamento.

Come emerge dal preambolo al d.l. n. 14/2022, il fondamento del supporto italiano alle operazioni ucraine sarebbe sempre da far risalire a missioni già autorizzate per l’anno 2021; il ricorso al decreto-legge si rende necessario, nella situazione di emergenza, per «assicurare la prosecuzione, per l’anno 2022, della partecipazione di personale militare al potenziamento dei citati dispositivi della NATO». In ciò consiste la deroga al regime generale, vale a dire nell’utilizzo dello strumento del decreto-legge per procedere alla proroga in luogo della procedura normalmente prevista dalla l. n. 145/2016, la quale, come si è detto, appare incentrata sulla autorizzazione del Parlamento, il cui intervento, in tal caso, è limitato alla sede della conversione del decreto-legge.

Allo stesso modo, per quanto concerne il d.l. n. 16/2022, l’aspetto derogatorio consiste, sia per la l. n. 185/1990 che per il d.lgs. n. 66/2010, nella circostanza di allentare quelle procedure di controllo preventivo che detti atti prevedevano in merito alla cessione di armamenti<sup>96</sup>. Poco efficace sarebbe il tentativo di recuperare la funzione parlamentare attraverso l’inserimento, in sede di conversione, di un ulteriore comma 3 all’interno dell’art. 2 *bis* del d.l. n. 14/2022, il quale fissa l’onere per il Ministro della difesa e il Ministro degli affari esteri di riferire alle Camere, con cadenza trimestrale, sull’evoluzione della situazione in atto, né pare aver sortito particolare capacità vincolante la previsione come necessaria, ai fini della cessione dei materiali militari, di un previo atto di indirizzo delle Camere (del 1 marzo 2022, risultato largamente conformato alle posizioni dell’Esecutivo).

A ciò vanno aggiunti i dubbi destati dal ricorso a tecniche di conversione non perfettamente in linea con quel «nesso di interrelazione funzionale tra decreto legge [...] e legge di conversione», come inteso dalla Corte costituzionale<sup>97</sup>, e altresì lesive delle esigenze di certezza del diritto<sup>98</sup>, se si riflette sull’emendamento inserito nella legge di conversione del d.l. n. 14/2022 (l. 5 aprile 2022, n. 28) con cui si dispone l’abrogazione dell’intero d.l. n. 16/2022, la sanatoria dei suoi effetti e la trasposizione dei suoi contenuti nella legge di conversione di altro decreto<sup>99</sup>.

La progressiva riduzione del ruolo parlamentare sulle decisioni operative inerenti alla guerra in Ucraina, operata per mezzo dei due decreti-legge, è viepiù aggravata dalla previsione che rimette a uno o più Decreti ministeriali la definizione degli elenchi dei dispositivi inviati (art. 2 *bis*, comma 2)<sup>100</sup>, soprattutto se si considera che gli elenchi sono considerati “atti classificati”<sup>101</sup>. Il problema non

---

<sup>95</sup> A ben vedere, come anticipato, né la l. n. 145/2016, né la l. n. 185/1990 troverebbero puntuale applicazione al caso di specie. La prima perché, ai sensi dell’art. 1, comma 2, si riferisce a quelle missioni che implicano l’invio di “personale e di assetti”, non al semplice invio di materiali militari; la seconda perché inerente alla diversa fattispecie della commercializzazione delle armi e quindi ai rapporti tra Stati e privati, non alle cessioni interstatuali (M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni*, in *Osservatorio AIC*, 3/2022, 15; A. CIERVO, *Critica delle armi*, cit., 200).

<sup>96</sup> A. CIERVO, *Critica delle armi*, cit., 208.

<sup>97</sup> [Corte cost., 16 febbraio 2012, n. 22.](#)

<sup>98</sup> G. PISTORIO, *La cessione di armamenti alle Forze armate ucraine*, cit., sottolinea la lesione del principio della certezza del diritto determinata da tali tecniche normative, le quali non consentono di discernere se si tratti di abrogazione, mancata conversione o conversione “mascherata”.

<sup>99</sup> M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina*, cit., 20, riconduce tale prassi a quella dei c.d. Decreti Minotauro.

<sup>100</sup> Finora sono stati adottati sei decreti per l’invio di materiale militare all’Ucraina del 2 marzo 2022; 22 aprile 2022; 10 maggio 2022; 26 luglio 2022; 7 ottobre 2022; 31 gennaio 2023.

<sup>101</sup> Al riguardo, M. MARAZZINI, *I poteri normativi del Governo*, cit., 165 ss., riconduce il fondamento normativo della classificazione in questione all’art. 42 della l. n. 124 del 2007, anche se non è agevole desumere, dalla denominazione

sarebbe quello di assicurare una totale pubblicità degli elenchi dei materiali inviati<sup>102</sup>, quanto piuttosto quello di trovare un adeguato equilibrio tra le ragioni della sicurezza e le garanzie della partecipazione, implicanti un maggior coinvolgimento degli organi parlamentari, pur a fronte della natura tecnica delle decisioni sugli armamenti<sup>103</sup>.

Diversamente, la segretezza sottrae al controllo parlamentare le scelte sulla tipologia di armi (e quindi anche sulla loro valenza “offensiva” o “difensiva” secondo i principi dell’art. 11 Cost.)<sup>104</sup>, con l’Esecutivo che, attraverso la conversione dei decreti-legge e le risoluzioni di indirizzo approvate a larga maggioranza dalle Camere<sup>105</sup>, si è visto conferire una sorta di “delega in bianco”<sup>106</sup> che consente di inviare armi fino al 31 dicembre 2022 con l’unico vincolo dell’obbligo di riferire di cui all’art. 2 *bis*, comma 3<sup>107</sup>, termine ulteriormente esteso fino al 31 dicembre 2023 dal più recente decreto-legge 2 dicembre 2022, n. 185.

In generale, l’impianto normativo derogatorio dell’ordinaria gestione delle vicende implicanti l’uso della forza impatta sui poteri del Parlamento, ridimensionando il proprio ruolo e costringendone l’azione tra le strette maglie degli atti di indirizzo e delle informative del Governo. Così, il binomio decreto-legge/decreto ministeriale “aggira” la procedura dell’art. 78 Cost. e quindi il controllo parlamentare sulla guerra<sup>108</sup>.

Questo aspetto si ricollega alla questione della “verticalizzazione” decisionale nelle mani degli Esecutivi nei contesti emergenziali. È proprio degli stati di emergenza, infatti, lo spostamento dei poteri decisionali dagli organi rappresentativi ad organi dotati di maggiore rapidità di manovra (come ampiamente “sperimentato” in epoca pandemica). Sul piano delle fonti ciò produce una “frizione” tra la gestione dell’emergenza e l’assetto normativo deputato alla regolazione del “diritto militare” del tempo ordinario, che conduce all’aggiramento del modello di ripartizione dei poteri delineato dall’art. 78 Cost.

In definitiva, la mancanza di una normativa di attuazione del dettato costituzionale – ritenuto dai più obsoleto – si palesa con tutta evidenza nella circostanza che le altre fonti rilevanti (tra cui quelle derivate dai due recenti decreti-legge) non sono fonti sugli stati di emergenza e, visto anche il loro rango ordinario, lasciano spazio a deroghe emergenziali adottate a mezzo di decreto-legge.

---

utilizzata, a quale tipologia di atto classificato questo in esame debba essere ascritto, se “segretissimo”, “segreto”, “riservatissimo” o “riservato”.

<sup>102</sup> M. VOLPI, *La guerra in Ucraina e il costituzionalismo democratico*, cit., XIV.

<sup>103</sup> A. LO CALZO, *Interazioni tra dimensione sovranazionale e dimensione nazionale*, cit., 669. Al riguardo anche G. RIZZONI, *Il rapporto fra Governo e Parlamento nel campo delle relazioni internazionali: profili evolutivi*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2022, 2023, 77.

<sup>104</sup> Un parziale “recupero” sul piano del controllo parlamentare è offerto dalla sottoposizione all’approvazione del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (Copasir) dei decreti interministeriali contenenti gli elenchi “classificati” di armamenti da inviare in Ucraina, prima della loro pubblicazione in Gazzetta ufficiale. Consultazione che, però, come è stato opportunamente osservato da M. MARAZZINI, *I poteri normativi del Governo*, cit., 167 ss., è venuta ad affermarsi in via di prassi, visto che i decreti-legge sul tema, incluso il più recente d.l. n. 185 del 2022, non ne fanno menzione. Tale prassi, inoltre, non sarebbe esente da aspetti controversi, in particolare in ordine alla circostanza che il Copasir sia dotato di significativi poteri di controllo, ma assolutamente privo di poteri di indirizzo, quali sarebbero da riconoscere, invece, alle Commissioni parlamentari. In generale, sulle funzioni di tale organo, si veda di recente F. Giuffrè (cur.), *La Sicurezza come interesse costituzionale: il “caso copasir”*, Roma, 2022.

<sup>105</sup> Le risoluzioni C. 6-00207 e S. 6-00208, approvate dai due rami del Parlamento in data 1 marzo 2022, sullo specifico punto, affermano che il Governo si impegna ad «assicurare sostegno e solidarietà al popolo ucraino e alle sue istituzioni attivando, con le modalità più rapide e tempestive, tutte le azioni necessarie a fornire assistenza umanitaria finanziaria, economica e di qualsiasi altra natura, nonché – tenendo costantemente informato il Parlamento e in modo coordinato con gli altri Paesi europei e alleati – la cessione di apparati e strumenti militari che consentano all’Ucraina di esercitare il diritto alla legittima difesa e di proteggere la sua popolazione». Analogamente le due risoluzioni del 21 e 22 giugno 2022 approvate da Camera e Senato (C. 6-00224 e S. 6-00226) a seguito delle Comunicazioni rese dal Presidente del consiglio.

<sup>106</sup> G. BUCCI, *Ragione del diritto e follia del potere di guerra*, in G. Azzariti (cur.), *Il costituzionalismo democratico*, cit., 178.

<sup>107</sup> A. CIERVO, *Critica delle armi*, cit., 212.

<sup>108</sup> G. BUCCI, *Ragione del diritto e follia del potere di guerra*, cit., 180 s.

7. Conclusioni. La difficoltà di pervenire a un sistema coerente e rigido di fonti belliche temperata dall'orientamento dei principi fondamentali

Il Costituente non ha ritenuto opportuno predisporre un sistema coerente e completo di “fonti belliche”, anche sulla base della convinzione che l'orientamento pacifista, impresso dall'art. 11 Cost., avrebbe estremamente ridotto l'eventualità di una guerra. Oggi vediamo che manca una disciplina costituzionale sull'impiego delle forze armate a livello internazionale (vigente al livello ordinario)<sup>109</sup>, così come manca una disciplina delle emergenze violente a carattere “non bellico”. Ciò ha fatto sì che, anche di fronte a situazioni sicuramente riconducibili ad una nozione ampia di conflitto internazionale, il legislatore (e, soprattutto, l'Esecutivo) facesse regolare ricorso a fonti ordinarie. Ne deriva una sorta di instabilità “endemica” del sistema delle fonti, nella impossibilità di distinguere la “regola” dalla “eccezione”. L'uso delle fonti ordinarie e la costante mancata attivazione dello stato di guerra sono sintomo di una emergenza perenne che porta al superamento della dicotomia tra regime ordinario della pace e regime eccezionale della guerra<sup>110</sup>.

È stata così sottolineata l'opportunità di una disciplina attuativa dell'art. 78 Cost., diretta ad integrare il dettato costituzionale sia per ciò che concerne l'esatto dispiegarsi dei rapporti tra organi sia, più nello specifico, fissando “paletti” invalicabili alle limitazioni a cui i diritti potrebbero andare incontro di fronte all'esercizio dei “poteri necessari”<sup>111</sup>. Una disciplina che rifletta, altresì, l'adeguamento del quadro del diritto costituzionale bellico ai mutamenti che tale fenomeno ha subito nel tempo, in modo da fissare in maniera univoca un microsistema delle “fonti belliche” che, al momento, appare ancora frammentario.

Ciò, però, induce a interrogarsi sulle difficoltà di definire un sistema delle “fonti belliche” sufficientemente rigido e determinato<sup>112</sup>. Va, in primo luogo, osservata una sua necessaria “flessibilità”, come è tipico di qualsiasi disciplina che intenda regolare una fenomeno in radice emergenziale<sup>113</sup>. Ogni sistema di principio o di procedura finisce per dimostrarsi “cedevole” rispetto ad una produzione normativa derogatoria, di cui il caso dei decreti-legge per il sostegno all'Ucraina è esempio emblematico. Che il tentativo di “imbrigliare” il fenomeno bellico in un sistema organico di fonti a livello costituzionale e ordinario sia di complessa realizzazione pare dimostrato da due ragioni: perché, ove l'Italia fosse vittima di un attacco, le contingenze emergenziali si svolgerebbero secondo dinamiche imprevedibili, ricondotte a sistema dall'art. 78 Cost., ma richiedenti un sufficiente margine di elasticità della risposta; in secondo luogo, perché si porrebbe l'esigenza di contemperare un sistema delle fonti operativo in situazioni di conflitto attivo con la partecipazione dell'Italia ad organizzazioni internazionali, anche di carattere militare, cui nella prassi è stata in sostanza delegata (non sempre in linea con i precetti costituzionali) la difesa effettiva del Paese, le quali, pur non essendo dotate di poteri normativi espressi, sono in grado di adottare misure che condizionano le scelte nazionali sull'uso della forza (si pensi all'art. 9 del Trattato NATO)<sup>114</sup>.

---

<sup>109</sup> G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., 199 ss.

<sup>110</sup> M. FIORILLO, *Guerra e diritto*, cit., 3 ss.

<sup>111</sup> G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., 246 ss.

<sup>112</sup> Come è stato osservato, la guerra comporta il venir meno della precondizione dello stato di diritto, la quale impone che l'azione dei Poteri sia sempre conformata alla Legge. Di fronte alla guerra – fenomeno in sé naturale – il diritto, che ha base convenzionale, rischia di restare subordinato alla forza, con la *Rule of Law* che cede alla *Law of War*. Cfr. F. FILICE, *Nessun'altra forza che la forza*, in [Questione Giustizia](#), 1/2022, 26. Tuttavia, dove «si arresta la forza del diritto non si arresta la forza dell'etica», così A. RUGGERI, [La pace come bene assoluto, indisponibile e non bilanciabile, il diritto fondamentale a godere e il dovere di preservarla ad ogni costo](#), in questa [Rivista, Editoriale](#), 27 febbraio 2022, 4.

<sup>113</sup> Osserva, ad esempio, G. RIZZONI, *Il rapporto fra Governo e Parlamento*, cit., 78, che proprio la vicenda della fornitura di armi all'Ucraina dimostra che il sistema normativo e quello delle procedure sono in continua evoluzione, denotando capacità di adattamento al sopraggiungere di nuove esigenze.

<sup>114</sup> Tale disposizione, infatti, afferma che «il Consiglio costituirà quegli organi sussidiari che potranno essere necessari; in particolare istituirà immediatamente un Comitato di difesa che raccomanderà le misure da adottare per l'applicazione degli articoli 3 e 5».



Se la costruzione di un “diritto bellico emergenziale” è così complessa, alla pari di qualsiasi sistema delle fonti del diritto emergenziale<sup>115</sup>, ciò che resta come punto fermo, in grado di orientare il sistema vigente, sono i principi fondamentali. In particolare, occorre aver sempre presente che, nel rispetto dell’art. 1 Cost., «in un ordinamento giuridico, improntato al principio di democraticità [...] sono gli organi politicamente rappresentativi del popolo sovrano a dover assumere le decisioni più importanti in materia di difesa, conflitti armati e sicurezza nazionale»<sup>116</sup>, per tale ragione non potrà essere ignorata la necessità di preservare la centralità della posizione del Parlamento che, anche quando impossibilitato ad intervenire con immediatezza, conservi una capacità di indirizzo e controllo non ridotta ad acritica e formale approvazione delle posizioni del Governo. Ma è soprattutto il principio del ripudio della guerra, consacrato nell’art. 11 Cost., a dover guidare le scelte degli organi costituzionali, anche di tipo normativo, in contesti che richiedono capacità e velocità di adattamento, inteso non soltanto su un piano puramente valoriale, ma, come sostenuto in precedenza, “operativamente dialogico”. Questo perché, di fronte alla guerra, il fine primo da perseguire è la cessazione del conflitto, come unica soluzione giuridicamente e moralmente indiscutibile<sup>117</sup>. Agli Stati “non belligeranti” spetta dunque attivarsi per favorire una soluzione negoziale della controversia<sup>118</sup>, avendo attenzione in primo luogo al contenimento delle conseguenze distruttive della guerra e dell’impatto che questa ha sulla popolazione civile<sup>119</sup>. Gli Stati, in pratica, avrebbero un vero e proprio “obbligo di fare” di fronte alle tragedie<sup>120</sup>. Questo perché, come è stato affermato<sup>121</sup>, la pace (antitesi della guerra) non può mai essere data per scontata, ma è un obiettivo che va perseguito attivamente e che, quindi, non può non orientare qualsiasi sistema delle fonti, rigido o flessibile, che pretenda di dare forma giuridica alla gestione dei conflitti bellici.

---

<sup>115</sup> Ampiamente dibattuta in dottrina è la questione inerente all’introduzione di un’apposita clausola emergenziale in Costituzione, rispetto alla quale sono state sostenute tesi contrapposte, tutte dirette ad evidenziare i pregi, ma altresì i rischi, insiti in una scelta di questo tipo. Per tutti si rinvia a G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016.

<sup>116</sup> M. FIORILLO, *Guerra e diritto*, cit., 83.

<sup>117</sup> M. DOGLIANI, *La guerra in Ucraina*, cit., 1.

<sup>118</sup> L. FERRAJOLI, *Pacifismo e costituzionalismo globale*, cit., 106.

<sup>119</sup> A. APOSTOLI, *L’Italia è una Repubblica democratica fondata anche sul principio pacifista*, cit., 148.

<sup>120</sup> L. RONCHETTI, *Risoluzione delle controversie internazionali e Costituzione*, cit., 307.

<sup>121</sup> N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, cit.; nonché, ID., *Pace*, in *Enc. nov.*, VIII, Roma, 1989, 812 ss.

Bruno Brancati

## La selezione dei pazienti per l'ammissione alle terapie intensive. Una scelta tragica durante la pandemia di Covid-19\*

**ABSTRACT:** *The essay addresses the problem of selection for admission to intensive care units under conditions of insufficient resources during the Covid-19 pandemic. After presenting an overview of different possible approaches, also considering foreign experiences, it dwells especially on the approaches adopted in Italy. The focus is directed in particular towards the selection criterion based on the assessment of chances of survival, investigating the implications from the point of view of the principle of equality and the possibility of recognising a constitutional anchorage for this criterion.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Una panoramica di diversi approcci possibili. – 3. Gli approcci adottati in Italia. – 4. Criteri di selezione e Costituzione italiana. – 4.1 Insuperabile impossibilità di garantire l'uguale diritto di accesso alle cure e alle risorse salvavita. – 4.2 L'eguaglianza possibile, e quindi imprescindibile: in particolare, la tutela antidiscriminatoria – 4.2.1 Sull'ammissibilità di selezioni basate su alcune particolari condizioni – 4.3 Sul criterio che assegna priorità alle maggiori chance di sopravvivenza e sul radicamento costituzionale del conflitto da esso deciso.

### 1. Introduzione

Con il presente contributo si intende affrontare la tematica delle scelte tragiche del diritto<sup>1</sup>, declinandola con particolare riferimento al caso della selezione dei pazienti per l'ammissione alle terapie intensive durante la pandemia di Covid-19. La formula "scelte tragiche", assai potente ed evocativa, rischia di risultare anche di non immediata comprensione e indeterminata<sup>2</sup>, capace di riferirsi a ipotesi molto diverse tra loro, sicché si rende necessario individuare una nozione, per lo meno basilare, che funga da punto di riferimento. Si deve riconoscere che l'operazione è particolarmente ardua e delicata. Sebbene lo stesso approccio adottato da Calabresi e Bobbitt nel loro celebre volume non sia spiccatamente votato alle definizioni, quanto piuttosto basato sull'uso di esempi, di casi paradigmatici<sup>3</sup>, in taluni passaggi gli autori tratteggiano le caratteristiche che permetterebbero di riconoscere le scelte tragiche: si tratterebbe, cioè, di quelle scelte contrassegnate



<sup>1</sup> Occorre menzionare sin da subito l'opera di G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Tragic Choices*, New York, 1978, un libro «ormai divenuto un classico» e «un ineliminabile punto di partenza» per l'approfondimento su questo tema (S. RODOTÀ, Prefazione a G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, Milano, 2006, XVII-XVIII). Certamente, la riflessione sulle scelte tragiche è ormai molto ampia e articolata. Per alcuni studi sulle scelte tragiche nell'ambito del diritto nell'ultimo quarto di secolo, si rinvia a M. ATIENZA, *I limiti dell'interpretazione costituzionale. Di nuovo sui casi tragici*, in *Ars int.*, 1999, 293-319; G. LARIGUET, *Conflictos Trágicos y derecho. Posibles desafíos*, in *Doxa*, n. 27 del 2004, 317-348; V. NITRATO IZZO, *Il giudice di fronte ai casi tragici*, in U. Pomarici (cur.), *Il diritto come prassi. I diritti fondamentali nello stato costituzionale*, Napoli, 2010, 163-186; S. ROSSI, *Il diritto in equilibrio: il mestiere dei giudici e le 'scelte tragiche' di ogni giorno*, in *Dir. società*, 2013, 127-168; V. NITRATO IZZO, *Dilemmi e ragionamento giuridico. Il diritto di fronte ai casi tragici*, Napoli, 2019. La riflessione sulle scelte tragiche è stata inserita da Luhmann nel contesto della questione sull'esistenza o meno di "norme indispensabili": vedi N. LUHMANN, *Are There Still Indispensable Norms in Our Society* in W. Rasch (cur.), «*Tragic choices*», *Luhmann on Law and States of Exception*, in *Soz. systeme*, 2008, 18-37. Per uno studio sul rapporto tra valore della vita umana e scelte tragiche nella riflessione condotta in Germania a cavaliere tra il XIX e il XX secolo, si rinvia a A. GROMPI, «*Scelte tragiche*» e «*valore della vita*»: riflessioni a partire da *Il diritto di morire (1895) di Adolf Jost*, in *Dianoia*, n. 2 del 2015, 351-378. Inevitabilmente, la pandemia di Covid-19 ha riaperto l'interesse per questo tipo di tematiche. Lo stesso Philip Bobbitt ha svolto una riflessione sulle scelte tragiche nel contesto della pandemia, in un'intervista rilasciata a Roberto Conti: vedi R. CONTI, *Tragic choices, 42 anni dopo. P. Bobbitt riflette sulla pandemia*, in *Giustizia Insieme*, 17 maggio 2020. Per un'ampia disamina di problematiche relative alle scelte tragiche, con particolare (ma non esclusivo) riguardo alla pandemia di Covid-19, vedi G. Losappio (cur.), *Scelte tragiche. Atti del III convegno "Medicina e diritto penale" - Taranto 11 dicembre 2020*, in *Quaderni del Dipartimento Jonico*, n. 18 del 2021.

<sup>2</sup> Si è osservato che il nucleo concettuale della categoria di "conflitto tragico" non risulta del tutto chiaro, e pertanto è complicato stabilire quando un conflitto sia tragico (vedi G. LARIGUET, *Conflictos Trágicos y derecho*, cit., 321).

<sup>3</sup> Vedi G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, cit., 7-8.

da conflitti di valori moralmente irrisolvibili che sorgono a causa dell’allocazione di risorse scarse<sup>4</sup>. In dottrina, peraltro, si è tentato di elaborare una nozione di “scelta tragica” che sia adeguata ai casi trattati da Calabresi e Bobbitt, identificandola in ogni scelta che coinvolga – almeno probabilisticamente - la vita e la morte, o altri beni personali vitali, la quale comporti l’opzione tra alternative attuabili, il cui effetto (non necessariamente consapevolmente perseguito) consista nelle differenti distribuzioni di tali beni e mali (o della probabilità di causarli) in diversi modi e quantità tra i vari destinatari<sup>5</sup>. Si osserva, peraltro, che la nozione segnalata trova una corrispondenza con quella ricavabile dalla [sent. n. 118 del 1996](#) della Corte costituzionale – il cui redattore era Gustavo Zagrebelsky – avente ad oggetto la disciplina legislativa di una vaccinazione obbligatoria, nella quale si affermava che le “scelte tragiche” sono «le scelte che una società ritiene di assumere in vista di un bene [...] che comporta il rischio di un male [...] L’elemento tragico sta in ciò, che sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri»<sup>6</sup>. All’interno di questa nozione, “bene” e “male” sono intesi nel senso di “benessere” e “sofferenza”, termini con i quali in via generale è possibile riferirsi a molti diversi stati o condizioni, positivi o negativi, in cui può versare l’essere umano, ma risulta chiaro che alla dimensione legata alla salute e alla vita si riferiva la [sent. n. 118 del 1996](#) della Corte, visto che in quel caso il “bene” era costituito dall’eliminazione della poliomielite, e il “male” dall’infezione che poteva derivare dal vaccino. La nozione suddetta può costituire un punto di riferimento, almeno per due ragioni. Innanzitutto, essa esplicita il legame con la vita (e la morte), o altri beni personali vitali: in modo sintetico, si può dire che sono in gioco la vita e la salute. Non si intende escludere che si possano concepire indagini che facciano uso della categoria delle scelte tragiche anche con riferimento a “beni” e “mali” non riconducibili alle coppie vita/morte e salute/malattia<sup>7</sup>. Tuttavia, ciò potrebbe comportare un notevolissimo ampliamento dell’orizzonte di indagine, e l’identificazione di tali ulteriori “beni” e “mali” sarebbe suscettibile di dare luogo facilmente a divergenze e contrasti. Invece, il riferimento alla vita e alla salute consente di delimitare una nozione basilare di scelte tragiche, sufficiente per affrontare le questioni oggetto del presente contributo. La seconda ragione consiste nel fatto che la suddetta nozione non restringe il campo alle ipotesi di distribuzione di risorse scarse, ma è in grado di includere anche altre ipotesi. Le scelte tragiche a cui ci si sta riferendo comportano una distribuzione di vita o morte, salute o malattia, ma, come si vedrà *infra*, non necessariamente ciò avviene mediante la distribuzione di una risorsa scarsa<sup>8</sup>. Tutte le scelte tragiche sono scelte di distribuzione di “bene”, nel senso di benessere, e “male”, nel senso di sofferenza, ma non tutte si realizzano mediante la distribuzione di “un bene”, inteso quale risorsa (in particolare – in questo contesto – risorsa finalizzata alla protezione della salute o della vita), di cui si lamenta la disponibilità in quantità insufficienti per soddisfare l’esigenza di tutti coloro che ne hanno bisogno. Certamente queste ultime occupano una posizione assai rilevante all’interno della riflessione sulle scelte tragiche, assumendo un carattere assai controverso<sup>9</sup>. Ovviamente, nei diversi contesti storico-sociali possono cambiare i particolari tipi di beni scarsi<sup>10</sup>. Un caso che assumeva particolare rilievo

<sup>4</sup> Vedi *ivi*, 8-9. Vedi anche C. M. MAZZONI, V. VARANO, *Presentazione*, in G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, cit., VII.

<sup>5</sup> B. BARRY, *Tragic Choices – Review Essay*, in *Ethics*, 1984, 304. Adottano questa definizione anche C. M. MAZZONI, V. VARANO, *Presentazione*, cit., VII.

<sup>6</sup> [Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118](#).

<sup>7</sup> Ad esempio, per una indagine che estende il campo di interesse oltre la salute e la vita vedi L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas. Conflicts of fundamental legal rights in Europe and the USA*, New York, 2007.

<sup>8</sup> Come osserva Rodotà, nel corso del tempo è stato possibile assistere ad un ampliamento della sfera delle scelte tragiche, che si manifestano non più soltanto «nella scarsità delle risorse» (S. RODOTÀ, *Prefazione*, cit., XVII). In effetti, il libro di Calabresi e Bobbitt si focalizza soprattutto sulle scelte caratterizzate essenzialmente dalla scarsità di risorse, ma lo stesso Calabresi ha ricordato la necessità di dedicare attenzione anche ad altri tipi di scelte tragiche, non indagate nel libro, nelle quali la scarsità delle risorse non rappresenta la questione principale, quali l’aborto, il suicidio assistito, la pena di morte (vedi G. CALABRESI, *Premessa alla seconda edizione italiana* di G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, cit., XXII, XXIII).

<sup>9</sup> Lo evidenzia R. CHADWICK, *Salute e allocazione delle risorse*, in “*Frontiere della vita*”, in [Trececchi Online](#), 1999.

<sup>10</sup> Veniva osservato da G. CALABRESI, *Premessa alla seconda edizione italiana*, cit., XXI.

nella trattazione di Calabresi e Bobbitt è quello relativo ai dispositivi per l'emodialisi (reni artificiali)<sup>11</sup>. Un altro caso particolarmente rilevante è quello relativo all'allocazione di organi da trapiantare<sup>12</sup>. Durante la pandemia di Covid-19, si sono presentati il caso della selezione per l'accesso alle terapie intensive, e il caso della distribuzione dei vaccini tra varie categorie di persone, in un momento in cui la quantità disponibile non era sufficiente per soddisfare tutti<sup>13</sup>. Come già si è anticipato, però, esistono anche scelte tragiche che non consistono – almeno non principalmente – nel decidere come allocare risorse (indispensabili per la vita e la salute) scarse. Si pensi alla richiesta o pretesa, da parte del decisore pubblico, di un comportamento attivo (o, eventualmente, di un *non facere* o di un *pati*) che comporti un sacrificio o il rischio di un sacrificio per la salute o la vita, in vista di un beneficio altrui, oppure alla scelta di causare un tale sacrificio o rischio di sacrificio in capo a soggetti che non hanno nemmeno la possibilità materiale di sottrarsi (senza che tale causazione avvenga mediante la negazione di una risorsa scarsa, ovviamente, altrimenti si rientrerebbe nella prima tipologia). All'ipotesi di soggetti che non hanno neppure la possibilità materiale di sottrarsi al sacrificio (o, eventualmente, rischio di sacrificio) si possono ricondurre il celebre “problema del carrello” (“*trolley problem*”), nelle sue diverse varianti<sup>14</sup>, ed anche il caso, oggetto di una nota decisione del Tribunale costituzionale federale tedesco, in cui la protezione della collettività da un attacco terroristico mediante un aeromobile diretto verso obiettivi civili o militari può essere ottenuta soltanto con l'abbattimento dell'aeromobile e la soppressione della vita dei passeggeri e dell'equipaggio innocenti<sup>15</sup>. Un ambito di riflessione più recente avente ad oggetto casi che possono rientrare in questa ipotesi è quello dei veicoli a guida autonoma, eventualmente capaci di “prendere decisioni” di vita e di morte<sup>16</sup>. Il servizio militare obbligatorio, durante lo svolgimento

---

<sup>11</sup> Gli AA. si concentrano su questo caso soprattutto nel VI capitolo (vedi G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, cit., 174 - 238).

<sup>12</sup> Vedi G. CALABRESI, *Premessa alla seconda edizione italiana*, cit., XXI. Per una riflessione specificamente dedicata all'allocazione di reni per il trapianto, si rinvia a B. HOFFMASTER, C. HOOKER, *Tragic Choices and Moral Compromise: the Ethics of Allocating Kidneys for Transplantation*, in *The Milbank Q.*, 2013, 528-557. Il problema della selezione del beneficiario di un organo da trapiantare è stato affrontato da R. ROMBOLI, *I trapianti d'organo*, in *Sanità pubblica*, 2001, 1159-1180.

<sup>13</sup> Sulla distribuzione di una insufficiente quantità di vaccini, vedi R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)*, in [Questione Giustizia](#), 6 settembre 2021, 1-2.

<sup>14</sup> Vedi P. FOOT, *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*, in *Oxf. rev.*, 1967, 5-15; J. JARVIS THOMSON, *Killing, letting die and the Trolley Problem*, in *Monist*, 1976, 204-2017; Id., *The Trolley Problem*, in *Yale L. J.*, 1985, 1395-1415. Da questo tipo di problema è scaturito addirittura un vero e proprio ambito specifico di studi, per il quale è stato coniato il nome di “carrellologia” (“*trolleyology*”): vedi K. A. APPIAH, *Experiments in Ethics*, Cambridge, 2010; D. EDMONDS, *Uccideresti l'uomo grasso? Il dilemma etico del male minore*, tr.it., Milano, 2014 (lo ricorda M. B. SAPONARO, *L'insostenibile leggerezza del tragico*, in G. Losappio (cur.), *Scelte tragiche*, cit., 78). Il dilemma elaborato da Foot, con cui si confronta anche Thomson, è impostato essenzialmente in questi termini: il conducente di un veicolo su rotaia si accorge che sul suo percorso sono presenti cinque uomini; per evitare di investirli e ucciderli, dovrebbe frenare, ma i freni non funzionano; il conducente può soltanto operare una deviazione su un altro binario, dove però si trova un uomo, da solo, che in caso di deviazione morirebbe; è moralmente lecito per il conducente effettuare la deviazione? (vedi J. JARVIS THOMSON, *The Trolley Problem*, cit., 1395).

<sup>15</sup> [BVerfG, 1 BvR 357/05, 15 febbraio 2006](#). Il giudice doveva pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della Legge sulla Sicurezza Aerea dell'11 gennaio 2005, e in particolare della previsione che autorizzava l'aviazione militare ad abbattere un aereo civile dirottato da terroristi e utilizzato da questi ultimi per colpire la collettività, con la conseguenza di autorizzare l'uccisione dei passeggeri e dei membri dell'equipaggio innocenti. Com'è noto, il Tribunale costituzionale federale tedesco ha dichiarato incostituzionale la previsione, ritenendo che essa confligga con la dignità umana e con il diritto alla vita, comportando l'equiparazione di esseri umani innocenti a meri oggetti. Vedi A. DE PETRIS, *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*, nel sito dell'[AIC](#), 20 marzo 2006; J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in [POLIS Working Papers](#), n. 79 del 2006, 1-18; K. VOLK, *La normativa di contrasto al terrorismo in Germania*, in [Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche](#), n. 4 del 2007, 257-265.

<sup>16</sup> Vedi M. B. SAPONARO, *L'insostenibile leggerezza del tragico*, cit., 76-85; P. SOMMAGGIO, S. MARCHIORI, *Break the chains: a new way to consider machine's moral problems*, in [BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto](#), n. 3 del 2018, 241-257; G. CALABRESI, E. AL MUREDEN, *Driverless car e responsabilità civile*, in *Riv. dir. banc.*, supplemento n. I del 2020, 7-21; R. E. LEENES, F. LUCIVERO, *Laws on Robots, Laws by Robots, Laws in Robots: Regulating Robot Behaviour by Design*, in *Law Innov. Technol.*, n. 2 del 2014, 194-222.

di conflitti armati che vedano coinvolte le forze militari di uno Stato, costituisce un'ipotesi di scelta tragica che comporta la configurazione di un obbligo, con implicazioni quantomeno rischiose. Ciò è particolarmente evidente nell'ipotesi di guerra difensiva (l'unica, com'è noto, ammessa dalla Costituzione italiana), in cui si richiede a chi presta servizio militare di accettare il rischio (o eventualmente, in alcuni casi, la certezza) del sacrificio della salute o della vita, per "difendere la Patria" (art. 52, comma 1, Cost.) e salvaguardare così (tra le altre cose, anche) la salute e la vita di chi non deve prestare servizio militare, esposte alla minaccia bellica. Peraltro, si potrebbe ritenere che pure nell'ipotesi di guerra non difensiva il servizio militare obbligatorio rappresenti una scelta tragica, visto che il rischio o la certezza di un sacrificio per la salute o la vita gravano su alcuni (coloro che devono prestare il servizio) e non su altri (coloro che non lo devono prestare)<sup>17</sup>.

Sono pure espressione di scelte tragiche che comportano obblighi con implicazione di un rischio le vaccinazioni obbligatorie, con le quali si esige dagli obbligati che venga assunto, insieme con il vaccino, anche un rischio per la salute o la vita, in vista di un beneficio per la salute collettiva<sup>18</sup> - benché per l'individuo il rischio sia piuttosto limitato e sia ben più significativa la probabilità che dal vaccino derivi pure un beneficio per la salute dello stesso obbligato. Com'è noto, la giurisprudenza costituzionale ha affermato che la legge che stabilisce un trattamento sanitario obbligatorio (quale è una vaccinazione obbligatoria) è compatibile con la Costituzione se il trattamento è diretto a produrre un beneficio sia per la salute del singolo obbligato, sia per la salute collettiva, se si prevede che esso non incida negativamente sulla salute del singolo obbligato, salvo che per le sole conseguenze che si considerano normalmente associate agli interventi sanitari, quindi tollerabili, in quanto temporanee e di scarsa entità, e se è previsto un indennizzo, per il caso in cui il trattamento cagioni un pregiudizio alla salute dell'obbligato, ulteriore rispetto alle conseguenze tollerabili<sup>19</sup>. La [sent. n. 307 del 1990](#) sottolineava che il rilievo costituzionale della salute quale interesse della collettività «non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri», ma al contempo ricordava che è possibile rendere obbligatorio un trattamento sanitario, «anche se questo importi un rischio specifico» (e aggiungeva che, «per il caso che il rischio si avveri», deve essere contemplato un equo ristoro del danno)<sup>20</sup>. La richiamata [sent. n. 118 del 1996](#) della Corte costituzionale qualificava espressamente come "scelta tragica" la vaccinazione obbligatoria contro la poliomielite, grave malattia contagiosa. Posto che tale vaccinazione era certamente diretta a tutelare sia la salute collettiva sia quella dell'individuo obbligato, la Corte evidenziava anche che da tale vaccinazione derivava un rischio di contagio «preventivabile in astratto – perché statisticamente rilevato – ancorché in concreto» non fossero prevedibili i soggetti che avrebbero subito il danno. E affermava che, finché ogni rischio di complicanze derivanti da un trattamento sanitario «non sarà completamente eliminato»<sup>21</sup>, la scelta di renderlo obbligatorio rientrerà nel novero delle scelte tragiche.

---

<sup>17</sup> Alessandra Grompi ricorda che Adolf Jost considerava la guerra come ipotesi di morte di alcuni individui (coloro che vengono mandati sul campo di battaglia) nell'interesse di altri loro simili (vedi A. GROMPI, *"Scelte tragiche"*, cit., 355-356). Ribadendo che non è mai consentito un sacrificio della dignità umana, Silvestri evidenzia che è invece contemplata dalla Costituzione la possibilità che la Repubblica chieda, «in casi estremi, ai cittadini anche il sacrificio del bene supremo della vita (nel caso di guerra difensiva, l'unica ammessa dalla Costituzione italiana)», posto che, ai sensi dell'art. 52 Cost., «la difesa della patria è sacro dovere del cittadino» (G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari, 2009, 87). Calabresi e Bobbitt dedicano particolare attenzione alla selezione di coloro che devono prestare servizio militare, rischiando così la vita, quale scelta tragica (vedi G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, cit., in particolare 184-199). Tuttavia, sebbene il volume dei due autori sia dedicato essenzialmente, come già detto, alle scelte tragiche che si realizzano mediante allocazione di risorse scarse necessarie per tutelare la salute o la vita, il caso del servizio militare obbligatorio pare rientrare nel secondo gruppo di scelte tragiche individuato *supra*: l'individuazione degli obbligati comporta la distribuzione di un male, e cioè il rischio per la salute e la vita, senza che venga in gioco la distribuzione di una risorsa scarsa indispensabile per la salute e la vita.

<sup>18</sup> Lo ha detto esplicitamente [Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118](#).

<sup>19</sup> Vedi [Corte cost. 22 giugno 1990, n. 307](#), tenendo conto che tali affermazioni si possono ritenere consolidate nella giurisprudenza costituzionale in materia.

<sup>20</sup> [Corte cost., n. 307 del 1990](#), cit.

<sup>21</sup> [Corte cost., n. 118 del 1996](#), cit.

Sebbene il presente contributo sia dedicato essenzialmente ad un caso di scelta tragica che consiste nell'allocazione di una risorsa scarsa necessaria per la salute e la vita, si ritiene opportuno assumere come riferimento una nozione da cui si possa evincere che il panorama delle scelte tragiche include anche ipotesi che hanno una diversa conformazione. In particolare, nella parte finale del contributo, sarà interessante operare un confronto tra la scelta tragica per l'ammissione alle terapie intensive (allocazione di risorse scarse e necessarie per la salute e la vita) e le vaccinazioni obbligatorie (imposizione di un obbligo rischioso per la salute e la vita).

Con particolare riguardo al senso con cui intendere il diritto alla vita nell'ambito del caso che si affronterà, si deve considerare che esso si trova in una posizione di contiguità con il diritto alla salute nella sua declinazione di diritto a ricevere prestazioni sanitarie: viene in gioco, infatti, il diritto a ricevere prestazioni sanitarie talmente necessarie e urgenti che la loro negazione condurrebbe verosimilmente alla morte dell'individuo<sup>22</sup>. Nella [sent. n. 309/1999](#)<sup>23</sup>, la Corte costituzionale ha affermato che il diritto alla salute, inteso quale diritto a ricevere cure, può giungere, in casi estremi, a risolversi nel diritto alla vita.

Si segnala, infine, che nella trattazione sarà data una particolare attenzione al profilo dell'eguaglianza in relazione ai diritti fondamentali. Come è stato autorevolmente affermato, questi ultimi sono i diritti in cui siamo uguali<sup>24</sup>. Da quanto già detto, risulta che le scelte tragiche sfidano proprio il principio dell'eguaglianza nei diritti fondamentali, dal momento che la salute e la vita, a cui ovviamente corrispondono diritti fondamentali, sono ripartite in quantità e/o modi non omogenei tra i singoli destinatari. Pertanto, risulta alquanto interessante concentrarsi su tale aspetto.

## 2. Una panoramica di diversi approcci possibili

Com'è tristemente noto, durante la pandemia di Covid-19 – come, del resto, avviene tipicamente in occasione delle pandemie o disastri di massa – le risorse sanitarie si sono dimostrate spaventosamente inadeguate dinanzi al numero di pazienti in pericolo di vita bisognosi di terapie intensive<sup>25</sup>, ponendo il personale sanitario nella terribile condizione di dover stabilire quali pazienti

---

<sup>22</sup> Come il diritto alla salute, anche il diritto alla vita presenta una grande ricchezza di significati, ed una pluralità di possibili declinazioni. Certamente, esso si può configurare come diritto alla tutela da aggressioni provenienti dallo Stato o da soggetti privati nei confronti del bene-vita: in questo senso, il diritto alla vita si manifesta nel divieto della pena di morte sancito dall'art. 27, comma 4, Cost. (come ha ricordato [Corte cost., 21 giugno 1979, n. 54](#)), o nella repressione penale dell'omicidio o dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio (si rinvia a [Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207](#) e [22 novembre 2019, n. 242](#)). Il diritto alla vita, però, può anche configurarsi come diritto a ricevere prestazioni indispensabili per impedire la cessazione della vita di un soggetto in condizioni particolarmente precarie: a tal riguardo, la Corte costituzionale ha espressamente ricordato che «il confine tra il diritto alla cura immediata e il diritto all'integrità della persona può risultare in concreto assai labile, e il contenuto dell'un diritto può confondersi, in casi estremi, col contenuto dell'altro fino anche a risolversi nel diritto alla vita» ([Corte cost. 16 luglio 1999, n. 309](#)). Inoltre, si ricorda che la Corte costituzionale non ha mancato di osservare che nel diritto alla vita trovino un necessario presupposto tutti gli altri diritti fondamentali, e di evidenziare una sorta di “precedenza” del primo rispetto agli altri (ad esempio, [Corte cost. 27 giugno 1996, n. 223](#), presenta il diritto alla vita come «il primo dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2»; [Corte cost. 9 luglio 1996, n. 238](#), afferma che il diritto alla vita «concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona»; vedi anche [Corte cost., n. 242 del 2019, cit.](#) e [2 marzo 2022, n. 50](#)). Non stupisce affatto, dunque, che il diritto alla vita sia ascritto alla dimensione dei “valori supremi” della Costituzione (vedi, ad esempio, [Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 35](#) e [n. 50 del 2022, cit.](#)). Su tali aspetti e, in generale, per una recente riflessione sul diritto alla vita, vedi A.I. ARENA, A. RANDAZZO, *Prime note sul diritto alla vita nell'ordinamento costituzionale*, in [lacittadinanzaeuropea online](#), n. 3 del 2022, 73-88.

<sup>23</sup> [Corte cost., n. 309 del 1999, cit.](#)

<sup>24</sup> Vedi L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari, 2019, 6.

<sup>25</sup> Cfr. C.L. SPRUNG, G.M. JOYNT, M.D. CHRISTIAN, R.D. TRUOG, J. RELLO, J.L. NATES, *Adult ICU Triage During the Coronavirus Disease 2019 Pandemic: Who Will Live and Who Will Die? Recommendations to Improve Survival*, in *Crit Care Med.*, 2020, 1196-1202; M. BAKER, S. FINK, *At the Top of the Covid-19 Curve, How Do Hospitals Decide Who Gets Treatment?* in *The New York Times*, 31 marzo 2020; J. GOLDSTEIN, M. ROTHFELD, B. WEISER, *Patient Has Virus and Serious Cancer. Should Doctors Withhold Ventilator?* [ivi](#), 1° aprile 2020. Si è osservato che nella prima parte del 2020 «il razionamento delle risorse sanitarie intensive è diventato una realtà in molti ospedali italiani, soprattutto lombardi, ma

ammettere alla terapia intensiva e quali escludere, nella consapevolezza, spesso, che per i soggetti esclusi sarebbe (certamente o quasi) derivata come conseguenza la morte. Nel nostro Paese, e specialmente nel Nord Italia, questo tipo di situazione si è verificato durante la prima fase della pandemia, risultando ormai manifesto nel mese di marzo 2020<sup>26</sup>. Si può provare a considerare le problematiche connesse da diversi punti di vista teorici<sup>27</sup>, che sono stati ricondotti a tre alvei principali: la teoria libertaria, l'utilitarismo, e le teorie incentrate sull'eguaglianza tra esseri umani<sup>28</sup>.

La prima, enfatizzando i diritti individuali di libertà e l'autodeterminazione individuale, e negando che la collettività sia tenuta a ridurre le diseguaglianze, individua nella capacità del paziente di pagare le prestazioni sanitarie un criterio per effettuare la selezione dei pazienti<sup>29</sup>. Evidentemente, questa teoria entra in collisione con il principio dell'eguaglianza nei diritti fondamentali, quali il diritto alla salute e alla vita, intesi in questo contesto quali diritti a ricevere prestazioni volte alla tutela di tali beni. L'eguaglianza nei diritti fondamentali, infatti, non implica soltanto la tutela delle differenze tra le persone e dei diritti di libertà, civili e politici (eguaglianza formale), ma esige anche il contrasto alle disuguaglianze e la garanzia dei diritti sociali, e in primo luogo dei minimi vitali (eguaglianza sostanziale), come, del resto, emerge chiaramente dall'art. 3, 2° c. della Costituzione italiana e dalle sue previsioni specificamente dedicate ai diritti sociali<sup>30</sup>, quale, in particolare, quella relativa alla garanzia di cure gratuite agli indigenti (art. 32, 1° c., Cost.).

Gli approcci di tipo utilitaristico perseguono la massimizzazione dei benefici e la minimizzazione dei danni per il maggior numero possibile di persone<sup>31</sup>. Evidentemente, la massimizzazione dei benefici può essere intesa in modi diversi, dipendenti non solo da valutazioni mediche, ma anche etiche e sociali<sup>32</sup>. In generale, per quanto concerne le prestazioni sanitarie, vengono in rilievo i risultati intesi soprattutto in termini di vite salvate, anni di vita, qualità della vita<sup>33</sup>, considerati alternativamente o cumulativamente; quindi, con varie possibili combinazioni; il criterio che deve guidare la distribuzione delle risorse consiste nel perseguimento del miglior risultato possibile a parità di spesa. Da ciò discende la tendenza a giustificare l'impiego di risorse soprattutto per quei pazienti per i quali sono apprezzabili le prospettive di riuscita del trattamento sanitario e di tempo e qualità di vita, mentre si configurano le premesse, quantomeno nelle forme più spinte di utilitarismo, per negare l'impiego delle risorse nei confronti di soggetti anziani, malati, con disabilità, ovvero i soggetti più

---

anche europei e americani, e i medici sono stati costretti a decidere quali malati (non) ammettere in TI adottando linee-guida che definiscono i criteri di scelta (*triage*)», pur ricordando che la pressione della pandemia nel mondo occidentale ha avuto anche altre gravi ripercussioni sui sistemi sanitari, quali l'annullamento di interventi chirurgici elettivi e la riduzione della qualità dell'assistenza alle persone affette da patologie cardiovascolari e cancro: vedi G.R. GRISTINA, M. PICCINNI, *Il Sistema Sanitario Nazionale e la pandemia da SARS-CoV-2: un disastro annunciato? Riflessioni per un cambiamento*, in *Recenti Progressi in Medicina*, n. 1 del 2022, 41-53.

<sup>26</sup> Vedi *ibidem* e l'intervista di E. Dusi a M. Riccio, *La confessione del primario di Rianimazione Riccio: "Così abbiamo dovuto scegliere chi intubare e chi no"*, in *la Repubblica*, 8 maggio 2020. Ovviamente, l'insufficienza delle risorse di terapia intensiva è andata a discapito anche dei pazienti non malati di Covid-19 (vedi G. RAZZANO, *Riflessioni a margine delle raccomandazioni SIAARTI per l'emergenza Covid-19, fra triage, possibili discriminazioni e vecchie DAT: verso una rinnovata sensibilità per il diritto alla vita?* in *Rivista AIC*, n. 3 del 2020, 115).

<sup>27</sup> Per una visione generale di diversi modelli teorici relativi all'allocazione di risorse sanitarie scarse, vedi R. CHADWICK, *Salute e allocazione delle risorse*, cit.

<sup>28</sup> Vedi L. PALAZZANI, *La pandemia CoViD-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?* in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, *Special Issue*, n. 1 del 2020, 359-370.

<sup>29</sup> Ivi, 361.

<sup>30</sup> Vedi L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, cit., 6, 19.

<sup>31</sup> Vedi J.C. HARSANYI, *L'utilitarismo* (S. Morini cur.), Milano, 1988, 68.

<sup>32</sup> Vedi S. JÖBGES, R. VINAY, V.A. LUYCKX, N. BILLER-ANDORNO, *Recommendations on COVID-19 triage: international comparison and ethical analysis*, in *Bioethics*, n. 9 del 2020, 949. Evidenzia la varietà di modi con cui è stata definita l'utilità sociale da diversi autori utilitaristi J.C. HARSANYI, *L'utilitarismo*, cit., 68-69.

<sup>33</sup> Di tipo utilitaristico è l'approccio dei cosiddetti "QALY" ("*quality-adjusted life of years*"), che riscuote un certo consenso particolarmente nei Paesi anglosassoni, il quale contempla che nel determinare l'ordine di priorità tra persone si tenga conto anche della qualità di vita futura delle stesse, oltre che degli anni di vita (vedi L. D'AVACK, *COVID-19: criteri etici*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, *Special Issue*, n. 1 del 2020, 373-374). Ai "QALY" è stata rivolta l'"accusa" di essere discriminatori contro gli anziani (vedi R. CHADWICK, *Salute e allocazione delle risorse*, cit.).

deboli<sup>34</sup>. Emerge, dunque, un conflitto tra utilitarismo e eguaglianza nei diritti fondamentali: quest'ultima, infatti, è, tra l'altro, una "legge del più debole", implica la tutela dei più deboli<sup>35</sup>. Un'ispirazione utilitarista, temperata dal riconoscimento di un ambito di operatività per l'equità, si può cogliere in alcune parti del documento dell'Organizzazione mondiale della sanità ("OMS") del 2016, consistente in una guida per affrontare questioni etiche nell'ambito di epidemie di malattie infettive<sup>36</sup>. In questo documento, si afferma che le decisioni sull'allocazione delle risorse devono essere guidate dai principi di "utility and equity"<sup>37</sup>, e che, per quanto riguarda il primo, occorre identificare i tipi di risultati corrispondenti al miglioramento del benessere, e quindi definire il significato di utilità, essenzialmente in relazione a benefici per le condizioni di salute, nella consapevolezza che esistono diverse opzioni possibili, quali il numero totale di vite salvate, il numero totale di anni di vita salvati, oppure gli anni di vita salvati in rapporto con la qualità; in questa prospettiva, si ritiene eticamente ammissibile l'assegnazione di priorità alle persone che svolgono funzioni essenziali per fronteggiare un'epidemia, ma non a persone cui viene attribuito un elevato "valore sociale" sulla base di considerazioni non collegate allo svolgimento di siffatte funzioni<sup>38</sup>. Nel dibattito relativo alla pandemia di Covid-19 hanno occupato una posizione importante le questioni legate ad approcci ispirati all'utilitarismo, tra le quali si annovera anche quella delle possibili discriminazioni a danno di categorie deboli, quali le persone con disabilità e gli anziani. Il tema delle discriminazioni era già emerso, peraltro, prima della pandemia di Covid-19, ad esempio negli Stati Uniti, in particolare a seguito dell'epidemia H1N1 del 2009, quando diversi Stati e ospedali adottarono, su richiesta dell'*Institute of Medicine*, standard di cura per situazioni di crisi, nei quali si poteva riscontrare la previsione espressa della possibilità di negare trattamenti sanitari a causa della disabilità (nonché dell'età)<sup>39</sup>. Tra i documenti che, nell'ambito del contrasto alla pandemia di Covid-19, sono stati considerati come espressione di un'impostazione utilitaristica si possono annoverare il documento "*Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia Covid-19 en las unidades de cuidados intensivos*", elaborato dal gruppo di lavoro di bioetica della società spagnola dei medici di terapia intensiva<sup>40</sup> e il documento elaborato dal gruppo di lavoro della Società italiana di anestesia, analgesia, rianimazione e terapia intensiva ("SIAARTI"), intitolato "*Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*", del 6 marzo

---

<sup>34</sup> Vedi L. PALAZZANI, *La pandemia CoViD-19*, cit., 363.

<sup>35</sup> Vedi L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, cit., 15-17.

<sup>36</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION, [Guidance for managing ethical issues in infectious disease outbreaks](#). *World Health Organization*, 2016.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 21.

<sup>38</sup> *Ibidem*. Un orientamento favorevole ad assegnare priorità ai professionisti del settore sanitario e altri professionisti che svolgono un ruolo rilevante nell'affrontare la pandemia di Covid-19 è espresso dal COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, [Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus](#), 25 marzo 2020, in, 11-12 (anche se tale documento non accetta un'impostazione puramente utilitarista, anzi, si mostra ispirato in misura rilevante all'eguaglianza, come si vedrà *infra*).

<sup>39</sup> Ad esempio, nello Stato dell'Alabama, il documento del 2010 "*Criteria for Mechanical Ventilator Triage Following Proclamation of Mass-Casualty Respiratory Emergency*" (allegato al piano per le operazioni di emergenza dello Stato dell'Alabama) contemplava la restrizione all'accesso alla terapia per pazienti "con ritardo mentale grave o profondo", "demenza da moderata a grave", e "grave lesione cerebrale traumatica" (vedi S. BAGENSTOS, *Who Gets the Ventilator? Disability Discrimination in COVID-19 Medical-Rationing Protocols*, in [Yale Law Journal Forum](#), 27 maggio 2020, 2, 3; R. ADAMS, *Urgent care: disability, pandemic, and the value of a life*, in [The Lancet](#), 29 gennaio 2022, 430-431). Si deve anche ricordare che nel dibattito statunitense si osserva l'esistenza di un rapporto tra discriminazioni nella selezione di pazienti basate sulla disabilità o in generale su condizioni di salute e discriminazioni razziali. Si è evidenziato che il Covid-19 ha avuto un significativo impatto differenziato, più forte, su gruppi di afroamericani, nativi americani e latinoamericani, anche perché tendenzialmente le loro condizioni di salute sarebbero tali da renderli più vulnerabili rispetto a questa malattia (vedi D. HELLMAN, K.M. NICHOLSON, *Rationing and Disability: The Civil Rights and Wrongs of State Triage Protocols*, in [Washington and Lee Law Review](#), n. 4 del 2022, 1214, 1229).

<sup>40</sup> SEMICYUC, [Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia Covid-19 en las unidades de cuidados intensivos](#) in [https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/%C3%89tica\\_SEMICYUC-COVID-19.pdf](https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/%C3%89tica_SEMICYUC-COVID-19.pdf).



2020<sup>41</sup>, che si affronterà più specificamente *infra*. Nel suddetto documento della società spagnola si dichiara, oltre all'ispirazione al principio di "giustizia distributiva", il perseguimento della "massimizzazione del beneficio globale", e si considera imprescindibile un *triage* che assegni priorità, tra gli altri fattori, alla "maggiore speranza di vita"<sup>42</sup> - cosa che tendenzialmente favorisce i più giovani (anche se non necessariamente in tutti i casi). Inoltre, il documento richiama espressamente i c.d. "QALY"<sup>43</sup>, definiti come "indicatore combinato dello stato di salute che unisce quantità e qualità della vita", raccomandando: che tra due pazienti simili occorra dare priorità a quello con più anni di vita ponderati secondo la qualità; che, per quanto concerne le persone anziane, la sopravvivenza senza disabilità dovrebbe ricevere maggiore considerazione della sopravvivenza in sé; che occorre tenere conto dell'esistenza di persone a carico del paziente e del "valore sociale" della persona malata; che non dovrebbe essere richiesta la ventilazione meccanica invasiva per pazienti con deterioramento cognitivo, dovuto a demenza o altre malattie degenerative<sup>44</sup>. Dunque, non soltanto emerge una scelta che preferisce tendenzialmente i più giovani ai più anziani, ma anche un giudizio che opera distinzioni, a parità di sopravvivenza, tra persone diverse, fondate su valutazioni, operate "dall'esterno", della qualità della vita, sulla disabilità, sul "valore sociale" della persona, etc.: si pretende, dunque, di distinguere vite "migliori" e "peggiori", o vite di "maggior valore" e di "minor valore", in base a determinati parametri e valutazioni.

Le teorie che invocano a proprio fondamento il principio di eguaglianza affermano il diritto di tutti ad essere curati e la necessità di garantire eque opportunità di accesso alle prestazioni sanitarie e, nel caso in cui la situazione di fatto renda indiscutibilmente impossibile assicurare le cure necessarie a tutti, legittimano il ricorso ad un criterio di selezione basato su una valutazione medica oggettiva delle condizioni cliniche di ciascun paziente, secondo proporzionalità e appropriatezza, che tenga in considerazione sia la gravità del bisogno sia la prognosi sull'efficacia del trattamento, mentre altri criteri dovrebbero essere considerati discriminatori<sup>45</sup>. In questa prospettiva, per quanto riguarda in particolare l'età, essa non può essere assunta quale criterio extra-clinico, sul presupposto, rifiutato, di una preferenza della vita del più giovane a quella del più anziano, ma potrà ovviamente avere un rilievo nella misura in cui è presa in considerazione, insieme con altri fattori, nella valutazione delle condizioni cliniche del paziente<sup>46</sup>. Nella misura in cui, assegnando priorità ai pazienti che hanno maggiori *chance* di sopravvivenza, tendono al perseguimento dello scopo di salvare il maggior numero possibile di vite, che è uno dei possibili modi in cui si può intendere la "massimizzazione dei benefici" (vedi *supra*), pare di potersi affermare che questi approcci contengano anche un elemento convergente con alcune impostazioni utilitaristiche<sup>47</sup>, sebbene siano impegnati nel contrasto alle possibili discriminazioni che vengono imputate agli approcci puramente e marcatamente utilitaristici. Vi sono, però, approcci ispirati all'eguaglianza nei quali il contrasto con l'utilitarismo è ancora più netto. Com'è stato evidenziato, la pandemia di Covid-19 ha fatto emergere forti disuguaglianze strutturali<sup>48</sup>. Ebbene, al fine di tutelare i gruppi più vulnerabili (innanzi tutto, da un punto di vista socio-economico), sono stati elaborati approcci che teorizzano l'applicazione di un "fattore di correzione" nel *triage* a favore dei soggetti appartenenti a tali gruppi, anche se avessero meno *chance*

<sup>41</sup> Vedi L. D'AVACK, *COVID-19: criteri etici*, cit., 373; C. DI COSTANZO-V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in [BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto](#), Special Issue 1 del 2020, 445; L. PALAZZANI, *La pandemia CoViD-19*, cit., 364-365.

<sup>42</sup> Vedi SEMICYUC, *Recomendaciones éticas*, cit., 5.

<sup>43</sup> Vedi *supra*.

<sup>44</sup> Vedi SEMICYUC, *Recomendaciones éticas*, cit., 11-12.

<sup>45</sup> Vedi L. PALAZZANI, *La pandemia CoViD-19*, cit., 365-370.

<sup>46</sup> Vedi *ivi*, 367. Per una ricognizione di diverse società scientifiche e Comitati di bioetica che si sono ispirati a questi approcci, per contrastare, tra l'altro, anche le discriminazioni in base all'età, vedi *ivi*, 367-370.

<sup>47</sup> Evidenzia il carattere utilitaristico dell'impostazione tesa a salvare il maggior numero di vite C.P. LIVELY, *Adding a Correction Factor to The Allocation of Scarce Life-Saving Resources in a Pandemic: One Step Closer to Dismantling Structural Inequities*, in [Voices in Bioethics](#), 15 febbraio 2022, 2. Al contempo, è stato osservato che nell'utilitarismo non manchi l'apporto del principio di eguaglianza, inteso come uguale considerazione per gli interessi di individui diversi, in quanto assegna «uguale peso alle utilità di ciascun individuo» (vedi J.C. HARSANYI, *L'utilitarismo*, cit., 104).

<sup>48</sup> Vedi C.P. LIVELY, *Adding a Correction Factor*, cit., 1-2.

di sopravvivere, in modo da compensarli degli svantaggi derivanti dall'appartenenza a suddetti gruppi<sup>49</sup>. In base a questi approcci, poiché la società sarebbe responsabile delle disuguaglianze, occorrerebbe creare tale compensazione a favore dei soggetti svantaggiati, anche se ciò dovesse comportare il salvataggio di un numero di vite inferiore a quelle che si sarebbero potute salvare impostando diversamente il triage<sup>50</sup>.

Un'attenzione particolare nei confronti delle persone e dei gruppi esposti al rischio di divenire vittime di criteri selettivi discriminatori è stata dimostrata anche dalla guida dell'OMS del 2016 richiamata *supra*, la quale, come già anticipato, non si limitava a propugnare l'*utility*, ma sottolineava pure l'importanza dell'*equity*<sup>51</sup>. Poi, una volta manifestatasi la pandemia di Covid-19, negli Stati Uniti, contro gli orientamenti che contemplavano la possibilità di negare le cure a soggetti fragili, alcune persone con disabilità e diverse organizzazioni volte alla tutela dei diritti delle persone con disabilità hanno presentato ricorsi amministrativi all'*Office for Civil Rights* del *Department of Health and Human Service*, che nel marzo 2020 ha ribadito il divieto di discriminazioni sulla base di diversi fattori, tra cui la disabilità e l'età<sup>52</sup>. A seguito di tali ricorsi, taluni Stati hanno effettuato degli interventi atti a impedire che dai criteri per la selezione dei pazienti potessero derivare discriminazioni siffatte<sup>53</sup>. In Europa, tra le istituzioni che hanno prodotto documenti che si mostrano ispirati all'eguaglianza, si possono menzionare il Comitato nazionale per la bioetica italiano (il cui parere dell'8 aprile 2020 verrà considerato specificamente *infra*) e il *Comité de Bioética* spagnolo. Quest'ultimo, seppure dichiara espressamente di non rinunciare neanche al criterio di "*utilidad social*"<sup>54</sup>, ha mosso dei rilievi critici nei confronti delle *Recomendaciones éticas* elaborate dal Gruppo di lavoro di bioetica della società dei medici di terapia intensiva (vedi *supra*), evidenziando, tra l'altro, profili in contrasto con la Convenzione internazionale sui diritti delle persone con disabilità<sup>55</sup>. Il *Comité* spagnolo ha affermato espressamente che assumere che le vite delle persone con disabilità abbiano qualità inferiore e quindi meritino in misura inferiore di essere curate è in totale contraddizione con la visione della disabilità della società spagnola, con la Convenzione internazionale sui diritti delle persone con disabilità e con l'ordinamento giuridico spagnolo<sup>56</sup>. Più problematiche sono le affermazioni del *Comité* spagnolo allorché evoca la possibilità di una "*discriminación positiva*" a favore delle persone con disabilità, in considerazione della loro vulnerabilità al coronavirus e della loro appartenenza a un gruppo soggetto a discriminazione strutturale e sistemica<sup>57</sup>. Se tale passaggio del documento si dovesse interpretare nel senso di configurare una priorità di accesso delle persone con disabilità, al fine di realizzare una compensazione di condizioni di svantaggio, allora sembrerebbe che il *Comité* stia configurando una sorta di azione positiva "di risultato"<sup>58</sup>. Lo stesso si può dire degli approcci, richiamati *supra*, volti a introdurre un "fattore di correzione" nel *triage* a favore di gruppi svantaggiati da un punto di vista economico-sociale. Tali impostazioni presentano criticità perché, nella situazione data, adottare una siffatta misura di favore nei confronti di soggetti appartenenti a gruppi svantaggiati implica non un sacrificio qualunque, ma il sacrificio del diritto alla vita di soggetti non appartenenti a tali categorie.

---

<sup>49</sup> Vedi *ivi*, 1-6.

<sup>50</sup> Vedi *ivi*, 3.

<sup>51</sup> OMS, *Guidance for Managing*, cit., 21.

<sup>52</sup> Vedi HHS OFFICE FOR CIVIL RIGHTS IN ACTION, *Bulletin: Civil Rights, HIPAA, and the Coronavirus Disease 2019 (Covid-19)*, 28 marzo 2020, in.

<sup>53</sup> In particolare, tra la primavera e l'estate del 2020, si registrano gli interventi di Alabama, Pennsylvania, Tennessee, Utah (vedi in [HHS.gov](https://www.hhs.gov)). Sono state comunque messe in luce le discriminazioni e le disuguaglianze nell'accesso alle cure a sfavore delle persone con disabilità negli USA (vedi K.J. JOHNSTON, H.A. POLLACK, *COVID-19 Reveals Longstanding Health Inequities and Discrimination Against Americans With Disabilities*, in [Medical Care](https://www.medicare.gov), n. 2 del 2023, 55-57).

<sup>54</sup> Vedi COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe del Comité*, cit., 9.

<sup>55</sup> Vedi *ivi*, 9-11.

<sup>56</sup> *Ivi*, 10.

<sup>57</sup> *Ivi*, 11.

<sup>58</sup> Sulle azioni positive "forti" o "di risultato", o misure preferenziali dirette, vedi A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, in particolare 274-308.

Provando a considerare tali criteri dal punto di vista del diritto costituzionale italiano, pare plausibile affermare che difficilmente essi potrebbero trovare giustificazione alla luce del principio di eguaglianza sostanziale: infatti, l'art. 3, 2° c. Cost., richiedendo di rimuovere gli ostacoli che si frappongono al pieno sviluppo della persona umana per i soggetti più svantaggiati, non può legittimare il sacrificio del diritto alla vita degli altri soggetti, diritto che evidentemente è presupposto del pieno sviluppo della persona umana<sup>59</sup>.

Il problema delle discriminazioni che possono essere perpetrate a danno di persone con disabilità nel contesto delle selezioni dei pazienti in condizioni di risorse insufficienti è stato anche oggetto di una significativa decisione del Tribunale costituzionale federale tedesco<sup>60</sup>. I ricorrenti lamentavano la mancanza di un intervento legislativo finalizzato a garantire, nell'eventualità di *triage*, un'effettiva protezione delle persone con disabilità. Si evocava, quindi, una violazione del divieto di trattamenti sfavorevoli basati sulla disabilità<sup>61</sup>, della dignità umana e dei diritti alla vita e alla salute<sup>62</sup>, nonché dell'art. 25 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, che concerne specificamente il diritto alla salute e il diritto all'accesso ai servizi sanitari. Secondo il Tribunale costituzionale, dal divieto di trattamenti sfavorevoli basati sulla disabilità discende, tra l'altro, un compito di protezione in capo al legislatore, che può implicare uno specifico dovere di apprestare un intervento di tutela, quando si configurano esclusioni mirate, capaci di dare luogo ad attacchi alla dignità umana, oppure disuguaglianze strutturali, o rischi di livello eccezionalmente elevato in materia di diritti fondamentali. Considerate le valutazioni di terzi esperti e le raccomandazioni professionali destinate a orientare la prassi, il Tribunale costituzionale federale tedesco ha constatato che la protezione effettiva delle persone con disabilità non è stata garantita. Troverebbe riscontri accreditati l'idea che nella gestione delle terapie intensive si possono innestare elementi soggettivi e rischi di discriminazione sulla base della disabilità, soprattutto in condizioni di carenza di risorse. Inoltre, secondo terzi esperti, i professionisti sbagliano spesso nel valutare le circostanze di vita di persone con disabilità, e stereotipi inconsci possono influenzare a danno di queste le decisioni mediche. Il rischio che le persone con disabilità vengano penalizzate non sarebbe fugato, secondo il Tribunale, dalle raccomandazioni dell'associazione interdisciplinare tedesca per la terapia intensiva e la medicina di emergenza. Infatti, pur considerando inammissibile l'assegnazione di priorità sulla base di condizioni preesistenti e della disabilità, esse generano una possibile confusione tra disabilità e comorbidità e una presunzione di peggiori possibilità di recupero basata su stereotipi. Inoltre, le raccomandazioni fanno riferimento anche alle probabilità di sopravvivenza del paziente – criterio di per sé accettabile – ma avrebbero dovuto specificare con maggior chiarezza di riferirsi esclusivamente alla sopravvivenza all'evento medico acuto. Quindi, il legislatore tedesco non avrebbe adempiuto il dovere di tutelare effettivamente le persone con disabilità. Nel configurare il necessario intervento protettivo, il legislatore godrebbe di un ampio margine di valutazione e di apprezzamento, pur, dovendo tenere in considerazione alcuni elementi, quali l'ovvio dovere di proteggere la vita e la salute anche degli altri pazienti, l'esigenza medica di un processo decisionale rapido, l'attribuzione della responsabilità finale per le valutazioni mediche su ciascun caso in capo ai medici che se ne occupano. Il legislatore potrebbe fissare criteri sostanziali per l'assegnazione delle risorse con cui salvare vite umane, criteri che di per sé non sarebbero incompatibili con l'inviolabilità della dignità umana, anche se questa impedisce di soppesare una vita a confronto con un'altra vita. In alternativa, potrebbe fissare requisiti procedurali, come l'attribuzione delle decisioni ad una molteplicità di persone o la necessità

---

<sup>59</sup> Sulle azioni positive di risultato e in generale sulle azioni positive, sulla loro valutazione in base al principio di eguaglianza sostanziale, e sui limiti che la loro legittimità incontra, vedi *ivi*, in particolare 221-308.

<sup>60</sup> [BVerfG, 1 BvR 1541/20](#), 16 dicembre 2021. Sulla decisione, vedi P. ADDIS, *Il Bverfg e la vita delle persone con disabilità: il triage per l'accesso ai reparti di terapia intensiva in tempo di pandemia*, in [Diritti Comparati](#), 17 giugno 2022, I. DOMENICI, *Inerzia del legislatore e triage secondo il Bundesverfassungsgericht: una falsa vittoria?* in [Corti supreme e salute](#), n. 2 del 2022, 1-15 (che ha considerato deludente, anche se non del tutto, la decisione: vedi *ivi*, in particolare 11-15) e, anche per una particolare riflessione sul dibattito e sugli sviluppi sul piano legislativo in Germania, M. GIORGIANNI, *Scelte tragiche in tempi di pandemia. Chi ha più diritto di vivere?* in *Pol. dir.*, 2022, 555-595.

<sup>61</sup> *Ex art. 3, c. 3 del Grundgesetz.*

<sup>62</sup> *Ex artt. 1, c. 1 e 2, c. 2 del Grundgesetz.*

di adeguata documentazione. All'ampio margine di cui gode il legislatore corrisponderebbe il limitato standard di controllo giurisdizionale da parte del Tribunale costituzionale federale, che potrebbe accertare una violazione solo se non fossero adottate affatto misure protettive, o queste si rivelassero manifestamente inadatte o insufficienti per il raggiungimento dell'obiettivo<sup>63</sup>.

### 3. Gli approcci adottati in Italia

Com'è stato anticipato, in Italia, la SIAARTI ha prodotto un "documento tecnico", pubblicato il 6 marzo 2020, intitolato "*Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*"<sup>64</sup>. L'obiettivo di fondo che il documento pone viene espresso al punto 3 in termini di massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone, obiettivo che dovrebbe giustificare «*un eventuale giudizio di inappropriata accessibilità all'accesso a cure intensive basato unicamente su criteri di giustizia distributiva (squilibrio estremo tra richiesta e disponibilità)*» (punto 7). All'interno di questo quadro di riferimento, il documento propone due criteri operativi destinati a orientare le scelte degli operatori sanitari, nonché la possibilità di stabilire una soglia di età per l'accesso alla terapia intensiva. I due criteri si applicano secondo un ordine di priorità: il primo consiste nel selezionare coloro che hanno maggiori probabilità di sopravvivenza; una volta operata questa prima selezione, si applica il secondo, che consiste nell'ammettere «chi può avere più anni di vita salvata», e quindi tendenzialmente, anche se non necessariamente in ogni caso, le persone più giovani<sup>65</sup>. Tra gli aspetti del documento che hanno destato notevoli perplessità, rientra la possibilità di fissare una soglia di età per l'ammissione alla

---

<sup>63</sup> Nel novembre 2022 il Bundestag ha approvato una modifica alla legge sulla protezione dalle infezioni, al fine di adempiere il dovere che il Tribunale costituzionale federale ha ravvisato in capo al legislatore per il contrasto delle discriminazioni contro le persone con disabilità, ma non mancano voci critiche che contestano l'adeguatezza della modifica (vedi [Deutscher Bundestag beschließt umstrittenes Triage-Gesetz](#), 11 novembre 2022, in). In senso critico nei confronti della legge si è espressa, ad esempio, la Direttrice dell'Istituto tedesco per i diritti umani, Beate Rudolf, la quale ravvisa una violazione di un saldo principio della Costituzione e dei diritti umani nella possibilità di decidere chi debba ricevere un trattamento salvavita e chi no sulla base della probabilità di sopravvivenza attuale e a breve termine (vedi [Triage-Gesetz stellt Gleichwertigkeit allen menschlichen Lebens in Frage](#), 11 novembre 2022). Sulle problematiche connesse all'intervento legislativo del Bundestag, vedi J. HÜBNER, *Das Gesetz zur Regelung der Triage: Mehr Fragen als Antworten*, in *Dtsch Med Wochenschr*, 2023, 55-58.

<sup>64</sup> SIAARTI, *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, 6 marzo 2020. Il documento è stato oggetto di un acceso dibattito e di valutazioni divergenti. Ha ritenuto che fornisce ai medici le «necessarie indicazioni di base» A. RUGGERI, Intervista di R. CONTI a L. FERRAJOLI, A. RUGGERI, L. EUSEBI, G. TRIZZINO, *Scelte tragiche e Covid-19*, in *Giustizia Insieme*, 24 marzo 2020, 13. Ha difeso alcuni profili del documento che avevano destato perplessità G. RAZZANO, *Riflessioni a margine*, cit., 107-129. Mori ha espresso una posizione di minoranza nell'ambito del Parere del Comitato nazionale per la Bioetica dell'8 aprile 2020 (vedi *infra*), nella quale ha mostrato apprezzamento per le Raccomandazioni della SIAARTI (*Posizione di minoranza del Prof. Maurizio Mori: le Raccomandazioni Siaarti puntano nella direzione giusta*, in COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, [Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica](#), 8 aprile 2020, in 11-14). Spinsanti ha affermato che la diffidenza nei confronti del documento è stata dovuta anche a una «lettura frettolosa» (S. SPINSANTI, *Una diversa fiducia. Per un nuovo rapporto nelle relazioni di cura*, Roma, 2022, 33). Altri hanno messo in rilievo, in linea generale, la difficile compatibilità dei "criteri di massima utilità" con il principio personalista e il riconoscimento del diritto fondamentale alla salute, strettamente connesso alla dignità umana, che caratterizzano la Costituzione italiana, pur riconoscendo che in una situazione di emergenza quale quella cui si riferiscono le Raccomandazioni della SIAARTI la questione deve essere affrontata tenendo conto di ulteriori considerazioni (ad esempio, vedi C. DI COSTANZO-V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive*, cit., 446). Una immediata reazione che non pare in armonia con le Raccomandazioni della SIAARTI è stata espressa dal Presidente della FNOMCeO (in [FNOMCeO](#), 7 marzo 2020). Per una critica al criterio fondato sull'età, che assume un importante rilievo nelle Raccomandazioni della SIAARTI, vedi L. FERRAJOLI, in Intervista di R. CONTI a L. FERRAJOLI, A. RUGGERI, L. EUSEBI, G. TRIZZINO, *Scelte tragiche e Covid-19*, cit., 3.

<sup>65</sup> È stato evidenziato che il legame tra anni di vita salvata ed età del paziente è più probabilistico che necessario, riconoscendo che nella maggior parte dei casi il criterio del maggior numero di anni di vita salvata sarà favorevole al più giovane (M.G. BERNARDINI, *Una questione di interpretazione? Note critiche su Raccomandazioni SIAARTI, discriminazione in base all'età ed emergenza sanitaria*, in [BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto](#), n. 3 del 2020, 152).

terapia intensiva<sup>66</sup>. Taluno vi ha scorto una discriminazione fondata sul mero fattore anagrafico. Tuttavia, è stata anche sostenuta la plausibilità di una diversa interpretazione della possibilità di individuare una soglia di età, in base alla quale la valutazione del fattore anagrafico non sarebbe mai disgiunta da una complessiva valutazione di appropriatezza clinica dei pazienti: l'eventuale indicazione di un limite di età, dunque, secondo questa interpretazione, sarebbe sempre espressione di una valutazione di appropriatezza clinica, in base alla quale, oltre una certa soglia anagrafica, l'età stessa sarebbe un fattore clinico decisivo in termini negativi per il paziente<sup>67</sup>. In ogni caso, però, il fattore anagrafico pare poter essere assunto, secondo il documento, come fattore di selezione autonomo dalla valutazione di appropriatezza clinica in base al criterio che assegna preferenza a «chi può avere più anni di vita salvata»<sup>68</sup>.

Su tali problemi si è espresso un mese dopo il Comitato nazionale per la bioetica italiano, con il parere dell'8 aprile 2020 “*Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica*”<sup>69</sup>. Tale parere, pur prendendo le mosse dai principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, nonché dal criterio universalistico che ispira la l. 23 dicembre 1978, n. 833, che impongono di «fare sempre tutto il possibile per garantire a tutti, nessuno escluso, la tutela della salute»<sup>70</sup>, prende atto che la carenza di risorse emersa nel contesto della pandemia costituisce una situazione in cui è di fatto impossibile garantire a ciascuno l'accesso alle cure. In una tale situazione, il Comitato ritiene che l'allocazione delle risorse debba essere effettuata in base al criterio clinico, giudicando «eticamente inaccettabile» qualsiasi altro criterio, come «l'età anagrafica, il sesso, la condizione e il ruolo sociale, l'appartenenza etnica, la disabilità, la responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia, i costi»<sup>71</sup>. Il Comitato delinea l'impostazione del “*trriage in emergenza pandemica*”, in cui l'elemento preliminare è costituito dall'approntamento di strategie per gestire il conflitto che si crea, durante le emergenze pandemiche, tra gli obiettivi della salute pubblica, che prefiggono il raggiungimento del massimo beneficio per il maggior numero di persone, e il principio etico della medicina che prescrive di ricercare il massimo beneficio possibile per il singolo malato, evocando la possibilità che vengano assunte decisioni molto delicate sulla vita e la morte delle persone, che «non devono costituire precedenti da applicare in un futuro tornato alla normalità»<sup>72</sup>. Tratto caratterizzante di questo *trriage* è il concetto di “attualità”, che comporta, a differenza del *trriage* in condizioni normali, l'inserimento del paziente in una comunità di pazienti, e cioè la considerazione non solo di quelli fisicamente presenti in pronto soccorso, ma anche di quelli già valutati che sono ricoverati o si trovano nel loro domicilio<sup>73</sup>. In questa cornice, la priorità dei pazienti andrebbe stabilita, secondo il Comitato,

<sup>66</sup> Per delle riflessioni sul punto, vedi L. PALAZZANI, *La pandemia CoViD-19*, cit., 364-365; L. CONTE, *Covid-19. Le Raccomandazioni di etica clinica della SIAARTI. Profili di interesse costituzionale*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 1 aprile 2020, 7; G. RAZZANO, *Riflessioni a margine*, cit., 111; S. ROSSI, *Società del rischio e scelte tragiche al tempo del coronavirus*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC), n. 3 del 2020, 252-253.

<sup>67</sup> Afferma la plausibilità di tale ultima interpretazione delle Raccomandazioni della SIAARTI, pur riconoscendo che la sinteticità del testo si presta a far sorgere l'ambiguità, G. RAZZANO, *Riflessioni a margine*, cit., 117-120, che cita, a sostegno dell'idea che l'età sia un fattore dirimente nella valutazione clinica, anche il documento dell'Accademia svizzera delle scienze mediche, *Pandemia Covid-19: triage dei trattamenti di medicina intensiva in caso di scarsità di risorse*, 24 marzo 2020, 3-5.

<sup>68</sup> Riconosce che «il richiamo al più alto numero di anni di vita salvati che viene effettuato nel documento può aprire a considerazioni di carattere extra-clinico» M.G. BERNARDINI, *Una questione di interpretazione?* cit., 152). Si segnala che la tendenziale preferenza per la persona più giovane, a parità di chance di sopravvivenza, non è stata intesa come espressione di un'attribuzione di minor valore agli anziani, bensì di una giustizia distributiva da G. RAZZANO, *Riflessioni a margine*, cit., 124. Ferrajoli ha criticato, invece, l'adozione del criterio fondato sull'età, ritenendolo in contraddizione con la dignità della persona, che prescinde dalle sue condizioni personali (vedi L. FERRAJOLI, in Intervista di R. CONTI a L. FERRAJOLI, A. RUGGERI, L. EUSEBI, G. TRIZZINO, *Scelte tragiche e Covid-19*, cit., 3).

<sup>69</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, [Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica](http://Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica), 8 aprile 2020.

<sup>70</sup> IVI, 6.

<sup>71</sup> IVI, 7.

<sup>72</sup> IVI, 7-8.

<sup>73</sup> IVI, 9.

attraverso il criterio della maggiore efficacia ragionevolmente prevedibile del trattamento, e quindi delle maggiori possibilità di sopravvivenza: si tratta, cioè, di dare rilievo all'appropriatezza clinica, nella cui valutazione rientrano, oltre al grado di urgenza, anche altri fattori, quali la gravità del quadro clinico, la comorbidità, l'età, etc., senza ammettere un'eventuale esclusione del paziente sulla base dell'appartenenza a categorie predeterminate<sup>74</sup>. Il parere del Comitato nazionale per la bioetica, dunque, pare discostarsi dalle Raccomandazioni della SIAARTI del marzo 2020 nella misura in cui non avalla un criterio di selezione fondato sull'età di per sé considerata, mentre converge con le suddette Raccomandazioni sull'adozione del criterio delle maggiori possibilità di sopravvivenza.

La riflessione ha avuto degli sviluppi presso importanti istituzioni della medicina e della sanità italiane. La Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e odontoiatri ("FNOMCeO") ha creato, d'accordo con la SIAARTI, una commissione paritetica col compito di avviare una riflessione congiunta e condivisa sul piano deontologico, considerando peraltro la possibilità di modifiche del Codice di deontologia medica, la quale ha prodotto un documento approvato dal Comitato centrale della FNOMCeO il 29 ottobre 2020<sup>75</sup>. Il documento ribadisce come principio cardine per lo Stato e per i medici «il diritto individuale all'eguale accesso alle cure sanitarie», ma al contempo legittima – anche se solo «in stato di assoluta necessità» - l'adozione di criteri selettivi che comportino differenziazioni nella cura, i quali non possono essere intesi «come il diniego del principio non negoziabile dell'eguaglianza di valori di ogni essere umano» (punto d.3); inoltre, individua l'ordine di precedenza, in caso di risorse scarse, fondato sulla previsione dell'ottenimento tramite le terapie intensive di «un concreto, accettabile e duraturo beneficio», mediante criteri «rigorosi, espliciti, concorrenti e integrati, valutati sempre caso per caso» che possono includere le comorbidità, lo stato funzionale pregresso, la gravità del quadro clinico e l'età biologica, senza che questa assuma un peso preponderante (punto d.1). Pochi mesi dopo, il 13 gennaio 2021, è stato pubblicato un ulteriore documento, prodotto dalla SIAARTI e dalla Società italiana di medicina legale e delle assicurazioni ("SIMLA"), dal titolo "*Decisioni per le cure intensive in caso di sproporzione tra necessità assistenziali e risorse disponibili in corso di pandemia di Covid-19*"<sup>76</sup>, realizzato a seguito della convergenza, manifestatasi nell'estate del 2020, della Presidenza della SIAARTI, della Presidenza dell'Istituto superiore di sanità ("ISS"), e del Centro nazionale per l'eccellenza clinica, la qualità e la sicurezza delle cure ("CNEC")<sup>77</sup> sull'idea che fosse necessario un documento siffatto, e dell'invito rivolto da parte dell'ISS ai Presidenti di SIAARTI e SIMLA a preparare una bozza, da sottoporre a un confronto con società scientifiche e tecnico-professionali, associazioni e altri *stakeholder*. Per lo svolgimento del compito, è stato nominato un gruppo di lavoro che viene definito "multidisciplinare", entrato in funzione il 28 luglio 2020, costituito da 9 membri esperti, dotati di diverse competenze in vari campi d'interesse, tra cui quello giuridico<sup>78</sup>. A seguito di una consultazione pubblica, svoltasi nella parte finale del 2020, a cui hanno partecipato alcuni *stakeholder*<sup>79</sup>, il documento è stato pubblicato il 13 gennaio 2021 nel sito del Sistema nazionale delle linee guida dell'ISS, nella sezione "buone pratiche". Il documento riconosce l'esistenza di due paradigmi diversi, quello dell'etica clinica ("*patient-centered*"), e quello dell'etica della sanità pubblica ("*community-centered*"): il primo ha il suo baricentro nel singolo paziente; il secondo delinea i suoi orizzonti sulla base del principio di giustizia, mettendo in rilievo l'equa allocazione delle risorse sanitarie. Mentre nei periodi

---

<sup>74</sup> IVI, 8. Si rammenta che nell'ambito del Comitato ha espresso una posizione di minoranza il Prof. Maurizio Mori, giudicando inadeguato ad affrontare il problema l'orientamento della maggioranza, e mostrando apprezzamento, invece, per le Raccomandazioni della SIAARTI (vedi *supra*).

<sup>75</sup> [Comitato centrale della FNOMCeO, 29 ottobre 2020](#).

<sup>76</sup> SIAARTI-SIMLA, [Decisioni per le cure intensive in caso di sproporzione tra necessità assistenziali e risorse disponibili in corso di pandemia di Covid-19](#), 13 gennaio 2021.

<sup>77</sup> Il CNEC è un "gruppo multiprofessionale e multidisciplinare con competenze in tema di sviluppo e valutazione di linee guida, metodologia della ricerca sui servizi sanitari e formazione", di cui si avvale l'ISS per il miglioramento del Servizio sanitario nazionale.

<sup>78</sup> Sulla metodologia seguita per l'elaborazione del documento, vedi SIAARTI, SIMLA, *Decisioni per le cure*, cit., 6-8.

<sup>79</sup> V. i risultati della [consultazione pubblica](#).

ordinari è possibile rendere compatibili i due paradigmi, durante un'emergenza sanitaria del calibro della pandemia di Covid-19 si può riscontrare un attrito tra questi, data l'insufficienza delle risorse<sup>80</sup>. Il documento riconosce espressamente che, nell'ipotesi di saturazione delle risorse di terapia intensiva, insufficienti per dare a tutti le cure necessarie, bisogna ricorrere, piuttosto che al criterio cronologico o a un criterio casuale come il sorteggio, al *triage*, finalizzato alla massimizzazione del beneficio: quest'ultima consiste nell'offrire la cura salvavita al maggior numero di pazienti che possano trarne beneficio. Pertanto, l'età viene in rilievo come fattore che, assieme ad altri (comorbidità, etc.), deve costituire oggetto di una valutazione clinica globale del paziente, mentre, a differenza delle Raccomandazioni della SIAARTI del marzo 2020, non sono contemplate soglie predefinite di età. La valutazione comparativa delle condizioni complessive delle persone malate è volta a comprendere quali pazienti abbiano maggiori probabilità di sopravvivere alla condizione critica grazie alle cure intensive, «con una ragionevole aspettativa di vita al di fuori della Terapia intensiva», da intendersi in termini di «sopravvivenza a breve termine (alcuni mesi) dopo la dimissione dall'ospedale»<sup>81</sup>. Se invece fosse considerata come un obiettivo da perseguire una prospettiva di sopravvivenza per periodi di tempo più lunghi, si sarebbero aperti dei varchi per far assurgere l'età (nonché anche altri fattori) a criterio autonomamente in grado di dare luogo a una preferenza, in quanto strettamente collegato al tempo di vita salvato<sup>82</sup>.

Potrebbe apparire che la differenza rispetto alle Raccomandazioni della SIAARTI del marzo 2020 si riduca, con particolare riferimento all'affermazione, contenuta nel documento SIAARTI-SIMLA pubblicato nel gennaio 2021, secondo cui «solo a parità di altre condizioni, il mero dato anagrafico (età in anni) può avere un ruolo nella valutazione globale della persona malata in quanto con l'aumentare dell'età si riducono le probabilità di risposta alle cure intensive». In verità, però, si può cogliere una diversa sfumatura in quest'ultima affermazione, che risiede nella diversa prospettiva in cui viene considerato il fattore anagrafico: nelle Raccomandazioni della SIAARTI del marzo 2020, si persegue, nel criterio di seconda istanza, il maggior numero di anni di vita salvata, mentre il documento SIAARTI-SIMLA pubblicato nel gennaio 2021 riconnette comunque il rilievo del mero dato anagrafico, a parità di altre condizioni, alla valutazione dell'efficacia del trattamento e delle sue *chance*.

#### 4. Criteri di selezione e Costituzione italiana

Come dianzi affermato, gli approcci basati sull'eguaglianza propugnano il criterio di selezione fondato su una valutazione esclusivamente medico-clinica delle condizioni in cui versa il paziente, in particolare dello stato di bisogno e della prognosi di efficacia del trattamento, caratterizzata da proporzionalità e appropriatezza. Tale criterio assegna priorità ai pazienti le cui *chance* di sopravvivenza a breve termine sono reputate maggiori, perseguendo così il fine di salvare il maggior numero di persone. Questo tipo di impostazione è stato adottato in Italia dal documento SIAARTI-SIMLA pubblicato il 13 gennaio 2021 e dal parere del Comitato nazionale per la Bioetica dell'8 aprile 2020, richiamati *supra*. Tuttavia, i rapporti che si instaurano tra il principio di eguaglianza e questo tipo di impostazione non sono esenti da profili problematici, meritevoli di una riflessione. Nella parte seguente del lavoro, si rifletterà sul “raggio d'azione” del principio di eguaglianza in situazioni in cui non è possibile salvare tutte le vite umane in pericolo, e sul criterio che assegna priorità alle maggiori

---

<sup>80</sup> Vedi SIAARTI, SIMLA, *Decisioni per le cure*, cit., 3. Del resto, il conflitto tra singolo e comunità rappresenta una delle più importanti questioni controverse nel dibattito sull'allocazione di risorse sanitarie scarse, come ha ricordato R. CHADWICK, *Salute e allocazione delle risorse*, cit. Sottolinea il conflitto tra etica clinica, focalizzata sull'individuo, ed etica della sanità pubblica C.P. LIVELY, *Adding a Correction Factor*, cit., 3.

<sup>81</sup> SIAARTI, SIMLA, *Decisioni per le cure*, cit., 10-11.

<sup>82</sup> Sulla possibilità che valutazioni sulla sopravvivenza di lungo periodo possano comportare discriminazioni in base all'età, alla disabilità, etc. vedi J.G. HODGE JR, J.L. PIATT, *Legal Decision-making and Crisis Standards of Care. Tiebreaking During the COVID-19 Pandemic and in Other Public Health Emergencies*, in [JAMA Health Forum](#), n. 1 del 2022, 2.

*chance* di sopravvivenza a breve termine. In particolare: 1) si osserverà che almeno una “concretizzazione” del principio di eguaglianza, consistente in una certa regola derivante dalla sua combinazione con il diritto fondamentale a ricevere cure salvavita, non ha la possibilità di inverarsi; 2) si evidenzierà che esiste certamente una declinazione del principio di eguaglianza che può, e quindi deve operare (la tutela anti-discriminatoria); 3) si rifletterà sul criterio che assegna priorità alle maggiori *chance* di sopravvivenza a breve termine<sup>83</sup>, sulla sua *ratio* e sul radicamento costituzionale del conflitto da esso deciso.

#### 4.1 *Insuperabile impossibilità di garantire l'uguale diritto di accesso alle cure e alle risorse salvavita*

Innanzitutto, occorre mettere in evidenza l'importanza che ha il dato fattuale nel condizionare il tipo di regola (il criterio di selezione è, infatti, una regola) che si decide di adottare. L'interpretazione della Costituzione secondo ragionevolezza e l'elaborazione di regole costituzionalmente compatibili, inoltre, dovrebbero assumere che la stessa Costituzione richieda – senza avere necessariamente bisogno di dirlo esplicitamente – di tenere conto dei dati di realtà, che a volte sono condizioni di attuabilità e di invero dei principi costituzionali. La Costituzione tutela senz'altro il diritto alla vita, che può essere declinato in modi diversi; tra questi, vi è anche il diritto a ricevere cure salvavita e quindi ad accedere a risorse sanitarie salvavita, che può essere considerato come una manifestazione particolare del diritto alla salute quale tipico diritto sociale ad ottenere prestazioni. Notoriamente, i diritti sociali, intesi quali diritti all'ottenimento di prestazioni, sono stati qualificati come diritti condizionati. Con particolare riferimento al diritto sociale alla salute, la Corte costituzionale ha affermato che si tratta di «un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento»<sup>84</sup>. Come emerge anche da tale affermazione della Corte, di solito, quando si parla di diritti sociali condizionati, si fa riferimento al condizionamento derivante dal fatto che il legislatore deve tenere conto, nell'attuazione, di altri interessi costituzionalmente protetti e dell'insieme dato di risorse disponibili, da distribuire in vari campi di intervento. Dunque, si intende che i diritti sociali sono condizionati, in parte rilevante, sul piano economico e finanziario – anche se si deve ricordare che non sono gli unici diritti con tale caratteristica<sup>85</sup> – e che tale condizionamento opera dal momento in cui il legislatore compie le scelte per configurarli e delinearli (si potrebbe dire che il condizionamento opera “a monte”). Tale tipo di condizionamento, che pare porsi sul piano della cosiddetta “decisione di primo grado”<sup>86</sup>, secondo la terminologia di Calabresi e Bobbitt, sembra - in una certa misura almeno - “relativo”, nel senso che il decisore può svolgere una valutazione politica circa la distribuzione delle risorse, da canalizzare più in un ambito o più in un altro. Peraltro, la Corte costituzionale ha anche affermato che il condizionamento derivante dalle esigenze economico-finanziarie trovi un limite nei diritti sociali incompressibili<sup>87</sup>. Invece, nella situazione “tragica”, cui si

---

<sup>83</sup> La specificazione “a breve termine” è utile per precisare che ci si sta riferendo a una selezione che non assegna al fattore anagrafico un valore autonomo. D'ora in poi, quando si parlerà di *chance* di sopravvivenza, ci si riferirà implicitamente alla sopravvivenza “a breve termine”.

<sup>84</sup> Vedi, ad esempio, [Corte cost., 16 ottobre 1990, n. 455](#).

<sup>85</sup> Come è stato evidenziato, tutti i diritti, non solo quelli sociali, hanno un costo (vedi, ad esempio, A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale*, cit., 28; M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in [Rivista AIC](#), n. 3 del 2016, 7-8).

<sup>86</sup> Si tratta della decisione circa la quantità di beni scarsi da produrre (vedi G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, cit., 10).

<sup>87</sup> Su tale giurisprudenza, vedi ad esempio L. ANTONINI, *Tecniche decisorie e bilanciamento tra diritti e finanze*, in F. Pammolli, C. Tucciarelli (a cura di), *Il costo dei diritti*, il Mulino, Bologna, 2021, 95-108; B. BRANCATI, *Crisi economica e diritti sociali nella giurisprudenza delle corti costituzionali. Casi significativi dell'ultimo decennio*, in F. Pammolli, C. Tucciarelli (curr.), *Il costo dei diritti*, cit., 81-82; A. CAROSI, *La Corte costituzionale tra autonomie territoriali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti*, in [Rivista AIC](#), n. 4 del 2017, 21.



rivolge la “decisione di secondo grado”<sup>88</sup>, il condizionamento si manifesta in maniera più determinante, anzi invincibile. Il diritto a ricevere le prestazioni si rivela condizionato da dati fisicamente misurabili, in cui rientra l’esistenza materiale effettiva delle risorse salvavita al momento in cui un paziente ne ha bisogno: se la risorsa sanitaria non c’è nel momento in cui serve per salvare la vita del paziente, non può essere creata in un istante *ex nihilo*. Tale dato materiale condiziona in modo insuperabile la garanzia del diritto a ricevere certe cure salvavita per certi soggetti determinati<sup>89</sup>, perché la mancanza della risorsa pregiudica una condizione di possibilità di soddisfazione di tale diritto<sup>90</sup>; non può essere garantito un certo diritto in una data situazione fattuale nella quale la soddisfazione dello stesso è impossibile *in rerum natura*<sup>91</sup>.

Pertanto, se le risorse sanitarie materialmente disponibili in una certa situazione non sono sufficienti per tutti coloro che ne hanno bisogno, non è più possibile impiegare la regola “a tutti deve essere garantito l’accesso alla risorsa salvavita”, perché mancano le necessarie precondizioni reali per poterla applicare. Ci si può chiedere se tale situazione di scarsità sia stata generata da decisioni umane, ma, una volta che una siffatta situazione si è verificata, l’impossibilità di curare alcuni pazienti bisognosi dipende da un dato di realtà oramai invincibile, non più umanamente modificabile; invece, è rimesso alla decisione umana lo stabilire a chi dare le cure salvavita e a chi non darle, una volta assodato che non sarà materialmente possibile darle a tutti.

La regola per cui tutti devono avere accesso alle cure (e quindi alle risorse) salvavita è certamente un’attuazione del combinato disposto degli artt. 3 e 32, Cost., ma bisogna prendere atto che è ineluttabilmente condizionata dalla sussistenza di una situazione materiale in cui sono presenti risorse sufficienti per l’accesso di tutti<sup>92</sup>. Quindi, questa particolare manifestazione o declinazione del principio di eguaglianza, in combinazione con il diritto costituzionale a ricevere cure salvavita, che si sarebbe potuta concretizzare nella regola dell’accesso alle risorse per tutti, non si può inverare nella situazione di insufficienza delle risorse: in altri termini, i principi costituzionali coinvolti non sono attuabili attraverso la suddetta regola nelle condizioni reali date<sup>93</sup>.

Pure nell’ipotesi in cui si adottassero il criterio c.d. “*first come first served*” o il sorteggio<sup>94</sup>, non sarebbe possibile evitare che ad alcuni soggetti venga negato l’accesso alla risorsa salvavita. Con particolare riferimento al sorteggio, si potrebbe affermare che da un certo punto di vista appaia come il criterio più ugualitario, assegnando a ciascuno una pari probabilità di accesso alla risorsa salvavita, senonché il diritto ad una *chance* - uguale a quella altrui - di accesso alla risorsa è cosa ben diversa dal diritto all’accesso effettivo alla stessa, che il diritto fondamentale alla salute e alla vita esigerebbe. Il sorteggio implica l’applicazione della regola “tutti devono avere pari probabilità di accesso alla risorsa salvavita”, che è ben diversa dalla regola “a tutti deve essere garantito l’accesso alla risorsa salvavita”.

---

<sup>88</sup> Secondo la terminologia di Calabresi e Bobbitt, si tratta della decisione che determina i soggetti che potranno beneficiare del bene scarso, posto che questo non è sufficiente per tutti quelli che lo richiedono (vedi G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, cit., 10).

<sup>89</sup> Il condizionamento, quindi, opera stavolta in riferimento alla situazione concreta in cui si trovano certi soggetti determinati: si potrebbe dire che opera “a valle”.

<sup>90</sup> Ovviamente, deve ritenersi preclusa la garanzia dello specifico diritto a ricevere determinate prestazioni di cura, quelle per le quali occorrerebbero risorse che, nella situazione data, si rivelano insufficienti. Rimane impregiudicata la garanzia del diritto a ricevere altre prestazioni di cura.

<sup>91</sup> Si può rammentare che, ai sensi degli artt. 1256 ss. del codice civile, l’impossibilità sopravvenuta della prestazione estingue l’obbligazione.

<sup>92</sup> Ovviamente, fare in modo che si verifichi la situazione materiale in cui le risorse sono sufficienti per tutti è compito degli apparati pubblici. Rimane però la constatazione che, in assenza di una siffatta situazione materiale, dovuta o a colpa degli apparati pubblici, o ad altri fattori, la regola per cui a tutti deve essere garantito l’accesso alle risorse non è impiegabile.

<sup>93</sup> Con un’espressione forte, ha affermato che «il diritto per tutti alla salute e quindi alla risorsa medica, [...] di fatto, non c’è» G. RAZZANO, *Riflessioni a margine*, cit., 117.

<sup>94</sup> Calabresi e Bobbitt fanno notare che i due criteri presentano elementi comuni (vedi G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, cit., 40-42). Per quanto riguarda il sorteggio nell’ambito della pandemia di Covid-19, cfr. E. DUSI, *Coronavirus, la lotteria del respiratore. Negli ospedali americani si usa anche la monetina per scegliere chi intubare*, in [la Repubblica](#), 20 maggio 2020.

L'impossibilità di attuare l'eguaglianza nel diritto fondamentale all'accesso effettivo a una risorsa salvavita costituisce la cornice inamovibile in cui la scelta tragica deve operare, la sua stessa condizione generatrice (senza la quale la scelta non sarebbe tragica), e non un problema che l'individuazione di un criterio piuttosto che di un altro possa aspirare a risolvere: *ad impossibilia nemo tenetur*.

#### 4.2 L'eguaglianza possibile, e quindi imprescindibile: in particolare, la tutela antidiscriminatoria

Cionondimeno, il fatto che la determinata attuazione del principio di eguaglianza in connessione col diritto alla vita, consistente nella regola per cui a tutti deve essere garantito accesso effettivo alla risorsa salvavita, sia preclusa, non impedisce che possano e, quindi, debbano operare altre manifestazioni del principio di eguaglianza nell'effettuazione della scelta tragica di allocazione delle risorse, quantomeno attraverso la necessaria esclusione di alcuni criteri. Posto che ad alcuni pazienti saranno inevitabilmente negate certe terapie, l'individuazione di questi non potrà sicuramente avvenire sulla base di alcuni fattori, inadeguati a costituire valide ragioni differenziatrici. Occorre ricordare che nella giurisprudenza costituzionale italiana è stata affermata l'esistenza di un nucleo essenziale o irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana<sup>95</sup>: tale scaturigine, comune a ogni persona indistintamente, è la premessa dell'impossibilità di creare ordini di priorità o di preferenza sulla base di caratteristiche o condizioni inadeguate a costituire fondamento di una differenziazione. In particolare, non è tollerabile che certe caratteristiche o condizioni attribuibili alla persona si eleggano a *ratio* di differenziazione circa il nucleo irriducibile del diritto alla salute: da differenziazioni siffatte trasparirebbero giudizi sul (diverso) valore delle persone.

Dunque, il principio di eguaglianza formale e i correlati divieti di discriminazione devono trovare garanzia attraverso l'esclusione di certi criteri di selezione. Il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali ha affermato – proprio con riferimento alla salute – che, così come va riconosciuto che esistono limiti derivanti dalla disponibilità delle risorse e che la piena realizzazione del Patto sui diritti economici, sociali e culturali avviene progressivamente, è altrettanto vero che esistono “obblighi ad effetto immediato” per gli Stati, tra i quali rientra il divieto di discriminazioni, ai sensi dell'art. 2, par. 2 del Patto<sup>96</sup>. La precisazione del Comitato coglie la capacità del divieto di discriminazioni (che è una peculiare manifestazione del principio di eguaglianza) di sottrarsi al condizionamento dell'insufficienza delle risorse, e quindi di essere comunque operativo: pertanto, deve essere necessariamente applicato. Tale precisazione è stata richiamata e condivisa dal Tribunale costituzionale federale tedesco, che, tra l'altro, ha sottolineato che l'interpretazione del *Grundgesetz* deve tenere in considerazione anche il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali<sup>97</sup>. Alla luce di ciò, si intende osservare, dunque, le varie declinazioni del divieto di discriminazioni, con riguardo alla Costituzione italiana. Innanzi tutto, sebbene il 1° comma dell'art. 3 faccia espresso riferimento ai soli cittadini, è noto che la Corte costituzionale ha affermato l'applicazione del principio anche agli stranieri, con particolare riguardo, in virtù di un'interpretazione sistematica dell'art. 3 con gli artt. 2 e 10 della Costituzione, ai diritti fondamentali<sup>98</sup>, nel cui novero deve

---

<sup>95</sup> Vedi, ad esempio, [Corte cost. 17 luglio 2001, n. 252, n. 309 del 1999](#), cit., [15 luglio 1994, 304](#). Si ricorda che nella dottrina costituzionalistica è stato evidenziato in generale che il fondamento dei diritti sociali risiede nella dignità dell'uomo, da intendersi quale valore di base dell'ordinamento, e non come scopo da raggiungere (vedi, *ex multis*, F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Torino, 2018, 154; A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte dell'uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in [Costituzionalismo.It](#), n. 3 del 2019, 1-32; G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 247-306).

<sup>96</sup> UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS – CESCR, [General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health \(Art. 12\)](#), UN Doc. E/C.12/2000/4, 11 agosto 2000, para. 30, 11.

<sup>97</sup> Vedi [BVerfG, 1 BvR 1541/20](#), cit.

<sup>98</sup> Sull'applicazione del principio di eguaglianza agli stranieri, vedi C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in *Studi economici-giuridici della Facoltà di Giurisprudenza*

senz'altro farsi rientrare il diritto alla salute e alla vita nella specifica declinazione del diritto di ricevere un intervento sanitario salvavita: la Costituzione, quindi, non potrebbe consentire alcun criterio di selezione basato sulla cittadinanza. Il legislatore ordinario, peraltro, ha ribadito esplicitamente, all'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 286/1998, l'applicazione del principio di eguaglianza relativamente ai diritti fondamentali agli stranieri, pure se la loro condizione non è conforme alle norme sull'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato. Proprio con riguardo all'ascrivibilità del diritto alla salute agli stranieri, la Corte costituzionale, nella sent. n. 252 del 2001<sup>99</sup>, concernente la garanzia di trattamenti terapeutici essenziali per stranieri extracomunitari non in regola con le norme sull'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato, ha evidenziato - con affermazione dalla portata generale - che deve essere sempre garantito «un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto»: se tale nucleo irriducibile, al quale pacificamente appartiene il diritto a ricevere prestazioni sanitarie salvavita, costituisce «ambito inviolabile della dignità umana», non è concepibile alcuna preferenza di certe categorie di soggetti rispetto ad altre, quindi nemmeno dei cittadini rispetto agli stranieri.

Com'è noto, esprimendo il suo «nucleo forte»<sup>100</sup>, l'art. 3, 1° c., Cost. enuncia un elenco di categorie sulla base delle quali è espressamente vietato disporre discriminazioni. È stato osservato che da tale enunciazione non deriva una assoluta preclusione di differenziazioni di trattamento riconducibili ad uno qualunque dei motivi menzionati, ma piuttosto la necessità di una rigorosa giustificazione della ragionevolezza di misure differenziatrici basate su quei motivi. Per queste ultime, infatti, sussiste una presunzione di incostituzionalità - «salvo il giudizio di ragionevolezza della distinzione»<sup>101</sup> - che comunque non si atteggia allo stesso modo in relazione a ciascuna delle categorie, essendo più facilmente superabile per alcune, e particolarmente rigida per altre<sup>102</sup>. Per quanto concerne il sesso, la «razza», la lingua, il fattore religioso e le opinioni politiche non ha bisogno di particolari dimostrazioni l'affermazione per cui criteri di selezione dei pazienti basati su tali fattori comporterebbero certamente discriminazioni vietate: sarebbe senz'altro inconcepibile tentare di giustificare un ordine di priorità fondato su siffatti criteri nell'accesso a un intervento sanitario salvavita, e quindi nella tutela del diritto alla vita, considerato dalla Corte costituzionale come il primo dei diritti inviolabili<sup>103</sup> e ambito inviolabile della dignità umana (vedi *supra*).

---

dell'Università di Cagliari, Padova, 1953, 14ss.; L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, 205 ss.; M. LUCIANI, [I principi di eguaglianza e di non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato. Italia](#), Studio EPRS – Servizio Ricerca del Parlamento europeo, ottobre 2020, 38; M. LOSANA, «Stranieri» e principio costituzionale di uguaglianza, in [Rivista AIC](#), n. 1 del 2016, 1-24 (sulla tutela antidiscriminatoria offerta agli stranieri dal principio di eguaglianza, vedi *ivi*, 22-24). Si può richiamare a tal proposito [Corte cost., 23 novembre 1967, n. 120](#), che afferma: «se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare [...] diritti fondamentali». Oltre tutto, la giurisprudenza costituzionale ha affermato (ad esempio [Corte cost. 2 dicembre 2005, n. 432](#)) che, pure al di fuori del novero dei diritti fondamentali, le differenziazioni poste dal legislatore tra cittadini e stranieri non possono sfuggire a un controllo di ragionevolezza (come ricordano C. CORSI, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in [federalismi.it](#), n. 3 del 2014, 3, e M. LOSANA, «Stranieri» e principio costituzionale, *cit.*, 8-9). Con particolare riferimento ai diritti sociali dello straniero, vedi F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza: la condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013, e C. CORSI, *Stranieri, diritti sociali*, *cit.*, 2-30. In dottrina, comunque, non mancano posizioni significative, sostenute anche in tempi relativamente recenti, di quanti hanno affermato la non applicabilità del principio di eguaglianza agli stranieri (ad esempio, vedi A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in [Rivista AIC](#), 2 luglio 2010, 6-9; *Id.*, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, I ed., Padova, 1984, 133ss.; *Id.*, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, 38 ss.; C. ESPOSITO, *Eguaglianze e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *Id.*, *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 24).

<sup>99</sup> [Corte cost., n. 252 del 2001, cit.](#)

<sup>100</sup> Vedi A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Milano, 1976, 127-129.

<sup>101</sup> F. SORRENTINO, *Dell'eguaglianza*, Modena, 2014, 56; vedi anche M. LUCIANI, *I principi di eguaglianza*, *cit.*, 15-16.

<sup>102</sup> Vedi A. CERRI, *Principio di uguaglianza*, in [Treccani OnLine](#), 2018.

<sup>103</sup> Vedi [Corte cost. n. 223 del 1996](#), *cit.*

Con riguardo al sesso, si può evidenziare, tra l'altro, che nel nostro ordinamento non sono contemplate diversità di trattamento fondate su questo fattore in relazione all'accesso ai diritti sociali, quale è il diritto che interessa in questa sede<sup>104</sup>.

Con particolare riferimento alla "razza", si ricorda che ai sensi dell'art. 1, par. 1, della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale<sup>105</sup>, per discriminazione razziale si intende «ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica»<sup>106</sup>, e che l'art. 5 della stessa Convenzione impegna gli Stati a «garantire a ciascuno il diritto all'eguaglianza dinanzi alla legge senza distinzione di razza, colore od origine nazionale o etnica, nel pieno godimento» di una serie di diritti espressamente menzionati, tra cui figura il diritto alla sanità e alle cure mediche (lett. e), iv)). Un contrasto alle discriminazioni fondate sulla "razza" o l'origine etnica viene condotto anche dal d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215<sup>107</sup>, che individua, tra le aree in cui in modo specifico si applica il principio di parità di trattamento, l'assistenza sanitaria (art. 3, comma 1, lett. f)). Inoltre, come si può osservare, tali previsioni di contrasto alle discriminazioni richiamano, accanto alla nozione di "razza", anche quella di etnia, per la quale la lingua costituisce un connotato particolarmente importante, come ha affermato la Corte costituzionale nella sent. n. 62 del 1992<sup>108</sup>. In relazione al fattore religioso e alle opinioni politiche, si può aggiungere che qualsiasi forma di distinzione dei pazienti su tali basi confliggerebbe, rispettivamente, anche con il principio di laicità dello Stato, con la libertà religiosa e di coscienza, con la libertà di manifestazione del pensiero, con il principio democratico e con quello pluralista. Nessun trattamento sfavorevole potrebbe essere ammesso nemmeno in connessione con le opinioni politiche in contrasto con i principi fondamentali della Costituzione (anche quelle opinioni più ripugnanti e riprovevoli), non essendo idoneo a giustificare una distinzione sulla base di opinioni politiche neanche il dovere di fedeltà alla Repubblica: quest'ultimo, infatti, non solo non può imporre l'intima adesione ai principi costituzionali - «l'adesione ai quali è certo una condizione di sopravvivenza dell'ordinamento, ma non può essere assicurata con ogni mezzo» - ma non può prescindere dal rispetto per i diritti inviolabili di tutti<sup>109</sup>.

#### 4.2.1 *Sull'ammissibilità di selezioni basate su alcune particolari condizioni*

L'elenco dell'art. 3, 1° c., Cost. si conclude con le "condizioni personali e sociali", formula idonea a ricomprendere tutti i possibili fattori riferibili al soggetto sulla cui base sarebbe astrattamente possibile stabilire differenze di trattamento, la cui giustificazione e legittimità andranno vagliate caso per caso: rimane fermo il canone per cui deve assicurarsi pari trattamento alle situazioni assimilabili, e trattamento differenziato a quelle che non lo sono<sup>110</sup>. Posto che del divieto di discriminazione in base alle condizioni personali e sociali non è possibile una trattazione specifica - non essendo il divieto dotato di una sua autonomia<sup>111</sup> - né esaustiva, in questa sede si prenderanno in considerazione soltanto alcune condizioni significative.

Tra le "condizioni personali e sociali" di cui all'art. 3, 1° c., Cost., rientrano anche le condizioni economiche. Facendo tesoro di quanto affermato in relazione alla libertà personale dalla Corte

<sup>104</sup> Vedi M. LUCIANI, *I principi di eguaglianza*, cit., 33.

<sup>105</sup> Aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966, resa esecutiva in Italia con la l. 13 ottobre 1975, n. 654.

<sup>106</sup> Di tale formula il legislatore italiano si è avvalso per fornire la nozione di discriminazione all'art. 43, comma 1, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

<sup>107</sup> Esso attua la direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000.

<sup>108</sup> [Corte cost., 24 febbraio 1992, n. 62.](#)

<sup>109</sup> In questo senso, vedi A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013, 217-218.

<sup>110</sup> In questo senso, vedi M. LUCIANI, *I principi di eguaglianza*, cit., 48.

<sup>111</sup> *Ibid.*, 36, 47.

costituzionale, nella sent. n. 131/1979<sup>112</sup>, che ha dichiarato l'incostituzionalità della conversione della pena pecuniaria in pena detentiva, si può affermare che neanche la vita umana sia monetizzabile. In rapporto alle condizioni economiche, il principio di eguaglianza formale e il divieto di discriminazioni operano in sinergia con il principio di eguaglianza sostanziale. Infatti, anche con tale ultimo principio, come già detto *supra* (vedi par. 2), confliggerebbe un criterio di selezione che assegnasse priorità ai pazienti con maggiori capacità di pagare, in tutto o in parte, le prestazioni sanitarie, dal momento che un vantaggio di ordine economico assurgerebbe addirittura a titolo preferenziale per consentire l'accesso a una risorsa salvavita, evidente presupposto del "pieno sviluppo della persona umana" che la Repubblica è impegnata a perseguire attraverso la rimozione delle disuguaglianze economiche e sociali, ai sensi dell'art. 3, 2° c., Cost.<sup>113</sup>. Una conferma dell'inammissibilità di selezionare i pazienti per l'accesso a risorse salvavita in base alla capacità di sopportare il costo economico dell'intervento sanitario deriva altresì dalla garanzia di cure gratuite agli indigenti, fissata dall'art. 32, 1° c., Cost., che, come ha evidenziato la Corte costituzionale nella [sent. n. 309/1999](#), impedisce di ledere il nucleo incompressibile del diritto alla salute anche quando si tratti di soggetti in disagiate condizioni economiche, viepiù nei casi estremi in cui questo diritto giunge «a risolversi nel diritto alla vita».

Un particolare interesse riveste la condizione di detenuto, anche per le implicazioni derivanti dal modo di intendere la dignità. La condizione di detenuto non potrebbe giustificare un abbassamento del livello di priorità del paziente nell'accesso alla terapia intensiva, in quanto il detenuto non deve essere mai privato durante l'esecuzione penale «del bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo»<sup>114</sup>. A tal riguardo, si concorda con chi ha sostenuto che alla Costituzione italiana sono sottese almeno due concezioni della dignità, una "statica" e una "dinamica": la prima si riferisce alla dignità "innata", intesa come la "dote" inamovibile e inalterabile, indisponibile e assoluta, assegnata a ciascun uomo in quanto tale, insuscettibile di subire eventuali conseguenze derivanti dal valore o disvalore del contegno del singolo, o da giudizi di merito o demerito; la seconda si riferisce alla dignità "acquisita", una meta, una conquista, un possesso che può essere conseguito tramite un contegno positivamente valutato, ma che può anche essere perduto a causa di un contegno negativamente valutato<sup>115</sup>. Questa seconda accezione della dignità emerge, ad esempio, nell'insieme di previsioni costituzionali che contemplano limitazioni di alcuni diritti fondamentali (a cominciare dalla libertà personale), ad esempio in relazione all'ipotesi di responsabilità penale, ma non solo. Per quanto riguarda il diritto di voto, per esempio, l'art. 48, 4° c., Cost. contempla la possibilità di una sua limitazione nelle ipotesi

---

<sup>112</sup> [Corte cost., 21 novembre 1979, n.131](#).

<sup>113</sup> Sul valore normativo e la giuridicità del principio di uguaglianza sostanziale, vedi, tra gli altri, L. PALADIN, *Il principio costituzionale*, cit., 317-335; Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, 2013, 100. Com'è stato affermato, l'art. 3, 2° c., Cost. impegna a fornire protezione ai progetti di emancipazione personale di ciascuno, realizzabili attraverso i diritti inviolabili (cfr. M. LUCIANI, *I principi di eguaglianza*, cit., 22). Luciani osserva l'impiego del principio di eguaglianza sostanziale - anche se implicitamente, e in aggiunta all'evocazione del divieto di discriminazione sulla base delle condizioni soggettive, ex art. 3, 1° c., Cost. - da parte di [Corte cost., n. 131 del 1979, cit.](#) (vedi ivi, 48).

<sup>114</sup> [Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26](#). Si veda anche [Corte cost., 7 giugno 2013, n. 135](#), che ha affermato che, in mancanza di esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere, la limitazione dei diritti «acquisterebbe unicamente un valore affittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27, terzo comma, Cost.». La garanzia dei diritti fondamentali è ribadita per le persone private della libertà anche dalla l. 26 luglio 1975, n. 354 (in particolare, art. 1, comma 3).

<sup>115</sup> Vedi, a titolo esemplificativo, M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 9-22. Analogamente, in Germania, sono state ravvisate due principali impostazioni, cui sarebbero ascrivibili le diverse teorie giuridiche tedesche, ovvero la «teoria della dote» (*Mitgifttheorie*) e la «teoria della prestazione» (*Leistungstheorie*), non incompatibili tra loro: ricostruisce così la riflessione giuridica tedesca Hofmann, il quale propone altresì una propria concezione di dignità, quale promessa reciproca che gli uomini, come appartenenti alla comunità giuridica, si fanno gli uni agli altri: vedi H. HOFMANN, *La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1999, 620-650). Tra le possibili accezioni della dignità umana, oltre alla *Mitgifttheorie* e alla *Leistungstheorie* richiama pure la concezione della dignità promessa di Hofmann V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in [Rivista AIC](#), n. 2 del 2013, 1.

di incapacità civile, sentenza penale irrevocabile e “indegnità morale”<sup>116</sup>. Evidentemente, l’influenza di una concezione piuttosto che dell’altra ha conseguenze di rilievo nella tutela giuridica che può essere riconosciuta<sup>117</sup>, sicché assume notevole importanza la corretta individuazione delle concezioni di dignità pertinenti alle varie situazioni di cui il giurista si occupa. Infatti, mentre soltanto la dignità “acquisita” può ammettere distinzioni tra individui, anche tramite la limitazione e la compressione di diritti fondamentali per alcuni, purché queste siano circoscritte e sempre razionalmente giustificate, la dignità “innata” appartiene irrevocabilmente sempre a tutti in modo uguale, e costituisce il baluardo che impedisce la possibilità di una completa privazione dei diritti<sup>118</sup>. La giurisprudenza costituzionale, qualificando il nucleo irriducibile del diritto alla salute come “ambito inviolabile della dignità umana” (vedi *supra*), fa chiaramente riferimento alla dignità “innata”, tanto più se si considera il diritto a ricevere cure salvavita, ascrivibile pure al diritto alla vita, che è il “primo dei diritti inviolabili” ([Corte cost., n. 223 del 1996, cit.](#)), posto che senza la vita non sarebbero concepibili gli altri diritti. Sul piano del diritto alla salute, e quantomeno su quello del nucleo irriducibile dello stesso, non è dunque ammissibile alcuna distinzione basata sulla responsabilità penale o su qualunque altro giudizio di disvalore o indegnità. Anche se la realtà carceraria ha per molto tempo ostacolato, e continua a farlo, il diritto a ricevere prestazioni sanitarie dei detenuti<sup>119</sup>, il legislatore ordinario ha interpretato correttamente i principi costituzionali tramite gli enunciati contenuti all’art. 1 del d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230, in cui si afferma che, «al pari dei cittadini in stato di libertà», i detenuti e gli internati hanno diritto a prestazioni efficaci, tempestive ed appropriate di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione (comma 1), sottolineando esplicitamente, peraltro, che gli stranieri detenuti e internati in istituti penitenziari sono iscritti al servizio sanitario nazionale e «hanno parità di trattamento e piena eguaglianza di diritti rispetto ai cittadini liberi, a prescindere dal regolare titolo di permesso di soggiorno in Italia» (comma 5). Nel rispetto dei principi costituzionali, quindi, la giurisprudenza costituzionale e il legislatore convergono nell’affermare la piena eguaglianza nel diritto fondamentale alle cure, a prescindere da limitazioni della libertà personale dovute al sistema sanzionatorio penale. Dunque, nessuna influenza sull’ordine di priorità per l’ammissione alle terapie intensive potrebbe avere la condizione di detenuto.

Si consideri adesso un’altra condizione, collegata in modo peculiare alla pandemia di Covid-19: quella dei soggetti non vaccinati. Si segnala che il celebre bioeticista Peter Singer ha sostenuto che i pazienti vaccinati bisognosi di terapie intensive dovrebbero avere una priorità su quelli non vaccinati, i quali dovrebbero “sopportare le conseguenze delle loro scelte”<sup>120</sup>. Come ricorda lo stesso Singer, è ormai noto che, sebbene l’efficacia del vaccino nel contrastare il contagio sia risultata limitata o

---

<sup>116</sup> La Corte costituzionale, con la [sent. n. 43/1970](#), ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della previsione che escludeva dall’elettorato attivo, per indegnità morale, i commercianti falliti in costanza dello stato di fallimento, non oltre i cinque anni dalla sentenza che lo dichiarava, affermando che «l’elettorato, attenendo a diritti attribuiti nell’interesse generale, presuppone nel cittadino qualità adeguate all’altissima portata civica del suo contenuto», e che la limitazione nei riguardi del fallito era fondata «in una sfiducia dell’ordine giuridico verso la sua persona». Sulla limitazione del voto per indegnità morale, vedi M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 14-15. In generale, le limitazioni previste dall’art. 48, 4° c., Cost. devono essere interpretate tenendo conto che il voto corrisponde, oltre che a un diritto soggettivo, anche a una funzione (in questo senso, vedi B. BRANCATI, *Una riflessione sulla privazione del voto per effetto di sentenza penale irrevocabile*, in A. Gaboardi, A. Gargani, G. Morgante, A. Presotto, M. Serraino (curr.), *Libertà dal carcere libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, 421, 422). In tale prospettiva, poi, l’ipotesi della sentenza penale irrevocabile e della indegnità morale paiono accomunate dall’essere fondate su un giudizio di disvalore assegnato a certi contegni e dunque a un giudizio di indegnità: propone di includere le due ipotesi in una più generale, che suggerisce di denominare “indegnità sociale”, C. PEPE, *I limiti all’elettorato attivo: incapacitazioni e legislazione di emergenza*, Padova, 1997, 73, 74; vedi anche B. BRANCATI, *Una riflessione sulla privazione*, cit., 425-428).

<sup>117</sup> Vedi V. BALDINI, *La dignità umana*, cit., 2.

<sup>118</sup> Vedi M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 14.

<sup>119</sup> In relazione a ciò, vedi *ivi*, 83 ss.

<sup>120</sup> Vedi P. SINGER, *Victims of the Unvaccinated*, in <https://www.project-syndicate.org>, 5 gennaio 2022. L’inserimento della vaccinazione tra i criteri di priorità è stato proposto anche in Italia: vedi ad esempio l’intervista a Mario Riccio di E. Dusi, “Priorità ai vaccinati in rianimazione”: la provocazione di Mario Riccio, il rianimatore di Welby, in [la Repubblica](#), 11 gennaio 2022.

addirittura, con riguardo alle nuove varianti, debole, è stata riconosciuta una notevole efficacia del vaccino nell'evitare le conseguenze più gravi della malattia, e quindi l'ospedalizzazione, l'esigenza di terapia intensiva, la morte<sup>121</sup>. Ciò posto, nella prospettiva di Singer, sarebbe ingiusto che chi ha deciso di non sottoporsi al vaccino<sup>122</sup>, sottraendosi al vincolo di solidarietà con la collettività, ed esponendosi a un maggior rischio di contrarre la malattia originata dal virus in forma grave, tale da necessitare di terapia intensiva, sia destinatario di un intervento di terapia intensiva prima di un soggetto ugualmente bisognoso, che però, essendosi vaccinato, ha rispettato il vincolo di solidarietà con la collettività e ha fatto il possibile per non aver bisogno di una terapia intensiva. La *ratio* sottesa alla proposta di Singer potrebbe estendersi ad altri casi. Si pensi a chi, durante la pandemia di Covid-19, in un momento, quindi, in cui le risorse di terapia intensiva sono particolarmente scarse, guidi un veicolo senza cintura di sicurezza, oppure faccia uso di sostanze che rischiano di provocare conseguenze che necessitano di terapia intensiva, o pratici sport pericolosi, o compia qualsiasi altro gesto pericoloso per la propria salute e integrità: in tutte queste ipotesi si potrebbe affermare che i soggetti, esponendosi consapevolmente al rischio elevato di versare in una situazione tale da esigere la terapia intensiva, durante l'imperversare di una pandemia che rende particolarmente scarse e preziose le relative risorse, dovrebbero sopportare pienamente anche le conseguenze estreme dei loro comportamenti, e ricevere una priorità inferiore rispetto ad altri soggetti, che non si sono intenzionalmente messi in pericolo. La *ratio* della proposta di Singer appare, quindi, problematica, anche perché è suscettibile di estendersi ad una casistica indeterminata di esposizione consapevole a rischi per la salute e l'integrità fisica, comportando la necessità di dover effettuare un sindacato, scivoloso e insidioso, sulle ragioni che renderebbero giustificate o meno tali esposizioni a rischi, con le relative implicazioni in termini di priorità per l'accesso alle terapie intensive<sup>123</sup>. Comunque, l'obiezione principale contro la *ratio* di tale proposta è che essa fa dipendere la priorità nel diritto all'accesso alle cure salvavita da giudizi di merito o demerito, valore o disvalore, laddove tale diritto deriva direttamente dalla dignità umana "innata", sicché nessuna priorità può scaturire da siffatti giudizi: il diritto alla vita non può essere meritato<sup>124</sup>.

Per quanto riguarda la condizione di disabilità, si può rinviare ai parr. 2 e 3 del presente contributo, facendo riferimento in particolare a quanto affermato dall'*Office for Civil Rights* del *Department of Health and Human Service* degli Stati Uniti, dal Tribunale costituzionale federale tedesco, dal *Comité de Bioética* spagnolo, dal Comitato nazionale per la bioetica italiano. Non sono ammissibili decisioni discriminatorie nei confronti delle persone con disabilità, né giudizi che assegnino preferenza alle vite umane senza disabilità rispetto alle vite umane con disabilità. In particolare, non è sufficiente escludere criteri di selezione che espressamente assegnino una priorità inferiore alla categoria delle persone con disabilità in quanto tale, ma è necessario fugare il rischio che questa venga discriminata in maniera silenziosa, non esplicita, attraverso criteri che implicitamente siano ingiustificatamente più svantaggiosi per essa. A tal fine, occorre predisporre nei processi decisionali che a vari livelli interessano la selezione dei pazienti dei sistemi di salvaguardia che impediscano di equiparare erroneamente, sulla base di stereotipi, la condizione della persona con disabilità a una condizione di fragilità che sempre e comunque implichi minori *chance* di sopravvivenza; la sopravvivenza, peraltro, deve essere intesa come "sopravvivenza a breve termine" all'intervento salvavita (come ricorda pure il documento della SIAARTI e della SIMLA del 13 gennaio 2021), altrimenti si rischierebbe di discriminare nella scelta persone con almeno alcuni tipi di disabilità.

---

<sup>121</sup> Vedi P. SINGER, *Victims of the Unvaccinated*, cit.

<sup>122</sup> Singer si era già espresso a favore dell'obbligatorietà del vaccino anti-Covid-19 (vedi P. SINGER, [Perché il vaccino dovrebbe essere obbligatorio](#), 4 agosto 2021).

<sup>123</sup> Evidenza in generale il problema di dover tracciare le linee di demarcazione, allorquando l'allocazione di risorse sanitarie avvenga secondo valutazioni di "merito" circa i comportamenti rischiosi per la salute, R. CHADWICK, *Salute e allocazione delle risorse*, cit.

<sup>124</sup> Il Comitato nazionale per la bioetica italiano ha ritenuto «eticamente inaccettabile» un criterio di selezione fondato sulla «responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia» (vedi COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Covid-19: la decisione clinica*, cit., 3, 7).

Una condizione personale su cui è molto importante soffermarsi, anche per il rilievo che ha avuto nel dibattito sulle scelte nella pandemia, è l'età. Tra i vari ambiti in cui essa assume una notevole rilevanza giuridica, rientrano proprio le tutele offerte dall'ordinamento giuridico alla sfera della vita materiale<sup>125</sup>. Durante la pandemia, il fattore anagrafico si è rivelato assai importante nei pronunciamenti dei diversi soggetti istituzionali e nel dibattito in generale. Soprattutto gli approcci di tipo utilitarista sono stati identificati come latori di forme di discriminazione in base all'età, o "ageism"<sup>126</sup>, dal momento che hanno contemplato la possibilità che venisse deciso di assegnare una priorità inferiore a soggetti che, in caso di sopravvivenza, avrebbero avuto un'aspettativa di vita più breve (cosa che tendenzialmente – ma non necessariamente in tutti i casi - avrebbe implicato preferenza per i più giovani), o addirittura di non ammettere alla terapia intensiva persone oltre una certa età. Per affrontare la questione, complessa e controversa, da un punto di vista giuridico, bisogna assumere come dato di partenza che il nucleo irriducibile del diritto alla salute è "ambito inviolabile della dignità umana"<sup>127</sup>, e come tale va riconosciuto a tutti. Ciò significa che, indipendentemente dall'età, in primo luogo in una situazione ordinaria, in cui salvare la vita di Tizio non è in alternativa con il salvataggio della vita di Caio, ciascuno ha un diritto fondamentale a ricevere un trattamento salvavita. Considerando a partire da tale assunto la situazione non ordinaria in cui bisogna scegliere tra l'offrire una terapia salvavita a Tizio e l'offrirla a Caio, si può affermare, circa gli approcci utilitaristi, che si possono nutrire dubbi sulla possibilità di misurare in modo oggettivo, ed "esterno" rispetto ai titolari del diritto, l'utilità corrispondente agli anni di vita salvata, e sul fatto che da una simile misurazione possano derivare conseguenze in termini di diritti fondamentali. Ovviamente, il titolare del diritto potrà disporre dello stesso rifiutando le cure, sulla base di valutazioni autonome e personali<sup>128</sup>, ma è cosa ben diversa da ciò disporre del diritto altrui secondo un ordine di priorità non accettato dal titolare del diritto. Se la *ratio* dell'ordine di priorità è rinvenuta nell'utilità derivante dagli anni di vita salvata, che si pretende inferiore nel caso dell'età più avanzata, si fa ricorso a una giustificazione che difficilmente pare compatibile con l'idea di dignità umana innata, che dovrebbe prevalere su simili considerazioni<sup>129</sup>. Si deve anche tener conto dell'argomento denominato "*fair innings*", in base al quale a tutti dovrebbe essere data una pari *chance* di raggiungere una soglia di età ritenuta adeguata, in quanto si ritiene che il raggiungimento di tale soglia corrisponda a un vero e proprio diritto di ciascuno, mentre il tratto di vita che oltrepassa tale soglia sarebbe un "di più" che potrebbe essere sacrificato, se necessario, al fine di far raggiungere ad altri la soglia adeguata<sup>130</sup>. In base a questa impostazione, il fattore dirimente per scegliere tra il salvataggio di Tizio o Caio è proprio l'estensione del tratto di vita già vissuto tra i due, e la priorità è assegnata al più giovane anche nell'ipotesi in cui si potesse prevedere che, a seguito del salvataggio, entrambi potrebbero vivere per un pari numero di anni e in buona salute<sup>131</sup>. Si potrebbe affermare che, in base a tale argomento, il diritto a ricevere una terapia salvavita è pienamente un diritto fondamentale solo fino a una soglia di età; oltre tale limite, diventa recessivo al cospetto di un'altra persona che non ha raggiunto ancora quella soglia. In questa prospettiva, l'età fungerebbe da legittimo fattore di degradazione (o abbassamento del livello di priorità) del diritto fondamentale a ricevere una terapia salvavita, e il principio di eguaglianza sarebbe rispettato in quanto la differenza di età costituirebbe

<sup>125</sup> A tale tema è dedicato il saggio di L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, IV, 1117-1136.

<sup>126</sup> Vedi L. PALAZZANI, *La pandemia CoViD-19*, cit., 363. Pare che il termine "ageism" sia stato coniato dallo psichiatra Butler nel 1969 (vedi W.A. ACHENBAUM, *A History of Ageism Since 1969*, in *Generations*, 2015, 10-16; R.N. BUTLER, *Age-Is: Another Form of Bigotry*, in *Gerontologist*, 1969, 243-246).

<sup>127</sup> [Corte cost., n. 252 del 2001](#), cit.

<sup>128</sup> In alcuni casi verificatisi durante la pandemia di Covid-19, riportati dalla cronaca, dei malati hanno espresso la volontà di rinunciare alla terapia a favore di pazienti più giovani (vedi S. SPINSANTI, *Una diversa fiducia*, cit., 38).

<sup>129</sup> Vedi, tra l'altro, COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe del Comité*, cit., 7-8.

<sup>130</sup> L'argomento è stato avanzato, nell'ambito della letteratura sulla salute pubblica, da J. HARRIS, *The Value of Life*, London, 1985, 91.

<sup>131</sup> Vedi G. BOGNAR, *Fair innings*, in *Bioethics*, n. 4 del 2015, 254. Per alcuni riferimenti sulla letteratura in tema di *fair innings*, vedi M.D. ADLER, M. FERRANNA, J.K. HAMMITT, N. TREICH, *Fair innings? The utilitarian and prioritarian value of risk reduction over a whole lifetime*, in [Journal of Health Economics](#), 30 novembre 2020, 2.



un fattore che legittimerebbe un trattamento differenziato tra casi ritenuti non assimilabili. In tal modo, la priorità per i più giovani viene in qualche modo ricondotta a criteri di giustizia<sup>132</sup>. La questione è angosciante e spinosa: dare priorità al più giovane corrisponde, da un lato, ad una percezione diffusa<sup>133</sup>, al comune senso di assurdità che si avverte in relazione a una morte precoce, e al contempo confligge con l'intima connessione del diritto alla vita con la dignità umana innata, che spetta a tutti gli esseri umani indistintamente, senza che una qualsiasi condizione personale e sociale possa fungere da *ratio* di una degradazione del diritto alla vita di taluno<sup>134</sup>. L'idea che il diritto alla vita delle persone che hanno oltrepassato una certa età sia sacrificabile, se ciò è necessario per salvare persone che ancora non hanno raggiunto quell'età, si regge sulla pretesa di realizzare una certa forma di giustizia, in relazione al confronto tra chi, essendo più giovane, avrebbe "ricevuto di meno", e chi, essendo più anziano, avrebbe "ricevuto di più". Le fondamenta di una tale pretesa paiono, però, vacillare, in quanto il decisore potrebbe entrare in crisi nell'individuazione della persona che "ha ricevuto di più" e di quella che "ha ricevuto di meno", se solo conoscesse, della vita trascorsa da entrambi, elementi ulteriori rispetto al dato anagrafico. In generale, si può affermare che la pretesa di stabilire che un individuo vanta una priorità rispetto ad un altro nel diritto di sopravvivere, in virtù di una condizione della persona ritenuta di per sé meritevole di preferenza, attribuisce agli esseri umani un pericoloso potere di giudizio che pare esorbitare dalle capacità della conoscenza umana. In effetti, pare sovrumano il compito di "fare giustizia sulla durata delle vite umane", pur ignorando non solo i connotati che hanno avuto i sentieri di queste vite, ma anche i fattori imponderabili e nascosti che incidono sulla durata delle vite umane e sui plurimi sensi che esse possono assumere, a seconda delle convinzioni e delle esperienze personali.

Per quanto concerne specificamente la Costituzione italiana, si può affermare che in varie previsioni vengono prese in considerazione specifiche fasi della vita<sup>135</sup>. In particolare, si pensi agli artt. 30 (mantenimento dei figli), 31, 2° c. (protezione dell'infanzia e della gioventù)<sup>136</sup>, 37, 1° c. (speciale adeguata protezione del bambino figlio della donna lavoratrice), 2° e 3° c. (limite minimo di età per il lavoro salariato e lavoro dei minori), 38, 1° c. (mantenimento e assistenza sociale per soggetti inabili al lavoro e sprovvisti dei mezzi necessari per vivere)<sup>137</sup> e 2° c. (previdenza sociale per la vecchiaia). L'art. 32 della Costituzione non menziona il fattore anagrafico, ma la l. n. 833 del 1978, all'art. 2, 2° c., prende esplicitamente in considerazione, tra le competenze del servizio sanitario nazionale, sia le prime («d) promozione della salute nell'età evolutiva [...]»), che le ultime fasi («f) la tutela della salute degli anziani, anche al fine di prevenire e di rimuovere le condizioni che possono concorrere alla loro emarginazione»)<sup>138</sup>. Alla luce di ciò, non pare che dai principi costituzionali sia possibile, attualmente, ricavare la preferibilità della vita del più giovane in quanto tale, a scapito del più anziano<sup>139</sup>. Si deve comunque ricordare che una situazione di scelta tragica del tipo che si sta

---

<sup>132</sup> Come detto *supra*, ha ravvisato nel criterio di preferenza per i più giovani una espressione di giustizia distributiva G. RAZZANO, *Riflessioni a margine*, cit., 124.

<sup>133</sup> Secondo Razzano, la preferenza per chi può avere più anni di vita salvata corrisponde a «un criterio di senso comune», che si riflette anche nell'antica regola del mare che richiede di mettere prima in salvo i bambini, oltre alle donne (ivi, 124-125).

<sup>134</sup> Ferrajoli ha affermato che il criterio fondato sull'età è in contraddizione con la dignità della persona, che prescinde dalle sue condizioni personali (vedi L. FERRAJOLI, in Intervista di R. CONTI a L. FERRAJOLI, A. RUGGERI, L. EUSEBI, G. TRIZZINO, *Scelte tragiche e Covid-19*, cit., 3).

<sup>135</sup> Una valutazione particolare dovrebbe essere effettuata per il servizio militare ai fini della difesa della Patria, contemplato all'art. 52 Cost., ove non è espressamente menzionato il fattore anagrafico: si potrebbe osservare, però, che il fattore anagrafico entra in gioco implicitamente, dato che l'età condiziona la possibilità di partecipare alla difesa armata.

<sup>136</sup> Mengoni afferma che tale comma delinea una «parziale periodizzazione della vita dell'uomo, assumendo ad oggetto di speciale tutela, oltre alla maternità e quindi ai periodi prenatale e perinatale della vita, l'infanzia e la gioventù, con riferimento a tutte le esigenze, non solo igienico-sanitarie, ma pure psichico-affettive, delle varie fasi dell'età evolutiva» (L. MENGONI, *La tutela giuridica*, cit., 1127).

<sup>137</sup> Evidenzia Mengoni che nel 1° comma dell'art. 38 il riferimento alla "terza età" c'è, ma è implicito, essendo questa una causa di inabilità al lavoro (ivi, 1128).

<sup>138</sup> Vedi *ibidem*.

<sup>139</sup> Pertanto, anche un criterio che assegnasse priorità ai bambini e agli adolescenti difficilmente potrebbe trovare un ancoraggio costituzionale. È stato sottolineato che l'espressione italiana "superiore o preminente interesse del minore"

indagando, incentrata sul fattore anagrafico, non è contemplata dal testo della Costituzione, e che una siffatta problematica è relativamente recente per il diritto costituzionale. Qualora problematiche di questo tipo fossero oggetto con maggiore intensità di un dibattito pubblico e si formassero orientamenti sufficientemente netti e uniformi in seno alla società (cosa nient'affatto scontata<sup>140</sup>) circa l'accettabilità o meno di criteri di selezione incentrati sul fattore anagrafico, tali orientamenti potrebbero assumere rilievo nell'ordinamento<sup>141</sup>. Scenari di questo tipo, che potrebbero presentare anche risvolti rischiosi, o addirittura inquietanti, non possono essere esclusi.

#### *4.3 Sul criterio che assegna priorità alle maggiori chance di sopravvivenza e sul radicamento costituzionale del conflitto da esso deciso*

Nel paragrafo precedente, sono stati evidenziati alcuni criteri di selezione che non potrebbero essere applicati, essenzialmente in quanto discriminatori. Una volta esclusa l'adottabilità di certi criteri, rimane comunque l'interrogativo su quale o quali criteri siano adottabili. Nell'ultima parte del contributo, ci si limiterà a riflettere sul criterio che assegna priorità agli individui con maggiori *chance* di sopravvivenza, indagandone la *ratio* e valutando se sussistano elementi che potrebbero far ritenere non implausibile la sua compatibilità costituzionale, nella consapevolezza del carattere estremamente complesso e controverso di una questione gigantesca, e ancora relativamente recente. Tale consapevolezza induce a proporre semplicemente, e con molta cautela, un possibile inquadramento del problema, non certamente una soluzione che abbia pretesa di definitività.

Prima di addentrarsi in tale valutazione, occorre comunque fare una precisazione preliminare a qualunque ricerca di un criterio di selezione. La predeterminazione di uno o più criteri di selezione non garantisce di mettere al riparo con assoluta sicurezza gli operatori dal dover compiere una scelta tragica non contemplata dai criteri già fissati. Ad esempio, se il criterio prestabilito consiste nel selezionare i pazienti con maggiori *chance* di sopravvivenza, gli operatori potrebbero trovarsi nella situazione di dover scegliere tra più pazienti con *chance* di sopravvivenza equivalenti; e se anche si stabilisse che, a parità di *chance* di sopravvivenza, occorre seguire un ulteriore, diverso, criterio di preferenza (ad esempio, quello anagrafico, sulla cui adottabilità sono state espresse riserve *supra*), gli operatori potrebbero trovarsi nella situazione di dover scegliere tra pazienti che risultano parificabili in base ad entrambi i criteri; e così via. Sarebbe illusorio pensare che non possano verificarsi casi indecidibili attraverso i criteri prestabiliti, in quanto non contemplati da tali criteri; piuttosto, si deve essere consapevoli della possibilità che gli operatori si trovino nell'urgenza di compiere una scelta tragica dovendo ricorrere a criteri e ordini di priorità ulteriori, i quali dovrebbero essere estrapolati di volta in volta. L'individuazione *a priori* di criteri di selezione, quindi, è un'operazione che deve essere compiuta nella consapevolezza che essa non potrà esaurire completamente la (tragicamente) variegata casistica che si può presentare, e che i criteri prefissati potranno soltanto essere considerati come criteri da impiegare in prima istanza, potendo subentrare

---

non rispecchia fedelmente l'espressione inglese *best interests of the child*, perché quest'ultima non implica ciò che l'espressione italiana evoca, e cioè l'idea di una superiorità e preminenza degli interessi (e, si aggiunge, dei diritti) del minore su interessi e diritti di soggetti che entrano in relazione con il minore; l'idea che i diritti dei minori prevalgano in ogni caso nel bilanciamento con i diritti di altre persone è stata criticata in quanto genererebbe la configurazione di un "diritto fondamentale tiranno" (vedi E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, in particolare 77-86). Si segnala che il criterio che dà priorità a bambini e adolescenti è stato formulato dal Comitato di bioetica spagnolo, che lo ha considerato come unica "discriminazione positiva" ammessa in relazione all'età, sulla base dell'"interesse superiore del minore": vedi COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe del Comité*, cit., 11.

<sup>140</sup> Come è stato evidenziato, per quanto il consenso su questioni bioetiche possa ritenersi auspicabile, il raggiungimento di un consenso comunitario è ostacolato da difficoltà di non poco momento, nei contesti pluralisti occidentali odierni (vedi R. CHADWICK, *Salute e allocazione delle risorse*, cit.).

<sup>141</sup> Con riferimento ai cosiddetti nuovi diritti, Ruggeri ha affermato che il loro riconoscimento e la loro affermazione è collegata a «consuetudini culturali di riconoscimento [...] diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale» (A. RUGGERI, *I diritti fondamentali, tra riconoscimento normativo ed effettività della tutela*, in [Nuove Autonomie](#), n. 2 del 2022, 409).

talora, quando risultassero inadeguati a fare la selezione, il margine di valutazione e decisione degli operatori. Peraltro, una volta applicato un primo criterio di selezione, la difficoltà di individuarne uno ulteriore – qualora l'applicazione del primo non bastasse a individuare un numero di pazienti non eccedente rispetto alle risorse disponibili – pare ancora maggiore, sicché sembrerebbe che lo spettro tremendo di un criterio basato sul caso si riveli in ultima istanza come l'approdo inevitabile (una sorta di criterio di chiusura), una volta esauriti gli altri criteri<sup>142</sup>. Inoltre, occorre osservare che se il sorteggio fosse previsto *ex ante* come uno dei criteri o unico criterio, e non semplicemente rimesso alla decisione degli operatori una volta esauriti i criteri predeterminati, esso avrebbe eventualmente la potenzialità di assicurare da solo, senza ricorrere a successivi criteri, l'esclusione di tutti i pazienti eccedenti rispetto alle risorse e la selezione di un numero di pazienti esattamente corrispondente alle risorse disponibili. Il criterio del sorteggio, come detto, recupera una dimensione dell'eguaglianza, consistente nell'eguaglianza delle *chance* di accesso alla risorsa salvavita, laddove l'eguaglianza nell'accesso effettivo alla risorsa salvavita è preclusa in partenza. Ciò che ripugna del sorteggio è che mette dinanzi all'assurdità della morte di alcuni e della sopravvivenza di altri, la cui distribuzione, essendo decisa dal caso, appare in tutta la sua odiosa insensatezza<sup>143</sup>.

Fatta questa precisazione, occorre evidenziare ulteriormente che la regola per cui «a tutti deve essere garantito accesso alla risorsa salvavita» certamente discende dal principio costituzionale di eguaglianza e dal diritto costituzionale alla vita, ma è anche ineluttabilmente condizionata dalla sussistenza di una situazione fattuale, ovvero quella in cui sono presenti risorse sufficienti per l'accesso di tutti.

Per valutare da un punto di vista costituzionale l'adottabilità, nella situazione di insufficienza delle risorse, del criterio che dà priorità a chi ha maggiori *chance* di sopravvivenza a breve termine, occorre considerare che tale criterio è orientato al raggiungimento di un fine, un risultato ritenuto degno di essere perseguito, consistente nel salvare il maggior numero possibile di vite umane: tale fine può essere considerato la *ratio* del criterio. È bene ricordare che i pazienti con minori *chance* di sopravvivenza, a cui verrebbero negate certe terapie salvavita, sono pazienti che, in condizioni ordinarie di risorse sufficienti per tutti, riceverebbero tali cure (se, pur in presenza di risorse sufficienti, essi non le ricevessero, a causa di una valutazione di inappropriata clinica di quelle cure effettuata nei loro riguardi, il problema non si porrebbe nemmeno quando le risorse non sono sufficienti). Tenuto conto di ciò, se non si perseguisse il fine di salvare il maggior numero possibile di vite umane, e l'orizzonte della selezione fosse tracciato soltanto dal diritto individuale a ricevere cure salvavita (“ambito inviolabile della dignità umana”), allora, poiché singoli diritti individuali siffatti sono uguali, non è possibile operare distinzioni tra loro sulla base di caratteristiche dei pazienti; a quel punto, si dovrebbe prendere in considerazione per la selezione un criterio che assegni uguali probabilità a ciascuno di ricevere le cure salvavita (sorteggio), o che comunque adotti un ordine di priorità non orientato a raggiungere fini ulteriori, ma frutto di elementi ed eventi accidentali (ad esempio, l'ordine cronologico della fila, “*first come, first served*”). Però, come si è potuto osservare ai par. 2 e 3, gli stessi approcci basati sull'eguaglianza hanno legittimato il criterio fondato sulla valutazione medica delle *chance* di sopravvivenza. Questo si può conciliare con l'eguaglianza nella misura in cui viene inteso – a differenza dei criteri discriminatori affrontati al par. 4.2 (cittadinanza, sesso, “razza” etc.) – non come preferenza per una condizione della persona, bensì come metodo operativo adottato per raggiungere un fine estrinseco alle condizioni personali, ovvero salvare il maggior numero possibile di vite umane.

Le condizioni delle persone che vengono in rilievo nella selezione sono le *chance* di sopravvivenza, ma queste non rappresentano la *ratio* della selezione. Infatti, non si assegna priorità a

---

<sup>142</sup> Hübner pone la questione dei criteri da adottare nel caso in cui le risorse non fossero sufficienti per salvare più pazienti con le stesse *chance* di sopravvivenza, e riconosce che in via definitiva rimane il sorteggio, quando gli altri criteri sono stati applicati (J. HÜBNER, *Das Gesetz*, cit., 56).

<sup>143</sup> Ci si potrebbe chiedere se si possa sostenere che ciò confligga contro una certa idea di dignità umana, che esigerebbe l'impossibilità di dare luogo a una morte (almeno apparentemente) “insensata”. La questione, complessa e meritevole di un'indagine vasta e approfondita, non può essere qui sviluppata.

chi ha maggiori *chance* di sopravvivenza rispetto a chi ne ha minori in quanto si assume che il diritto individuale a ricevere cure salvavita dei primi prevalga su quello dei secondi (ciò sarebbe incompatibile con la qualificazione del diritto in questione come “ambito inviolabile della dignità umana”, necessariamente uguale per tutti), ma in quanto tale ordine di priorità costituisce un *modus procedendi* che dovrebbe permettere di salvare il maggior numero possibile di vite umane, sul presupposto che ogni vita umana (indipendentemente dalle condizioni del soggetto) sia estremamente preziosa: a certi soggetti viene negata la terapia salvavita perché si ritiene che sia più improbabile salvare la loro vita rispetto a quella di altri, ai quali si preferisce destinare le risorse scarse, per salvare il maggior numero possibile di vite. In questo senso, il criterio non pare discriminatorio, perché non nega la pari dignità umana (innata) di tutti i pazienti e non fonda la selezione sulla presunta meritevolezza o preferibilità di certe caratteristiche delle persone rispetto ad altre.

Posto ciò, occorre focalizzare l'attenzione sul fine, corrispondente alla *ratio* del criterio, ovvero salvare il maggior numero di vite possibile. A tal riguardo, è stato autorevolmente ricordato che i conflitti tra valori costituzionali dovrebbero essere affrontati attraverso la ricerca di «un esito del “bilanciamento” stesso che comporti il minor costo possibile per i valori nel loro fare “sistema” o – il che è praticamente lo stesso – che porti a fissare il più in alto possibile il punto di sintesi degli stessi»<sup>144</sup>. Ebbene, pare plausibile ritenere, nella situazione tragica in questione, la salvezza del maggior numero possibile di vite umane come il punto a cui corrisponde il “minor costo possibile” per i valori in gioco. Al contempo, individuata la *ratio* del criterio, occorre sottolineare che lo stesso definisce un conflitto tra la dimensione collettiva e la dimensione individuale della salute, entrambe radicate nell'art. 32 Cost. Da quest'ultimo si evince il carattere ricco, complesso e articolato del rilievo costituzionale della salute. Le diverse dimensioni della salute sono contemplate e radicate nell'art. 32 della Costituzione, ma ciò non comporta che dal testo della Costituzione si evinca sempre una soluzione certa e pacifica per tutti i possibili casi della vita. Talvolta, l'apporto di alcuni attori (legislatore, Corte costituzionale, giudici comuni, etc.) è fondamentale per affrontare questioni molto controverse. I termini del conflitto definito dal criterio delle maggiori *chance* di sopravvivenza sono contemplati dalla Costituzione, ma dalla Costituzione non si ricava in modo pacifico la soluzione di tale conflitto nella peculiare situazione data.

A questo punto, può essere opportuno accostare al caso del *triage* per le terapie intensive un altro caso, quello delle vaccinazioni obbligatorie, non perché siano sovrapponibili, ma perché dal secondo si possono trarre alcune indicazioni utili anche per il primo. Occorre innanzitutto mettere in luce le differenze tra i due casi, per evitare equivoci. Per quanto riguarda le vaccinazioni obbligatorie, il danno alla salute o addirittura la morte possono essere conseguenze (eventuali) di un trattamento sanitario obbligatorio, mentre nel caso della selezione per le terapie intensive sono conseguenza della negazione dell'accesso a un trattamento sanitario. Poi, nel caso delle vaccinazioni obbligatorie, si accetta l'eventualità che possano verificarsi alcuni danni alla salute o alcune morti in conseguenza del vaccino<sup>145</sup>, ma tali conseguenze vengono accettate in un momento in cui sono corrispondenti soltanto a valori statistici, non riguardano ancora individui identificati: infatti, non è consentito effettuare una vaccinazione obbligatoria su un certo individuo, se si ritiene probabile prima di effettuare la vaccinazione che essa gli cagionerà un danno serio. Nel caso del *triage* per le terapie intensive, invece, gli operatori effettuano delle scelte nella consapevolezza che esse comporteranno con elevata probabilità (forse, a volte, addirittura con certezza) la morte di certi individui, identificati,

---

<sup>144</sup> A. RUGGERI, Intervista di R. CONTI a L. FERRAJOLI, A. RUGGERI, L. EUSEBI, G. TRIZZINO, *Scelte tragiche e Covid-19*, cit., 3. Peraltro, secondo l'A., l'individuazione del minor costo possibile per i valori nel sistema va fatta, nella scelta tragica di cui ci si occupa, tenendo conto dei doveri di solidarietà e fedeltà alla Repubblica (e, quindi, anche dell'esigenza di assicurare la continuità del gruppo sociale e la sua trasmissione nel tempo): vedi ivi, 3, 6 e *passim*.

<sup>145</sup> L'indennizzo per i danni da vaccino non nega che l'eventualità del pregiudizio sia accettata dal decisore, ma presuppone proprio tale accettazione. Ciò pare trovare una conferma in [Corte cost., n. 14 del 2023](#), cit., in materia di obbligo vaccinale anti SARS-CoV-2, in cui la Corte costituzionale ha riconosciuto di essere «sempre partita dalla consapevolezza che esiste un rischio di evento avverso anche grave con riferimento ai vaccini e, ancor prima, a tutti i trattamenti sanitari», rischio che «non rende di per sé costituzionalmente illegittima la previsione di un obbligo vaccinale», posto che «l'eventualità che si manifesti un evento avverso è la ragione della previsione dell'indennizzo».

con un nome e un volto già al momento in cui si operano le scelte. Ciò pone un problema sul piano dell'etica medica ordinaria del rapporto con il singolo paziente. A tal proposito, si potrebbe ritenere che, in una siffatta situazione, il paradigma dell'etica della sanità pubblica confligga con il paradigma dell'etica medica ordinaria<sup>146</sup>, in quanto quest'ultimo paradigma, affinché sia assicurato il diritto alle cure a ciascuno, richiede che siano disponibili le risorse per ciascuno (e questa condizione non sussiste nella situazione data). Tale conflitto è rivelatore del conflitto tra dimensione individuale e dimensione collettiva della salute, che è sotteso anche alla scelta tragica delle vaccinazioni obbligatorie<sup>147</sup>, come pure ha affermato la Corte costituzionale, anche di recente, con la [sent. n. 14 del 2023](#)<sup>148</sup>, concernente le vaccinazioni anti SARS-CoV-2. Proprio sul piano del rapporto (almeno potenzialmente) conflittuale tra dimensione collettiva e dimensione individuale della salute, i cui termini trovano sede nell'art. 32 Cost., il caso delle vaccinazioni obbligatorie può offrire indicazioni utili per quello della selezione per l'ammissione alle terapie intensive in condizioni di risorse insufficienti. La [sent. n. 14 del 2023](#)<sup>149</sup>, richiamando in modo particolare la [sent. n. 118 del 1996](#)<sup>150</sup>, ha affermato che il conflitto tra dimensione individuale e dimensione collettiva della salute può giungere al punto che «il perseguimento dell'interesse alla salute della collettività, attraverso trattamenti sanitari, come le vaccinazioni obbligatorie, pregiudichi il diritto individuale alla salute, quando tali trattamenti comportino, per la salute di quanti ad essi devono sottostare, conseguenze indesiderate, pregiudizievoli oltre il limite del normalmente tollerabile», ribadendo al contempo che tali trattamenti «sono leciti». La [sent. n. 118 del 1996](#) ha riconosciuto che la previsione di una vaccinazione obbligatoria rimarrà una scelta tragica «finché ogni rischio di complicanze non sarà completamente eliminato attraverso lo sviluppo della scienza e della tecnologia mediche», e l'impiego dell'avverbio “completamente” suggerisce che anche il rischio remoto connota in senso tragico la scelta. In questo senso, la salute quale interesse della collettività e la salute individuale «entrano in conflitto»<sup>151</sup>. Infatti, sebbene la salute quale interesse della collettività (si potrebbe anche dire, in questo caso: “la salute del maggior numero possibile di persone”) non prevalga sulla salute individuale fino al punto di consentire l'imposizione di un trattamento nella consapevolezza che esso comporti il rischio significativo di un pregiudizio serio alla salute del singolo (distinto dalle conseguenze temporanee e di scarsa entità, quindi normali e tollerabili<sup>152</sup>), tuttavia essa può consentire, con la previsione di una vaccinazione obbligatoria, che al singolo venga imposta l'assunzione di un rischio remoto di subire un pregiudizio significativo alla propria salute<sup>153</sup>. Se invece alla salute individuale si dovesse offrire la più elevata tutela astrattamente concepibile, neanche questo rischio remoto potrebbe essere imposto, con conseguente illegittimità delle vaccinazioni obbligatorie che comportano tale rischio. Quindi, si può anche affermare che, nel rapporto tra salute collettiva e salute individuale nell'ambito delle vaccinazioni obbligatorie, si ammette entro una limitata misura (il rischio remoto di pregiudizio serio per la salute del singolo), e ovviamente nel rispetto delle altre condizioni, che la tutela della prima prevalga sulla tutela della seconda, mentre tale prevalenza non è ammessa per livelli di rischio più elevati. Nel campo delle vaccinazioni obbligatorie, dunque, la Corte costituzionale ha già considerato legittima una regola che decide il conflitto tra salute collettiva e salute individuale - i cui termini si radicano nell'art. 32 Cost.

---

<sup>146</sup> Come riconosciuto nel documento SIAARTI, SIMLA, *Decisioni per le cure*, cit., 3.

<sup>147</sup> Ha evidenziato la possibilità di un conflitto tra interesse della collettività alla salute e salute individuale nell'ambito delle vaccinazioni obbligatorie B. BRANCATI, *Il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana pronuncia un'ordinanza istruttoria per valutare se sollevare questione di costituzionalità sull'obbligatorietà dei vaccini anti Sars-CoV-2*, in *Foro it.*, 2022, III, 172.

<sup>148</sup> [Corte cost., 9 febbraio 2023, n. 14.](#)

<sup>149</sup> [Corte cost., n. 14 del 2023, cit.](#)

<sup>150</sup> [Corte cost., n. 118 del 1996, cit.](#)

<sup>151</sup> [Corte cost., n. 118 del 1996, cit.](#)

<sup>152</sup> Vedi [Corte cost., n. 307 del 1990, cit.](#)

<sup>153</sup> La sussistenza di questo rischio è stata ricordata dalla Corte costituzionale in particolare a partire da [Corte cost., n. 307 del 1990, cit.](#), fino a [Corte cost., n. 14 del 2023, cit.](#), nonché da [Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 8 aprile 2021, Vavrička e altri c. Repubblica Ceca, nn. 47621/13 e a.](#)

– nel senso di far prevalere, a determinate imprescindibili condizioni ed entro una misura limitata (nel senso spiegato *supra*), la salute del maggior numero possibile di persone sulla salute individuale. La regola che si può estrapolare dalla giurisprudenza costituzionale in materia di vaccinazioni obbligatorie si potrebbe formulare così: “si può imporre un trattamento sanitario al fine di tutelare la salute e la vita del maggior numero possibile di persone, anche accettando che da esso derivi un danno alla salute o la morte di singoli individui, purché tali conseguenze non siano ritenute come significativamente probabili per il singolo individuo prima dell’effettuazione del trattamento”. D’altro canto, la regola che dà priorità a chi ha maggiori *chance* di sopravvivenza per salvare il maggior numero di vite, nel *triage* per le terapie intensive, si potrebbe formulare nei termini seguenti: “nella selezione per l’ammissione a terapie salvavita, quando le risorse sono insufficienti per salvare la vita di tutti, occorre dare priorità a chi ha maggiori *chance* di sopravvivenza, al fine di salvare la vita del maggior numero possibile di persone, negando l’accesso alle terapie a coloro che hanno minori *chance* di sopravvivenza, pur nella consapevolezza che da ciò deriverà probabilmente o con certezza la morte di questi ultimi”.

Come già detto, il caso delle vaccinazioni obbligatorie non è del tutto sovrapponibile al caso del *triage* per l’ammissione alle terapie intensive, ed anche la regola che dà priorità alle maggiori *chance* di sopravvivenza, adottata per decidere il secondo, non può considerarsi come sovrapponibile a quella impiegata per decidere il primo. Tuttavia, le due regole condividono qualcosa. Infatti, anche la regola delle maggiori *chance* di sopravvivenza per il *triage* per le terapie intensive, come quella sulle vaccinazioni obbligatorie estrapolata dalla giurisprudenza costituzionale, decide un conflitto tra salute quale interesse della collettività e salute individuale facendo prevalere, a certe imprescindibili condizioni, la salute/vita del maggior numero possibile di persone sulla salute/vita individuale. Come si è visto, la regola delle maggiori *chance* di sopravvivenza ha già trovato un recepimento in Italia da parte di soggetti qualificati, come il Comitato nazionale per la bioetica e alcune società professionali, ma non sembra poter vantare ancora il grado di consolidamento all’interno dell’ordinamento che ha la regola sulle vaccinazioni obbligatorie, riguardando un tipo di problema che, per lo meno nella entità conosciuta durante la pandemia di Covid-19, si è imposto all’attenzione del dibattito pubblico e delle istituzioni da relativamente poco tempo.

Il fatto che la regola sulle vaccinazioni obbligatorie sia saldamente confermata dalla giurisprudenza costituzionale e consolidata nell’ordinamento potrebbe costituire un elemento favorevole a un futuro consolidamento ordinamentale anche della regola delle maggiori *chance* di sopravvivenza nel *triage* per le terapie intensive. Non sembra di potersi escludere che l’art. 32 Cost., costituendo il riferimento costituzionale per l’articolazione dei delicati (e a volte tragici) rapporti tra dimensione collettiva e dimensione individuale della salute, possa offrire copertura costituzionale a quest’ultima regola, come ha fatto con la prima.

**Mario Panebianco**

**Considerazioni minime sulla [lettera del Presidente della Repubblica ai Presidenti delle Camere e del Consiglio in occasione della promulgazione della legge di conversione del decreto-legge del 29 dicembre 2022, n. 198\\*](#)**

**ABSTRACT: Starting from a particular type of promulgation of laws complemented by Letter, the article focuses on the relationship between the governmental decrees and the President of the Republic. This article aims to propose statutory remedies to the Italian legislative system's disorder.**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Profili di merito costituzionale della Lettera. – 3. Osservazioni de iure condendo. – 4. Segue: verso la colegislazione?

### 1. Introduzione

Lo specifico oggetto di queste annotazioni<sup>1</sup> può essere utilmente introdotto richiamando recenti atti del Capo dello Stato.

Sergio Mattarella, nel Messaggio al Parlamento del giorno del Giuramento, in data 3 febbraio 2022, nel toccare anche il rapporto fra Camere e Governo nell'esercizio della funzione legislativa, aveva, infatti, affermato che «La sfida - che si presenta a livello mondiale - per la salvaguardia della democrazia riguarda tutti e anzitutto le istituzioni. Dipenderà, in primo luogo, dalla forza del Parlamento, dalla elevata qualità della attività che vi si svolge, dai necessari adeguamenti procedurali. Vanno tenute unite due esigenze irrinunciabili: rispetto dei percorsi di garanzia democratica e, insieme, tempestività delle decisioni. Per questo è cruciale il ruolo del Parlamento, come luogo della partecipazione. [...] Quel che appare comunque necessario – nell'indispensabile dialogo collaborativo tra Governo e Parlamento è che - particolarmente sugli atti fondamentali di governo del Paese - il Parlamento sia sempre posto in condizione di poterli esaminare e valutare con tempi adeguati. La forzata compressione dei tempi parlamentari rappresenta un rischio non certo minore di ingiustificate e dannose dilatazioni dei tempi. Appare anche necessario un ricorso ordinato alle diverse fonti normative, rispettoso dei limiti posti dalla Costituzione».

Tali dichiarazioni andavano a collocarsi nel solco di una linea sviluppatasi durante le due precedenti presidenze<sup>2</sup>, e, in particolare, nel primo settennato dello stesso Mattarella, allorché la



<sup>1</sup> Come enunciato nel titolo, la [Lettera del Presidente della Repubblica ai Presidenti delle Camere e del Consiglio in occasione della promulgazione della legge di conversione del decreto-legge del 29 dicembre 2022, n. 198](#) (di seguito: Lettera).

<sup>2</sup> In ordine alla Presidenza Ciampi, con particolare riferimento al rinvio della legge di conversione del decreto-legge 25 gennaio 2002, n. 4, recante «Disposizioni urgenti finalizzate a superare lo stato di crisi per il settore zootecnico, per la pesca e per l'agricoltura», in data 29 marzo 2002, v. G. D'AMICO, *Gli argini della Costituzione ed il "vulcano" della politica. Brevi considerazioni a riguardo del rinvio presidenziale della legge di conversione del decreto-legge 25 gennaio 2002, n. 4 e del suo "seguito" governativo*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 14 maggio 2002; N. MACCABIANI, *La mancata conversione di un decreto-legge per effetto del rinvio presidenziale*, ivi, 8 aprile 2002.

In ordine alla più consistente esperienza Napolitano, v. D. GALLIANI, *Il capo dello Stato e le leggi*, Milano, 2011; R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, in A. Ruggeri (cur.), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Torino, 2011, 39 ss.; ID., *Ancora un caso di promulgazione con "motivazione" ... contraria (a proposito del mancato rinvio della legge sulla sicurezza)*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 24 luglio 2009; sia consentito, inoltre, rinviare a M. PANEBIANCO, *Gli atti di "cologislazione"*, Milano, 2012.

Più recentemente, v. G. BOGGERO, *Una "promulgazione interpretativa" con monito alla magistratura*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 3 del 2019, 674 ss.; D. CASANOVA, *Il rinvio presidenziale delle leggi nell'esperienza costituzionale italiana*, in [Nomos](#), n. 1 del 2022, 1 ss.; M. FERRARA, *Sul primo esercizio del potere di rinvio normativo nella Presidenza Mattarella (ovvero del ritorno alla fisiologia costituzionale)*, in [federalismi.it](#), n. 7 del 2018, 1 ss.; G. LAURI, *La promulgazione con motivazione contraria e il richiamo ad intervenire sulla legge di conversione del decreto di sicurezza bis, tra nuove vette e vecchi problemi*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 14 ottobre 2019; G. MAROLDA, *Se per "sicurezza" e per "semplificare" c'è il Quirinale. Alcune considerazioni sulla "leale collaborazione" tra*

promulgazione era stata corredate da osservazioni critiche e da richiami in ben sei distinte occasioni. Nell'ultima [Lettera ai Presidenti delle Camere ed al Presidente del Consiglio in data 23 luglio 2021](#), la massima Carica dello Stato aveva, poi, energicamente invitato il Governo e le Camere «a riconsiderare le modalità di esercizio della decretazione d'urgenza [...] che hanno ormai assunto dimensioni e prodotto effetti difficilmente sostenibili».

I primi mesi dell'attuale legislatura non hanno, tuttavia, fatto registrare qualche inversione di tendenza, sibbene un'ulteriore accelerazione non solo quantitativa, nel senso, cioè, dell'intreccio in un medesimo decreto di disposizioni di proroga di termini legislativi e di disposizioni rispondenti ad ulteriori distinte finalità, dell'accavallamento fra più decreti-legge contemporaneamente all'esame delle Camere e della confluenza di un decreto-legge in un altro.

Ora, non è dato sapere se la Lettera sia il risultato di un dialogo mancato o infruttuoso fra Capo dello Stato e gli attori istituzionali, ovvero fra i rispettivi uffici legislativi. Certamente emerge un dato preliminare all'analisi vera e propria, ossia che l'iniziativa del Quirinale coincide con il punto più controverso di un più che anomalo modo di legiferare, che, malgrado le riflessioni della dottrina e delle statuizioni della Corte costituzionale, sembra cristallizzatosi al di là dei casi straordinari di necessità ed urgenza, delle emergenze, della coesione, dell'ampiezza e dell'orientamento delle maggioranze parlamentari e degli Esecutivi.

## *2. Profili di merito costituzionale della Lettera*

Circa il merito della Lettera, un primo profilo di interesse sembra risiedere nello stesso suo tono, avulso da derive di carattere “semipresidenziale”, ma perfettamente rispettoso delle prerogative politico-parlamentari.

Il Capo dello Stato avrebbe potuto, del resto, concludere le sue molteplici considerazioni con accenti censori e “non più esimersi” rispetto alle distorsioni rilevate, riproducendo in certo modo stili, ad es., della presidenza Napolitano. Invece, Mattarella, consapevole della improbabile fruttuosità di un rinvio alle Camere, ha “rilevato”, ha “segnalato”, ha dato atto di impegni governativi, ha richiamato la giurisprudenza specifica della Corte costituzionale senza brandirla o ergendosene a baluardo, ha ricordato la prevalenza del diritto eurounitario in profili specifici, ha promulgato malgrado “criticità” e più che buone ragioni – invero, in astratto, oggettive - per rinviare la legge.

Pare potersi affermare che il Capo dello Stato abbia preferito, in buona sostanza, continuare un dialogo senza attribuirsi l'ultima parola, ponendosi direttamente come “la” controparte di un rapporto istituzionale, o l'istituzione pronta a contrastare atti e prassi non conformi alla legalità costituzionale (solo a proposito di una disposizione priva di copertura finanziaria<sup>3</sup>, viene sollecitata un'integrazione «con il primo provvedimento legislativo utile».)

Nell'ambito di una riflessione del Presidente che tocca in pieno il punto di intersezione fra dinamiche evolutive della forma di governo e della funzione legislativa statale, diversi sono gli altri aspetti della Lettera degni di nota.

Il primo riguarda la considerazione che «Il testo del decreto-legge contiene, in seguito all'esame parlamentare, 205 commi aggiuntivi rispetto ai 149 originari». Dopo avere richiamato la giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>4</sup> circa il mancato rispetto dei requisiti della *ratio* unificatrice dei decreti-legge in questione - rappresentata dalla esigenza regolatoria di carattere temporale - e dell'omogeneità di contenuto, sono segnalati un detrimento dell'ordinario svolgimento del confronto

---

*Presidenza della Repubblica e Governo*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 23 luglio 2019; C. MERLANO, *Quando il Presidente scrive. I messaggi “di accompagnamento del Capo dello Stato e le loro ricadute sugli equilibri istituzionali*, in [Rivista AIC](#), n. 2 del 2021, 26 ss.; A. MORELLI, *La promulgazione “abrogante” della legge sulla legittima difesa e la fiducia del Presidente*, in [laCostituzione.info](#), 28 aprile 2019; E. STRADELLA, *Il controllo del Presidente della Repubblica sulla decretazione d'urgenza: fondamenti e prassi alla prova della crisi*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 3 del 2016.

<sup>3</sup> Art. 1-bis, commi 1-6.

<sup>4</sup> Corte costituzionale, [sentt. nn. 22 del 2012](#), [32 del 2014](#), [247 del 2019](#) e [245 del 2022](#).



parlamentare, un procedimento legislativo alternativo anche mediante il ricorso al maxiemendamento e alla questione di fiducia, disposizioni introdotte solo in sede parlamentare non corrispondenti ai principi e alle norme costituzionali in materia, altre che non recano proroghe di termini in senso stretto ma introducono o modificano la disciplina sostanziale a regime in diverse materie ed altre ancora introdotte in sede di conversione espressione di esigenze eterogenee rispetto al contenuto originario dei singoli provvedimenti.

Il Capo dello Stato, richiamando, quindi, iniziative recenti del Presidente del Consiglio dei ministri circa l'impegno a superare l'abuso della decretazione di urgenza, auspica «un'adeguata capacità di programmazione legislativa da parte del Governo e una corrispondente attitudine del Parlamento a consentire l'approvazione in tempi ragionevoli dei disegni di legge ordinaria».

Finalmente, la Lettera pone l'accento sul «carattere frammentario, confuso e precario della normativa prodotta attraverso gli emendamenti ai decreti-legge e come questa produca difficoltà interpretative e applicative».

### 3. *Considerazione de iure condendo*

Gli auspici del Presidente pongono prospettive sia teoriche, sia strumentali alla risoluzione delle problematiche rilevate.

Se, come accennato, la Lettera coglie il quadro più recente ed attuale di un potere normativo sempre più svincolato esercitato dai Governi e dalle maggioranze parlamentari *pro tempore*, occorre anche riconoscere che i vari richiami presidenziali sono stati nella pratica disattesi. Premesso che non si può intervenire sulle scelte di politica legislativa che hanno determinato un impoverimento del ruolo della legge<sup>5</sup>, ci si può, allora, chiedere se siano stati esplorati tutti i possibili "rimedi" che l'ordinamento fornisce al Capo dello Stato e ad altre istituzioni coinvolte, oppure sia divenuto necessario revisionare la Costituzione introducendo, ad es., forme di promulgazione-rinvio parziale.

Una prima tesi, anteriore alla più recente prassi<sup>6</sup> e focalizzata sulla netta distinzione fra regole politiche e regole costituzionali, e fra strumenti costituzionali formali ed informali, propone un "meccanico" riequilibrio fra esternazioni e rinvii mediante l'aumento di tali ultimi. Non pare, peraltro, questa la questione centrale.

La tesi imperniata sulla revisione costituzionale è stata considerata in un primissimo commento alla Lettera<sup>7</sup> nell'ambito di una riflessione esattamente sul rinvio alle Camere di una legge di conversione. La promulgazione parziale consentirebbe, secondo tale posizione dottrinale, «al Presidente della Repubblica di non frustrare il procedimento di conversione, ma al tempo stesso di espungere le disposizioni aggiunte in sede di conversione che maggiormente si configurano come abusive rispetto all'impianto della decretazione d'urgenza». A fronte di una nuova regolarità, viene riproposta, ancora, la "necessità" della riforma costituzionale, sebbene l'interpretazione dottrinale sul rinvio parziale delle leggi, abbia fatto registrare grande cautela<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Tale possibile ruolo della legge è stato proposto anche in F. MODUGNO, *La funzione legislativa, oggi*, in M. Ruotolo (cur.), *La funzione legislativa oggi: atti del Convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino*, 25-26 maggio 2006, Napoli, 2007, 3-44.

<sup>6</sup> D. GALLIANI, *Cambiare le regolarità politiche per preservare le regole costituzionali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 marzo 2013.

<sup>7</sup> A. CELOTTO, *Si può rinviare alle Camere ex art. 74 Cost. una legge di conversione di un decreto-legge? (note minime sulla lettera del pres. Mattarella rispetto alla legge di conversione del decreto-legge del 29 dicembre 2022 n. 19)*, in questa *Rivista*, 2023/I, 149-150.

<sup>8</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, IX ediz., Padova, 1976, 636; G.F. CIAURRO, *Le istituzioni parlamentari*, Milano, 1982, 97; S.M. CICONETTI, *Decreti-legge e poteri del Presidente della repubblica*, in *Dir. e Società*, 1980, 563 ss.; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, Padova, 1989. Sulla possibilità di esercitare tale potere presidenziale, pur con limitazioni dettate dalla prudenza e dall'opportunità, C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 882 ss.; L. PALADIN, *Art. 77*, in *Commentario alla Costituzione*, in G. Branca (cur.), Bologna-Roma, 1979, 77 ss.; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, V ediz., Torino, 1982, 330; M.C. GRISOLIA, *Il*

Giova in ogni caso rammentare che la revisione non è stata considerata prioritaria a partire dalla XVIII Legislatura<sup>9</sup>, pur notoriamente foriera di diverse ed eterogenee modifiche alla Carta. Invece, nel testo della delibera costituzionale n. 2 del 2016 (bocciata nel *referendum* del 4 dicembre dello stesso anno), che riscriveva anche l'art. 74 Cost., si era previsto che: «Il Presidente della Repubblica, prima di promulgare la legge, può con messaggio motivato alle Camere chiedere una nuova deliberazione. Qualora la richiesta riguardi la legge di conversione di un decreto adottato a norma dell'articolo 77, il termine per la conversione in legge è differito di trenta giorni. Se la legge è nuovamente approvata, questa deve essere promulgata». L'ulteriore termine di trenta giorni sembrerebbe, in effetti, ragionevole al fine di preservare la brevità dell'*iter* ed apprezzabile in quanto funzionale ad evitare la decadenza del decreto-legge. Così si supererebbero le maggiori perplessità circa il non poter portare ad effetto le varie disposizioni del decreto in caso di rinvio presidenziale e circa la problematica attribuzione al capo dello Stato della scelta su quali disposizioni rinviare e quali no. Tale ultima competenza, a ben vedere, infatti, determinerebbe l'entrata del Presidente nell'*iter* legis, finendo per marginalizzare ancor più le Camere.

Sembra incontrare, poi, una simile obiezione l'ulteriore soluzione recentemente riproposta<sup>10</sup>, sempre a Costituzione invariata, che poggia su una diversa interpretazione dell'art. 74 Cost., che vedrebbe consentita già attualmente una promulgazione parziale. Essa risolverebbe alcuni problemi alla radice, ma nel complesso non convince in ragione della unitarietà di fondo dell'atto di promulgazione e del rischio di attribuire una funzione non meno – o parimenti - legislativa delle Camere al capo dello Stato nel momento, in cui gli viene attribuito un potere di scegliere cosa rinviare al Parlamento e cosa no.

In ogni caso, a prescindere dal grado di persuasività della tesi che individua nella revisione “la” soluzione per ripristinare la legalità costituzionale, essa sortirebbe un effetto parziale, nel senso che non si risolverebbero gli altri problemi collegati – e segnalati nella Lettera -, ossia l'abuso della questione di fiducia posta dal Governo ed il monocameralismo alternato.

Per tali ragioni è ancora preferibile esplorare un insieme di soluzioni, anche di controllo e di garanzia, già presenti nell'ordinamento, senza pregiudicare le ragioni dell'iniziativa legislativa governativa, ma senza considerare il voto a data certa<sup>11</sup>, e comunque le ragioni del – e gli strumenti con cui - portare ad effetto le decisioni governative, come una esigenza assoluta e zona franca del diritto costituzionale.

La programmazione legislativa individuata nella Lettera del Presidente della Repubblica, collegata all'approvazione delle leggi in tempi ragionevoli, è tema rilevante<sup>12</sup>, ma non in sé risolutivo e di difficile realizzazione soprattutto al di fuori della legislazione cd. cadenzata-annuale e delle relative

---

*rinvio presidenziale delle leggi*, in *Quad. Cost.*, 1992, 227 ss. Più di recente si segnala il dibattito in [Astrid](#), in particolare, v. V. ONIDA, *Emendamenti alla legge di conversione del decreto-legge e rinvio presidenziale*.

<sup>9</sup> In precedenza, sulla introduzione della promulgazione parziale onde consentire al capo dello Stato di chiedere una nuova deliberazione delle Camere limitatamente ad una o più parti della legge, al contempo promulgando il testo residuo sempreché dotato di propria autonomia, si segnalano sia il disegno di legge costituzionale A.S. 797 presentato dai sen. Ceccanti ed altri in data 18 giugno 2008, sia il testo dell'art. 74 Cost. approvato dal Senato l'8 agosto 2014.

<sup>10</sup> S. CURRERI, *Sull'auto-attribuzione da parte del Presidente della Repubblica del potere di promulgazione parziale dei testi legislativi*, in [laCostituzione.info](#), 8 marzo 2023. Secondo questa prospettiva l'art. 74 non presuppone in alcun modo che la nuova deliberazione debba interessare l'intero testo legislativo approvato, altrimenti, l'Assemblea costituente avrebbe dovuto prevedere il «chiederne una nuova deliberazione». Di qui la possibilità di rinviare una parte del testo legislativo, promulgandone la restante. L'A. conclude che «quella che potrebbe sembrare una innovazione costituzionale diretta ad ampliare il potere di rinvio del Presidente della Repubblica a ben vedere costituirebbe semplicemente un suo adeguamento rispetto ad una prassi legislativa che altrimenti, al contrario, ne pregiudica l'esercizio, costringendolo a strade alternative non parimenti efficaci ed incisive».

<sup>11</sup> S. CURRERI, *Il procedimento a data certa: storia e prospettive di riforma di un'eterna incompiuta*, in [federalismi.it](#), n. 4 del 2022, 308 ss.

<sup>12</sup> Il profilo della programmazione legislativa nella Lettera in analisi è presente in I. A. NICOTRA, *L'importanza di lavorare su un'adeguata programmazione legislativa*, Editoriale in [In Terris](#), 2 marzo 2003.

procedure e sessioni parlamentari. Si consideri, poi, che l'ipercinetismo di maggioranze politiche a sostegno di diversi esecutivi<sup>13</sup> non agevola la programmazione.

Continuando, non sembri di scarsa importanza segnalare che il messaggio alle Camere *ex art. 82 Cost.*, oramai desueto e notoriamente distinto dalla "posta presidenziale", può essere strumento "generale" utile a sollecitare i parlamentari ad una interpretazione costituzionalmente orientata del rapporto con l'Esecutivo legislatore.

Meritevole di implementazione sarebbe, poi, una ulteriore "presenza" meno formale – o diversa dalla prassi<sup>14</sup> - della massima carica dello Stato in sede di iniziale emanazione del decreto. Si intende dire che, se è probabile che i vizi del decreto in ordine all'arbitrio nella individuazione dei casi straordinari di necessità ed urgenza siano già sussistenti prima della conversione, allora, in parallelo, può essere utile un intervento in via preventiva da parte del capo dello Stato, fino al rifiuto dell'emanazione nei casi più critici ovvero iniziando l'opera di persuasione ed influenza.

Parimenti meritevole di implementazione sarebbe una più stringente "presenza" dei Presidenti delle Camere sia durante l'*iter* ed in riferimento alla ammissibilità di emendamenti di qualunque "origine", sia rispetto al tempo che senatori e deputati hanno a disposizione per emendare o approvare il testo. Si intende dire che, rispetto al tempo della conversione del decreto in sessanta giorni, un evidente pregiudizio temporale a disfavore della seconda Camera potrebbe essere corretto facendo in modo che la prima lettura si concluda in un tempo prossimo ai trenta giorni, o comunque non tale da comprimere oltremisura il tempo a disposizione dell'altro ramo del Parlamento. Tale soluzione non comporterebbe necessariamente un intervento sui regolamenti parlamentari, sembrando sufficiente un diverso approccio della Conferenza dei Capogruppo ed un intervento dei Presidenti di Assemblea nella predisposizione del calendario e del programma dei lavori e nella vigilanza sul rispetto di essi.

Tutta da esplorare sembra, infine, la possibilità di un intervento del Capo dello Stato fra la prima e la seconda lettura dei disegni di legge. Questo snodo, dato il "monocameralismo alternato" che *de facto* indirizza il procedimento di approvazione della legge di conversione - piuttosto che della legge di bilancio -, pare oramai decisivo e, come tale, meritevole di presidio onde "affrontare" eventuali rilevanti profili di criticità che, altrimenti, dato l'anomalo ricorso alla questione di fiducia<sup>15</sup>, rischierebbero di permanere nel testo finale.

#### 4. Segue: verso la colegislazione?

Si è, dunque, inteso proporre una serie di correttivi, ben consci che il rinvio della legge alle Camere, per come formalizzato ed implementato, non consente soluzioni se non in termini di un allungamento dell'*iter* e della prevalenza della volontà delle Camere in caso di contrasto ultimativo con il Capo dello Stato.

Nessuno di detti distinti rimedi è "risolutivo" singolarmente, ma come parte di una serie che, nell'ambito dello scenario generale della leale collaborazione, sarebbe verosimilmente efficace e giustificata dal fine. Se anche tale sistema di contrappesi fosse eluso, allora il Presidente avrebbe "ragioni in più" non solo per le sue Lettere – che non si affrancheranno mai da letture divergenti della dottrina o da una probabile chiusura del ragionamento nell'ottica del "fideistico" richiamo al prudente apprezzamento del Capo dello Stato -, ma anche per un rinvio, ad esempio delle leggi in materia

---

<sup>13</sup> In un orizzonte temporale amplissimo, da ultimo si fa riferimento alla Legislatura XVII ed XVIII, in ognuna delle quali si sono alternati tre distinti esecutivi e, nell'ultima citata, anche tre distinte maggioranze.

<sup>14</sup> Come è noto, il rifiuto di emanazione si è verificato due volte sotto la presidenza Pertini – nel 1980 e nel 1981 -, due volte sotto la presidenza Cossiga – nel 1989 e nel 1990 -, una volta, nel 1993 sotto la presidenza Scalfaro, da ultimo il 6 febbraio 2009 allorché il Presidente Napolitano rifiutò l'emanazione di un decreto-legge avente ad oggetto l'alimentazione e l'idratazione di soggetti non autosufficienti – decreto riguardante direttamente il cd. caso Englaro -.

<sup>15</sup> Infine, il *self restraint* governativo in ordine alla questione di fiducia posta dal governo, al di là di impegni e buoni propositi, potrebbe essere indirizzato e condizionato solo mediante la modifica dei regolamenti parlamentari in maniera coordinata.

tributaria e di bilancio, stante la mancata collaborazione leale del Parlamento nelle forme più rilevanti<sup>16</sup>.

Spostando, tuttavia, ad un ulteriore livello la riflessione, la leale cooperazione mancata nelle sedi prima indicate non può essere realisticamente un vero e proprio motivo di rinvio presidenziale, risultando, d'altro canto, come il Capo dello Stato abbia sempre cercato di “salvare” la legge, *anche* in presenza di una rilevata irragionevole criticità costituzionale e – come avvenuto nella Lettera in commento - di una mancata copertura finanziaria. Un nuovo-autonomo motivo di rinvio implicherebbe, del resto, un impatto sulla forma di governo e sulla funzione legislativa, un impatto certo più limitato rispetto al prima menzionato rinvio della legge successivo al “sindacato” del Capo dello Stato.

Queste brevi considerazioni possono concludersi evidenziando, al di là delle riforme possibili, la necessità di una più matura accettazione di una funzione legislativa parlamentare *risultato* di un dialogo istituzionale chiaro, a difesa delle rispettive competenze costituzionali proprio a partire da quelle delle Camere; un dialogo leale, più approfondito e largo, volendo una *colegislazione* già precedente l'eventuale giudizio di costituzionalità.

---

<sup>16</sup> Senza volere individuare necessariamente un parallelismo possibile con il Presidente della Repubblica - in termini di garanzie mobili, adattabili alla fattispecie, non rigide -, già la Corte costituzionale, nella più recente giurisprudenza sul caso Cappato e sull'ergastolo ostativo, ha posto in risalto, pur se in forme, contenuti ed esiti diversi, la necessità di una franca e leale cooperazione col Parlamento, diversa dai tradizionali moniti. Ciò per evitare l'alternativa rigida tra caducazione e accettazione degli atti degli organi controllati, nel rispetto delle rispettive prerogative costituzionali. Nel caso della Consulta il “controllato” è il Parlamento, quanto al capo dello Stato è anche l'Esecutivo. V. S. PRISCO, *Promulgazione presidenziale con indicazioni per l'interprete: segni dell'evoluzione delle garanzie costituzionali*, in [laCostituzione.info](http://laCostituzione.info), 30 aprile 2019.

**Antonio Ruggeri**  
**La forma di Stato *a-democratica* (cause, effetti, rimedi)\***

**ABSTRACT:** *The essay points out that at the basis of some relevant institutional distortions there is the manifest crisis of the political representation and that they produce negative effects on the principle of separation of powers and, therefore, on constitutional democracy.*

*Then, it focuses on the most indicative indicators of the a-democratic nature of the legal system, including the growing electoral absenteeism and the low rate of democracy found within political parties.*

*The study concludes with the search for possible remedies, at the institutional and above all social level.*

SOMMARIO: 1. I “tipi” di democrazia, il loro porsi in funzione servente dei più diffusi ed avvertiti bisogni emergenti dal corpo sociale, l’acclarata inadeguatezza del personale politico a far luogo al loro ottimale appagamento, alle condizioni oggettive di contesto, e, in ispecie, a dar voce ai diritti fondamentali. – 2. Alcune gravi torsioni istituzionali, i loro negativi riflessi sul principio della separazione dei poteri (e, per ciò stesso, sulla democrazia costituzionale), l’ipotesi di far luogo ad una previsione di ordine generale nella Carta di leggi *quodammodo* intermedie tra le comuni e le costituzionali. – 3. Le spie maggiormente attendibili del carattere *a-democratico* dell’ordinamento: il crescente ed inquietante fenomeno dell’assenteismo elettorale e il paradosso della democrazia pluralista, costituito dal carattere parimenti *a-democratico* di alcune formazioni sociali (e, segnatamente, dei partiti) per il cui tramite essa prende corpo. – 4. Alla ricerca di possibili rimedi alla crisi della rappresentanza politica (e, per ciò pure, al carattere *a-democratico* dell’ordinamento), al piano istituzionale e più ancora a quello sociale, a mezzo di una capillare ed approfondita opera di *rigenerazione culturale* della società al fine dell’ottimale radicamento in essa dei valori fondamentali da cui si alimenta l’etica pubblica repubblicana.

*1. I “tipi” di democrazia, il loro porsi in funzione servente dei più diffusi ed avvertiti bisogni emergenti dal corpo sociale, l’acclarata inadeguatezza del personale politico a far luogo al loro ottimale appagamento, alle condizioni oggettive di contesto, e, in ispecie, a dar voce ai diritti fondamentali*

La democrazia, nella sua pura, originaria accezione, è – come si sa – il *governo del popolo*. Diversamente dalle *póleis* greche, in relazione alle quali il sintagma è stato coniato ed ha avuto fortuna<sup>1</sup>, nelle comunità politiche non ristrette, composte da un numero considerevole di individui e, non di rado, territorialmente estese, il sintagma suddetto che della democrazia riassume e dà l’essenza è obbligato ad una significativa torsione semantica e – ciò che più importa – ad adattamenti particolarmente consistenti e vistosi di ordine istituzionale, commutandosi dunque in *partecipazione del popolo al governo* della cosa pubblica. E, poiché la partecipazione stessa può



<sup>1</sup> Non si trascuri, nondimeno, che il termine “popolo” aveva al tempo un significato assai diverso da quello successivamente affermato, una parte consistente degli individui operanti in seno alle comunità politiche suddette restando esclusa dal godimento dei diritti che erano appannaggio unicamente di pochi; e così è stato anche nell’esperienza romana e negli ordinamenti in genere che conoscevano la schiavitù o forme varie di selezione nel godimento in parola (riferimenti in A. CORBINO, *La democrazia divenuta problema. Città, cittadini e governo nelle pratiche del nostro tempo*, Eurilink University Press, Roma 2020, e, più di recente, F. ARCARIA, *Le refluenze ideologiche della politica antica su quella odierna: i paradigmi di ‘Repubblica’, ‘Democrazia’ ed ‘Impero’ tra storia e futuro*, in *IURA*, 70/2022, 429 ss., e, dello stesso, ora, *Città cittadini cittadinanze. Dalla civitas romana alla cittadinanza europea*, Satura, Napoli 2023; v., inoltre, utilmente O. LICANDRO, *CIVES ET PEREGRINI. Città, cittadinanza, integrazione, mobilità sociale e certezza del diritto dall’età repubblicana alla Tarda Antichità. Studi epigrafici e papirologici*, II, Jovene, Napoli 2023). Non si trascuri, nondimeno, che lo stesso governo rappresentativo – com’è stato, ancora di recente, rammentato (P. PINNA, *La democratizzazione del governo rappresentativo*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, 3269 ss.) – presentava in origine carattere elitario e, dunque, non democratico, nell’accezione del termine successivamente invalsa.

presentarsi in forme assai diverse e con intensità parimenti diverse<sup>2</sup>, se ne ha che una comunità e l'ordinamento che la regge appaiono essere tanto più democratici quanto maggiore e gravida di significati e valenze è la partecipazione in parola<sup>3</sup>.

Secondo una sistemazione teorica risalente e, tuttavia, ad oggi, a mia opinione, insuperata<sup>4</sup>, si conoscono – come pure è noto – tre forme espressive o, se più piace dire, tre “tipi” di democrazia che, dunque, si qualifica come *diretta*, *rappresentativa* e *pluralista*. Si è tentato – è vero – di allargare ulteriormente il ventaglio delle sue articolazioni interne, ragionando altresì di una *democrazia elettronica*<sup>5</sup>, che si avvarrebbe principalmente del *web* per affermarsi e che, però, per un verso, aspira a riportarsi al primo dei “tipi” suddetti, di cui anzi si porrebbe quale la sua più sofisticata e *temporis ratione* aggiornata espressione, e, per un altro verso, parrebbe portarsi al di fuori (ed anzi contro) lo schema suddetto, ove si convenga – come deve – che il voto (e, in genere, l'espressione di volontà) per il tramite di *internet* rischia di degenerare il più delle volte (per non

<sup>2</sup> ... secondo quanto è, peraltro, proprio di ogni valore fondamentale che è, per sua strutturale, indeclinabile vocazione, tendenziale, non considerandosi mai pago delle realizzazioni avute bensì aspirando costantemente ad averne di nuove ed ancora più avanzate e gratificanti. Non è, insomma, solo la qualità ma anche la quantità a dare la complessiva connotazione dei valori stessi ed a determinarne dunque la messa a punto sulla base di coordinate, comunque, storicamente e positivamente determinate. È anche per ciò che i principi fondamentali, che dei valori offrono la prima e più genuina traduzione normativa, sono a mia opinione soggetti a revisione costituzionale ma solo *in melius* o – piace a me dire – a finalità espansiva, alla luce di parametri che di necessità sono pre- o meta-giuridici in quanto dotati di natura assiologico-sostanziale [ragguagli, volendo, nel mio [L principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva](#), in questa [Rivista](#), 2022/II, 473 ss.].

<sup>3</sup> Dal momento, poi, che i valori fondamentali positivizzati fanno – come suol dirsi – “sistema”, dandosi mutuo sostegno e alimento, se ne ha che la crescente affermazione anche dei valori diversi da quello della partecipazione, per un verso, da quest'ultima riceve e, per un altro, ad essa dà la spinta necessaria per l'ulteriore radicamento nell'esperienza costituzionale.

<sup>4</sup> Se ne ha una emblematica rappresentazione in T. MARTINES, *Diritto costituzionale*<sup>16</sup>, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2022. 202 ss.

<sup>5</sup> Nella ormai copiosa letteratura che ne fa variamente oggetto di studio richiamo qui solo, nella nostra dottrina, i numerosi studi di P. COSTANZO, a partire da quello pionieristico su *Aspetti problematici del regime giuspubblicistico di Internet*, in *Problemi dell'informazione*, 2/1996, 183 ss., e, spec., *Internet (dir. pubbl.)*, in *Dig./Disc. pubbl.*, IV ed., App., Utet, Torino 2000, 347 ss.; *La democrazia elettronica*, rel. al Convegno di studi in ricordo di E. Giannantonio, Roma 6 dicembre 2002, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 465 ss.; *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, 19 ss., nonché in AA.VV., *Nuevas dimensiones de la participación política*, a cura di E. Pajares, Valencia 2015, 175 ss.; *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Studi in memoria di P. Barile*, a cura di P. Caretti, Passigli, Firenze 2013, 9 ss.; *La governance di internet in Italia*, in *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, a cura di E. Bertolini - V. Lubello - O. Pollicino, Aracne, Roma 2013, 41 ss. ed in *Scritti in onore di A. D'Atena*, Giuffrè, Milano 2015, 713 ss.; *L'impatto della tecnologia sui diritti fondamentali*, in AA.VV., *Diritti e libertà in internet*, a cura di T.E. Frosini - O. Pollicino - E. Apa - M. Bassini, Le Monnier, Milano 2017, 3 ss.; *La “democrazia digitale” (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. pubbl.*, 1/2019, 71 ss. V., inoltre, i contributi al forum su *Le sfide della democrazia digitale*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 15 dicembre 2019, 231 ss.; AA.VV., *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, a cura di P. Costanzo - P. Managò - L. Trucco, Editoriale Scientifica, Napoli 2020. Tra i non pochi altri contributi di vario orientamento e circoscrivendo ora i richiami unicamente a quelli di respiro monografico, v., almeno, M. BOLOGNINI, *Democrazia elettronica. Metodo Delphi e politiche pubbliche*, Carocci, Roma 2001; S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*<sup>2</sup>, Laterza, Bari-Roma 2004; D. PITTERI, *Democrazia elettronica*, Laterza, Bari-Roma 2007; G. FIORIGLIO, *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, Wolters Kluwer - Cedam, Padova 2017; C.R. SUNSTEIN, *Republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, Il Mulino, Bologna 2017, e G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Edizioni ETS, Pisa 2017. Ulteriori riferimenti ed indicazioni possono, infine, aversi da G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Jovene, Napoli 2012, e, della stessa *Libertà digitali. Luci ed ombre*, Giappichelli, Torino 2018; O. POLLICINO - G. PITRUZZELLA, *Hate speech and Fake news. A Comparative Constitutional Perspective*, Bocconi University Press, Milano 2020; O. POLLICINO, *Judicial Protection of Fundamental Rights in Internet. A Road Towards Digital Constitutionalism?* Hart Publishing, Oxford 2021; AA.VV., *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, a cura di H. Micklitz - O. Pollicino - A. Reichman - G. Sartor - A. Simoncini - G. De Gregorio, Cambridge University Press, Cambridge 2021; M. BASSINI - M. CUNIBERTI - C. MELZI D'ERIL - O. POLLICINO - G.E. VIGEVANI, *Diritto dell'informazione e dei media*<sup>2</sup>, Giappichelli, Torino 2022; O. SPATARO, *Diritti di partecipazione politica e piattaforme digitali, alcune riflessioni*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2022, 11 maggio 2022, 1 ss.

dire sempre...) in un'autentica *oclocrazia*, e cioè nel governo passionale delle masse soggetto a facili torsioni e manipolazioni in sede di formazione e prestazione del consenso<sup>6</sup>, ovvero in una *popolocrazia* suscettibile di sfuggire ad ogni controllo<sup>7</sup>, peraltro alimentata da movimenti e partiti che hanno appunto fatto del populismo la loro bandiera<sup>8</sup>. Non può, nondimeno, tacersi che il rischio in parola non è parabile fino in fondo anche in occasione delle manifestazioni dei “tipi” suddetti, dal momento che – come si sa – nel tempo presente si danno forme plurime e micidiali di subdola cattura del consenso che non disdegnano di avvalersi altresì di messaggi subliminali; ed è questo uno dei nodi irrisolti delle società contemporanee, nelle quali è assai problematico stabilire dove passa la linea di confine tra l'apparenza e la realtà della democrazia, la prima non di rado creando ed alimentando l'illusione di convertirsi nella seconda.

Ora, è di tutta evidenza che i “tipi” sopra indicati mirano tutti, attraverso itinerari diversi, ad assicurare il governo della cosa pubblica che poi nei fatti equivale (o, meglio, *dovrebbe* equivalere) all'ottimale appagamento, alle condizioni oggettive di contesto, dei bisogni maggiormente diffusi e più intensamente avvertiti in seno al corpo sociale.

Qui è, però, il *punctum crucis* della questione oggi nuovamente trattata.

Da molti segni, in più sedi e da prospettive diverse ripetutamente indagati, si ha infatti conferma del fatto che il cuore della questione stessa sta nell'acclarata inadeguatezza del personale politico, quale che sia il colore della casacca dallo stesso indossata, che ha poi la radice da cui maggiormente si alimenta in complessive, strutturali carenze del corpo sociale. Non è, d'altronde, per mero accidente che anche la forma in origine più genuinamente espressiva di democrazia, la diretta, proprio per essere la immediata proiezione del corpo stesso, esibisca essa per prima, da noi come

---

<sup>6</sup> Su ciò, per tutti, A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994, che fa luogo ad un'attenta rilettura del noto passo giovanneo del processo a Gesù. Di una sempre possibile involuzione alla quale possono andare incontro le liberal-democrazie, specie le più fragili ed esposte, trattano, tra gli altri, AA.VV., *Crisi dello Stato costituzionale e involuzione dei processi democratici*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2020. Su alcune, note esperienze di “democrazie”, v., poi, M.A. ORLANDI, *La “democrazia illiberale”. Ungheria e Polonia a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2019, 175 ss.; A. D'ATENA, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 18 giugno 2019, 583 ss.; G. D'IGNAZIO, *Le democrazie illiberali in prospettiva comparata: verso una nuova forma di Stato? Alcune considerazioni introduttive*, in *DPCE Online*, 3/2020, 3563 ss.; nella stessa *Rivista*, A. SPADARO, *Dalla “democrazia costituzionale” alla “democrazia illiberale” (populismo sovranista), fino alla... “democrazia”*, 3875 ss.; G. DELLEDONNE, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, 3999 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia “militante” all'autodifesa costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2021, 91 ss.; pure *ivi*, A. GATTI, *Liberal Democracies and Religious Extremism. Rethinking Militant Democracy through the German Constitutional Experience*, 131 ss.; A. DI GREGORIO, *La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo semantico dei termini “democrazia” e “costituzionalismo”*, in *Scritti in onore di F. Lanchester*, I, a cura di G. Caravale - S. Ceccanti - L. Frosina - P. Piciacchia - A. Zei. Jovene, Napoli 2022, 489 ss. Infine, con specifica attenzione alle vicende dello Stato di diritto in Europa, v. A. FESTA, *Lo Stato di diritto nello spazio europeo. Il ruolo dell'Unione europea e delle altre organizzazioni internazionali*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, e R. CALVANO, *Legalità UE e Stato di diritto, una questione per tempi difficili*, in *Rivista AIC*, 4/2022, 7 dicembre 2022, 166 ss.

<sup>7</sup> In tema, v., part., I. DIAMANTI - M. LAZAR, *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, Laterza, Bari-Roma 2018, cui si richiama, tra gli altri, A. PIRAINO, *Verso una nuova forma di democrazia?* in *Il Domani d'Italia*, 23 dicembre 2019.

<sup>8</sup> La letteratura sul populismo e le sue varie espressioni è ormai incontenibile: indicazioni possono, *ex plurimis*, aversi da M. REVELLI, *Populismo 2.0*, Einaudi, Torino 2017; M. ANSELMINI, *Populismo. Teorie e problemi*, Mondadori, Milano 2017; G. FERRAIUOLO, *Rappresentanza e populismo*, in AA.VV., *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità Rappresentanza Territorio*, Ann. 2016 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Jovene, Napoli 2017; S. FELTRI, *Populismo sovrano*, Einaudi, Torino 2018; V. COSTA, *Élites e Populismo. La democrazia nel mondo della vita*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2019; A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, ESI, Napoli 2020; AA.VV., *L'età dei populismi. Un'analisi politica e sociale*, Carocci, Bari 2020; C. MUDDE - C. ROVIRA KALTWASSER, *Populismo. Una breve introduzione*, Mimesis, Milano 2020; P.G. ARDENI, *Le radici del populismo. Disuguaglianze e consenso elettorale in Italia*, Laterza, Bari-Roma 2020; AA.VV., *Italian Populism and Constitutional Law. Strategies Conflicts and Dilemmas*, a cura di G. Delledonne - G. Martinico - M. Monti - F. Pacini, Palgrave Mcmillan, London 2020, e, più di recente, C. HASSAN - C. PINELLI, *Disinformazione e democrazia. Populismo, rete e regolazione*, Padova 2022.

altrove, le più vistose di tali carenze, senza peraltro trascurare la circostanza per cui società complesse, quali sono gli Stati contemporanei, non si prestano di certo ad essere governate, se non sporadicamente e marginalmente, a mezzo della forma in parola di democrazia<sup>9</sup>.

Lo strumento elettivo che dà voce alla democrazia stessa è, nondimeno, a tutt'oggi dato dalla rappresentanza politica che, però, risulta essere – come si sa – segnata da una crisi che parrebbe irreversibile<sup>10</sup>. Purtroppo il personale che la incarna e concreta è, in generale, di mediocre qualità, afflitto com'è da lacune culturali di tutta evidenza e che peraltro nulla fa per nascondere, secondo quanto è, a tacer d'altro, testimoniato da avventate sortite di alcuni esponenti anche di spicco del ceto politico che non di rado si abbandonano ad ardite espressioni linguistiche, che fanno storcere il naso ai cultori della nostra lingua, o ad estemporanee ed improvvisate iniziative politiche, peraltro messe assai spesso subito da canto per essere rimpiazzate da altre iniziative con le prime incoerenti, comunque parimenti non meditate. Ciò che, ad ogni buon conto, maggiormente importa è l'acclarata incapacità di cui il personale stesso ha dato e dà mostra, per un verso, per ciò che attiene alla progettazione politica dello sviluppo della società e, per un altro verso, al fine di dar voce ai diritti fondamentali, in ispecie ai nuovi. Questi ultimi, infatti, come si è tentato di mostrare in altri luoghi<sup>11</sup>, maturano negli strati più profondi del corpo sociale e prendono man mano forma a mezzo di *consuetudini culturali* di riconoscimento di taluni bisogni elementari della persona il cui appagamento si considera indispensabile al fine di assicurare alla persona stessa – come dice la stessa Carta<sup>12</sup> – una esistenza “libera e dignitosa”.

Ebbene, alle consuetudini in parola dovrebbe in primo luogo darsi traduzione positiva nelle sedi in cui prende corpo la rappresentanza politica, a mia opinione in prima battuta con legge costituzionale<sup>13</sup> e, a seguire, con leggi comuni volte a darvi il primo, essenziale svolgimento, restando quindi demandato ai giudici il compito, di certo di non secondario rilievo, dell'attuazione delle indicazioni positive a mezzo di regole congrue in ragione dei casi, nelle loro continuamente cangianti espressioni.

Sta di fatto, però, che il modello qui nuovamente evocato non ha avuto modo di affermarsi, a motivo proprio delle annose carenze esibite dalla rappresentanza; e non è, di certo, per mero accidente che la domanda pressante di appagamento dei diritti (in ispecie, dei nuovi) abbia ricercato e seguiti senza sosta a ricercare canali da percorrere e luoghi istituzionali nei quali potersi affermare

---

<sup>9</sup> Riferimenti ed indicazioni possono aversi, in prospettiva comparata, da E. PALICI DI SUNI - G. ELOY - M. ROGOFF, *Gli istituti di democrazia diretta nel diritto comparato*, Wolters Kluwer - Cedam, Padova 2018.

<sup>10</sup> La questione è fatta oggetto di una copiosa messe di scritti di vario segno ed orientamento [*ex plurimis*, v. N. URBINATI, *Democrazia rappresentativa. Sovranità e controllo dei poteri*, Donzelli, Roma 2010, e, della stessa, *Democrazia in diretta. Le nuove sfide alla rappresentanza*, Feltrinelli, Milano 2013; AA.VV., *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità Rappresentanza Territorio*, cit.; G. MOSCHELLA, [Crisi della rappresentanza politica e deriva populista](#), in questa *Rivista*, 2019/II, 249 ss., e, nella stessa *Rivista*, P. LOGROSCINO, [Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti. Note in tempo di pandemia](#), 2021/II, 406 ss.; pure *ibid.* può vedersi, se si vuole, il mio [Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica](#), 2021/I, 25 gennaio 2021, 124 ss. Inoltre, M.G. RODOMONTE, *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?* in *Nomos*, 3/2021, 1 ss.; I. CIOLLI, *La rappresentanza politica. Recenti trasformazioni di una categoria ineludibile*, in *Lo Stato*, 18/2022, 129 ss., e, con specifica attenzione alla dimensione sovranazionale, S. MANGIAMELI, *La democrazia rappresentativa nell'UE e l'opinione pubblica europea. Problemi e prospettive*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2022, 24 luglio 2022, 293 ss. Infine, volendo, anche il mio *Le revisioni costituzionali e il nodo (non scioglibile?) del degrado culturale della rappresentanza politica (prime notazioni)*, in [Ordine internazionale e diritti umani](#), 2/2023.

<sup>11</sup> Ancora di recente, nel mio [Chi è il garante dei nuovi diritti fondamentali?](#) in questa *Rivista*, 2023/I, 204 ss., e *Rapporti interordinamentali ed effettività della tutela dei diritti fondamentali*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 1/2023, 20 marzo 2023, 121 ss.

<sup>12</sup> Generalizzo qui – come si vede –, ancora una volta, un riferimento specificamente fatto in relazione all'ambito del lavoro (art. 36, comma 1), a mia opinione dotato di omnicomprensiva valenza.

<sup>13</sup> ... si da ricongiungere armonicamente forma e materia costituzionale; e non si dimentichi che il riconoscimento dei diritti fondamentali si pone quale l'autentico cuore pulsante del corpo costituzionale, secondo quanto è peraltro storicamente attestato dalla vicenda che ha portato all'affermazione del costituzionalismo liberale.



diversi da quelli in cui prende forma la normazione, a partire dalle sedi in cui si amministra la giustizia (comune, costituzionale, non nazionale)<sup>14</sup>.

Il carattere *a-democratico* dell'ordinamento ha, in tal modo, al piano in cui prendono forma alcune delle più salienti esperienze istituzionali la sua emblematica rappresentazione e particolarmente probante testimonianza.

*2. Alcune gravi torsioni istituzionali, i loro negativi riflessi sul principio della separazione dei poteri (e, per ciò stesso, sulla democrazia costituzionale), l'ipotesi di far luogo ad una previsione di ordine generale nella Carta di leggi quodammodo intermedie tra le comuni e le costituzionali*

Si spiegano, dunque, in questa luce talune gravi e viepiù vistose torsioni che si registrano al piano istituzionale, sul versante dei rapporti tra gli organi della direzione politica e gli organi di garanzia per un verso, come pure, per un altro verso, su quello dei rapporti che i primi intrattengono *inter se*.

Senza che possa ora farsene oggetto di uno studio a ciò specificamente dedicato, di cui è di tutta evidenza altra la sede, è sufficiente qui rammentare, per il primo aspetto, la crescente espansione del ruolo esercitato dai garanti (e, in particolare, dai giudici), obbligati ad una innaturale “supplenza” – come suole essere chiamata – nei riguardi dei decisori politici<sup>15</sup>, peraltro messa in atto in forme che parrebbero non conoscere ormai limite alcuno alle loro esuberanti espressioni<sup>16</sup>. Ed è chiaro che, per effetto della crescente confusione nell'esercizio delle pubbliche funzioni, viene per ciò solo a crollare uno dei pilastri su cui si regge lo Stato costituzionale, il principio della separazione dei poteri, pur nella forma temperata da noi come altrove fatta propria dalla legge fondamentale della Repubblica. Il rischio è, insomma, quello che alla lunga possa smarrirsi l'idea stessa di Costituzione, quale mirabilmente scolpita nella formula, ad oggi a mia opinione insuperata, di cui all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

Le conseguenze sarebbero allora disastrose, davvero esiziali, per la democrazia che o è costituzionale oppure semplicemente non è.

---

<sup>14</sup> ... quasi che possa aversi piena fungibilità delle une rispetto alle altre sedi istituzionali (ma v. quanto se ne dice subito appresso nel testo).

<sup>15</sup> Il dato è di lampante evidenza ed è comunemente rilevato, seppur con diversità di termini e di accenti, da una incontenibile messe di scritti [riferimenti, di recente, in D. SCOPELLITI, *Il canale giurisdizionale per il riconoscimento dei diritti: tra crisi della rappresentanza e supplenza nei confronti della politica*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), 2/2022, 11 maggio 2022, 28 ss.

<sup>16</sup> Si pensi solo, ad es., all'inopinato abbandono del limite delle “rime obbligate” di crisafulliana memoria posto alle addizioni e manipolazioni in genere dei testi di legge da parte del giudice costituzionale, ormai rimpiazzate – secondo occasionali convenienze – dalle “rime possibili” o – come pure si è detto da una sensibile dottrina – dai “versi sciolti” [riferimenti, tra gli altri, in S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 183 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Rivista AIC* 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss., spec. 293; I. GOIA, *Una giustificabile “invasione” di campo*, in questa *Rivista*, 2021/III, 1001 ss.; di “rime libere” preferisce discorrere A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 264 ss., e *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 197 ss. L'etichetta dei “versi sciolti” è stata coniata da D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, spec. 101 ss.]. E, ancora, si pensi a taluni usi abnormi del canone della interpretazione conforme: testimonianza inequivocabile di una singolare eterogenesi del fine, quale appunto si ha per effetto di taluni esercizi del *munus* giurisdizionale non sempre vigilati a dovere.

Per vero, entrambi gli esempi ora fatti rimandano a vicende istituzionali che, seppure assai diverse tra di loro, risultano accomunate dall'affannosa e non di rado sofferta ricerca messa in atto dai giudici nell'intento di dare come che sia appagamento a diritti e, in genere, a beni della vita meritevoli di tutela. Il punto è, però, che il fine non giustifica mai il mezzo ma, all'inverso, è quest'ultimo – come si è opportunamente rilevato da un'accreditata dottrina (A. PUGIOTTO, *Dalla “porta stretta” alla “fuga” dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 169) – a “prefigurare” il primo (v., inoltre, gli svolgimenti che subito seguono nel testo).

Lo squilibrio istituzionale si riscontra, poi, come si accennava poc'anzi, anche sul versante dei rapporti tra gli organi della direzione politica; ed ha quale suo indice particolarmente espressivo e vistoso la crescita del ruolo del Governo, con conseguente marginalizzazione del Parlamento, e, in seno al Governo stesso, del Presidente del Consiglio che, con palese scostamento dal figurino costituzionale<sup>17</sup>, va sempre di più conformandosi, pur tra non rimosse oscillazioni, quale un autentico *Premier*<sup>18</sup>. Ed è chiaro che l'annosa e ingravescente crisi della rappresentanza politica, cui si è sopra fatto cenno, concorre sempre di più al peggioramento di questo stato di cose.

Plurimi fattori concorrono a quest'esito, tra i quali la mole viepiù imponente di compiti ai quali lo Stato (e anzi la Repubblica nel suo insieme<sup>19</sup>) devono far fronte, specie in adempimento di obblighi assunti in seno alla Comunità internazionale ed all'Unione europea.

È pur vero, però, che la stessa Costituzione non è al riguardo del tutto esente da responsabilità, non tanto per ciò che è in essa succintamente affermato – ciò che è, peraltro, proprio della natura dei suoi enunciati<sup>20</sup> – quanto per ciò che non è detto, per effetto cioè di lacune pure originariamente comprensibili e tuttavia col tempo indebitamente non colmate.

Penso, ad es., alla mancata disciplina della gestione delle emergenze, quali che ne siano la natura e gli effetti; e il tempo presente ne è gravato – come si sa – in modo soffocante: una gestione che, per i modi con cui in concreto si realizza, concorre essa pure ad una marcata sottolineatura del ruolo dell'Esecutivo (e, per esso, specialmente del Presidente del Consiglio) nelle più salienti dinamiche della forma di governo<sup>21</sup>.

Ancora una volta, tocca assistere ad improvvisate e sregolate espressioni delle pubbliche funzioni, a partire proprio da quella di produzione normativa, in ciascuna delle sue forme e in tutte assieme, con riflessi peraltro di tutta evidenza anche sul versante dell'esercizio delle funzioni di garanzia, gli organi a ciò preposti trovandosi dal corso degli eventi non di rado obbligati a chiudere un occhio (o, magari, tutti e due...) per il fatto che purtroppo non si danno percorsi alternativi agevolmente e pianamente battibili.

---

<sup>17</sup> Ho ripercorso la vicenda costituente nel mio *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano 1981, spec. 53 ss., 90 ss. e 116 ss.

<sup>18</sup> Ha, non molto tempo addietro, fatto il punto sui più salienti sviluppi della figura del Presidente del Consiglio G. PITRUZZELLA, *L'evoluzione della figura del Presidente del Consiglio dei ministri e gli assetti della democrazia italiana*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, IV, cit., 3337 ss., che conclude la sua densa analisi interrogandosi se i diversi assetti della figura nel corso della vicenda repubblicana esprimano una "virtù ovvero una debolezza della democrazia italiana" (3353). V., inoltre, utilmente I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Jovene, Napoli 2018.

<sup>19</sup> Non si trascuri, infatti, il ruolo di non secondario rilievo che le autonomie territoriali in genere (e quelle regionali in specie) sono chiamate a giocare in occasione dello svolgimento delle dinamiche istituzionali volte a far luogo all'appagamento dei più avvertiti e diffusi bisogni emergenti dal corpo sociale.

<sup>20</sup> ... molti dei quali nondimeno – è doveroso ammettere – si presentano alquanto sibillini, per non dire del tutto oscuri, malgrado la prosa piana e scorrevole propria della trama linguistica della Carta [sul linguaggio costituzionale, v., almeno, G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, 229 ss.; AA.VV., *La lingua dei giuristi*, a cura di P. Caretti e R. Romboli, Pisa University Plus, Pisa 2016; B. BARBISAN, *La più bella del mondo? Leggibilità e concretezza della Costituzione italiana*, in *Rivista AIC* 2/2022, 8 giugno 2022, 142 ss. e, nella stessa *Rivista*, J. VISCONTI, *La lingua della Costituzione tra lessico e testualità*, 3/2022, 29 agosto 2022, 110 ss. V., inoltre, nella stessa *Rivista*, i contributi al XXXVII Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su *Lingua Linguaggi Diritti*, Messina-Taormina 27-29 ottobre 2022].

<sup>21</sup> Ne hanno illustrato le principali vicende, tra gli altri, S. CECCANTI, *La forma di governo parlamentare in trasformazione*, Il Mulino, Bologna 1997; più di recente, un chiaro quadro di sintesi è in A. SPADARO, *L'evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9/2018, 17 settembre 2018, e, dello stesso, *Sui caratteri del parlamentarismo "all'italiana": o doppia fiducia o doppia maggioranza*, in AA.VV., *Scritti in onore di Roberto Bin, Giappichelli*, Torino 2019, 348 ss.; inoltre, A. D'ANDREA, *Il Parlamento e il Governo: le ragioni del rispettivo disallineamento costituzionale (sempre reversibile)*, in *Dir. cost.*, 4/2022, 9 ss., spec. 15 ss., e, in prospettiva storica, G. GIANNOTTI, *La forma di governo del regime statutario liberale tra evoluzione parlamentare ed involuzione pseudo-parlamentare*, in *Rivista AIC* 4/2022, 24 ottobre 2022, 15 ss.

Si rammenti, ad es., il modo con cui si è fronteggiata la pandemia sanitaria da coronavirus, in specie l'uso abnorme fattosi dei decreti del Presidente del Consiglio<sup>22</sup>. Non discuto – sia chiaro – se avrebbe potuto farsi diversamente: la critica da parte di chi non è chiamato in prima persona all'assunzione di gravosissime ed inquietanti responsabilità di governo è fin troppo facile e francamente ingenerosa. Sta di fatto che la lacuna costituzionale ora evocata obiettivamente c'era (e rimane): giustificata – come si accennava poc'anzi – in sede di redazione della Carta, per il timore che, prevedendosi espressamente la concentrazione di poteri di decisione in capo al Governo (e, segnatamente, al Presidente del Consiglio), si sarebbe corso il rischio di un possibile ritorno a forme di esercizio autoritario dei poteri stessi, la cui memoria era al tempo cocente. Col passare degli anni abbiamo, tuttavia, assistito alla emersione prepotente di plurime emergenze (ambientale, economica, terroristica, sanitaria e, da ultimo, bellica che, pur non toccandoci ad oggi in modo diretto, finisce ugualmente col riguardarci in non secondaria misura). Ed è allora chiaro che non è più possibile tentare di arginarle con i soli strumenti in atto previsti dalla Carta (e, segnatamente, a colpi di decreti-legge<sup>23</sup>) ma che devono urgentemente forgiarsene di nuovi, adeguati alle circostanze, al loro continuo e rapido mutare, alla gravità degli effetti. D'altro canto, anche sul versante legislativo, plurime e ricorrenti esperienze mostrano come la mera articolazione del tipo-legge nelle due *species* della legge comune e di quella costituzionale non risulti adeguata ad ogni esigenza di normazione, tant'è che non infrequenti sono i casi di leggi comuni *quoad formam* e però variamente aggravate, che dunque dispiegano una forza normativa *quodammodo* intermedia tra le due specie suddette. Ed è allora da chiedersi se non giovi far luogo ad una previsione di ordine generale<sup>24</sup> nella Carta di siffatto “tipo” intermedio di legge, analogamente a ciò che si ha negli ordinamenti che conoscono il “tipo”-legge organica *et similia*. È pur vero che in talune congiunture, specie laddove la maggioranza sia risicata ed i rapporti che essa intrattiene con le opposizioni risultino segnati da asprezza di toni e categorica indisponibilità all'incontro, appare assai arduo pervenire all'approvazione delle leggi in parola. È, tuttavia, questo un rischio che va corso e, se del caso, un costo da pagare<sup>25</sup>, a fronte del bisogno indisponibile che, laddove premano interessi superiori facenti capo all'intera nazione, l'incontro stesso s'imponga e – fin dove possibile – si affermi; nel qual ultimo caso, la rappresentanza riuscirebbe così a rendere credibile ed apprezzabile testimonianza di saper anteporre l'interesse generale a quelli di parte e, per ciò stesso, di essere, sia pure solo in talune, sporadiche circostanze, in non secondaria misura effettivamente rappresentativa di larga parte del corpo sociale.

*3. Le spie maggiormente attendibili del carattere a-democratico dell'ordinamento: il crescente ed inquietante fenomeno dell'assenteismo elettorale e il paradosso della democrazia pluralista, costituito dal carattere parimenti a-democratico di alcune formazioni sociali (e, segnatamente, dei partiti) per il cui tramite essa prende corpo*

Le notazioni da ultimo svolte tornano preziose anche ai fini dello studio che si va ora facendo; e danno, ancora una volta, riprova del fatto che *regole giuridiche* (costituzionali e non) e *regolarità*

---

<sup>22</sup> Non è casuale che l'attenzione sullo strumento in parola da parte degli studiosi si sia prontamente ridestata (riferimenti in L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, e M. RUBECHI, *I decreti del Presidente. Studio su d.P.C.m., atti normativi del governo e dinamiche decisionali*, Giappichelli, Torino 2022).

<sup>23</sup> Con specifico riguardo all'uso fattosene in occasione dell'aggressione russa all'Ucraina, riferimenti possono ora aversi da M. MARAZZINI, [I poteri normativi del Governo nell'emergenza bellica in Ucraina. Alcuni spunti critici a partire dall'invio di aiuti militari e sulla loro segretezza](#), in questa *Rivista*, 2023/I, 157 ss., e, nella stessa *Rivista*, A. LO CALZO, [L'attualità del fenomeno bellico tra principi supremi e assetto delle fonti. L'ordinamento italiano di fronte alla guerra in Ucraina](#), 230 ss., spec. 245 ss.

<sup>24</sup> ... in aggiunta ai casi di produzione legislativa a vario titolo rinforzata e tipizzate nella competenza, di cui si fa già menzione.

<sup>25</sup> D'altro canto, ove così non fosse, dovrebbe concludersi essere priva di *ratio* la previsione della procedura aggravata a mezzo della quale vengono alla luce gli atti di forma costituzionale.

della politica hanno da darsi mutuo sostegno e alimento affinché possa porsi rimedio a carenze di disciplina e guasti istituzionali altrimenti problematicamente sradicabili dal terreno dell'ordinamento e dell'esperienza costituzionale.

Se il cuore della questione istituzionale è dato dalla crisi della rappresentanza politica, è su quest'ultima che occorre decisamente puntare nell'intento di arginarne il crescente degrado e tentare il recupero – perlomeno fin dove possibile – dei tratti che, secondo modello costituzionale, ne danno la genuina, complessiva connotazione.

D'altro canto, si dà una spia inequivocabile a riguardo di qual è il primario obiettivo da perseguire, senza più alcuna esitazione o strumentale dilazione. La comunità governata appare, infatti, essere pienamente avvertita, perlomeno in una sua parte non poco consistente, delle cause che stanno a base delle irrisolte contraddizioni esistenti nella società e del mancato appagamento dei suoi più avvertiti bisogni; e reagisce con una vistosa ed inquietante disaffezione nei riguardi della politica di cui il segno maggiormente marcato ed evidente è il crescente e parimenti inquietante astensionismo elettorale.

Si è già avuto modo di osservare altrove<sup>26</sup> che a base del carattere *a-democratico* dello Stato sta proprio il fenomeno suddetto; è, tuttavia, pur vero che esso ne è causa ed effetto allo stesso tempo: con un moto – come si vede – circolare che da se medesimo incessantemente e in modo perverso si ricarica e rinnova.

L'assenteismo, infatti, specie laddove raggiunga livelli assai elevati<sup>27</sup>, rende per ciò solo non “rappresentativa” o, come che sia, scarsamente “rappresentativa” la rappresentanza politica<sup>28</sup>, quali che siano poi i meccanismi di selezione degli eletti<sup>29</sup>, dal momento che nella maggioranza, specie se risicata, si rispecchia una esigua porzione della società (circa un quarto); più ancora, poi, ciò vale per le opposizioni, sia *uti singulae* che nel loro insieme, le quali peraltro si presentano tra di loro assai divise<sup>30</sup>. L'una e le altre, insomma, si pongono, sommate assieme e più ancora considerate separatamente, quale espressione parziale, a volte assai circoscritta, della struttura sociale<sup>31</sup>. E tanto basta a connotare lo Stato, appunto, come *a-democratico*.

Si aggiunga, poi, che entrambi gli schieramenti in campo si fanno portatori di proposte politiche palesemente inadeguate a far fronte a domande sociali viepiù imponenti di bisogni primari che premono per essere soddisfatti<sup>32</sup>. Il vizio di fondo da tutti, quale più quale meno, esibito è dunque di natura culturale; ed è da esso che, per la gran parte, trae alimento l'astensionismo elettorale.

---

<sup>26</sup> ... nel mio *L'assenteismo elettorale e la forma a-democratica di Stato (nota minima su una spinosa ed irrisolta questione)*, Editoriale, in questa *Rivista*, 19 ottobre 2021.

<sup>27</sup> ... e il *trend* – come si sa – è proprio in questo senso, da noi come altrove. Quanta distanza, dunque, da quel 92,23 % di affluenza al voto registratosi in occasione delle elezioni alla Camera del 1948!

<sup>28</sup> Per vero, la rappresentatività è comunemente vista quale attitudine dei rappresentanti a farsi carico dei più diffusi ed avvertiti bisogni sociali: un'attitudine, per comune sentire, purtroppo via via scemata col tempo (siderale – ahimè – la distanza tra la generazione dei De Gasperi, Nenni, Togliatti, Martino, U. La Malfa, Moro, Fanfani, Saragat, Scalfaro, Zaccagnini, Amirante, Malagodi, Berlinguer, i pur discussi Craxi ed Andreotti, e tanti altri ancora, e i maggiori esponenti politici del tempo presente, dei quali *pietatis causa* non desidero fare i nomi). È però chiaro che, ancora prima di dare la misura – se così può dirsi – dell'attitudine in parola alla luce del parametro ora indicato, nei limiti peraltro in cui ciò possa farsi senza soverchie approssimazioni e incertezze, rileva il fatto in sé di coloro che si recano alle urne e del rapporto, dunque, che essi intrattengono con gli eletti, quale risulta per natura ed effetti.

<sup>29</sup> Su *Democrazie elettorali e Stato costituzionale* faccio qui richiamo solo del corposo studio monografico di L. TRUCCO (Giappichelli, Torino 2011).

<sup>30</sup> È, poi, un dato di comune esperienza quello per cui le opposizioni danno vita ad una competizione al loro interno, consapevoli di non poter sottrarre voti, se non forse in minima parte, allo schieramento avverso; e così è pure per i partiti della coalizione maggioritaria.

<sup>31</sup> Un tempo l'accesso al voto era – come si sa – riconosciuto unicamente a pochi; oggi può essere invece goduto da tutti. Sta di fatto, però, che la rappresentanza era ed è pur sempre fortemente circoscritta. Rimane, dunque, insoluta l'aporia di fondo costituita dal fatto che in democrazia i rappresentanti operano in nome di tutti, anche di coloro che non li hanno scelti e non hanno inteso sceglierli.

<sup>32</sup> ... senza, peraltro, far passare sotto silenzio la circostanza per cui, in relazione a taluni problemi pressanti, fa del tutto difetto la elaborazione di alcuna proposta volta alla loro risoluzione... È, poi, pur vero che una mole crescente di problemi non può essere affrontata con le sole forze di cui lo Stato dispone e nel chiuso delle sue mura bensì richiede

Né a porre rimedio ai difetti strutturali della democrazia rappresentativa soccorre l'ultima e più raffinata espressione della democrazia stessa, la pluralista; o, per dir meglio, soccorre solo in una parte comunque insufficiente in rapporto allo scopo. La specie in parola fa infatti leva – come si sa – sul ruolo giocato dalle formazioni sociali, le c.d. società intermedie, proprio perché chiamate al compito viepiù gravoso ed impegnativo di elaborazione ed ordinazione delle domande sociali, secondo scale di priorità congeniali ai connotati peculiari di ciascun gruppo sociale, ed alla loro rappresentazione presso le sedi di apparato preposte a darvi appagamento<sup>33</sup>.

D'altronde, i principali serbatoi dai quali si attinge in sede di progettazione politica sono proprio quei partiti dai quali è, per la gran parte, estratto il personale che dà voce alla rappresentanza, peraltro all'esito di dinamiche interne non sempre trasparenti e controllabili nei loro svolgimenti, oltre che in tutto coerenti con se stesse<sup>34</sup>. Ciò che, poi, per la sua parte in non secondaria misura concorre alla conformazione come *a-democratico* dell'ordinamento.

Lo scollamento di cui si ha crescente riscontro in seno alla Repubblica tra governanti e governanti viene, insomma, a riprodursi anche all'interno di alcune formazioni sociali (per ciò che è qui di specifico interesse, dei partiti e movimenti politici in genere). L'esito al quale va, dunque, fatalmente incontro la democrazia pluralista è allora paradossale, dal momento che – com'è chiaro – l'associazionismo in genere può ambire a porsi quale espressione di democrazia alla sola condizione che esso per primo, in struttura ed attività, esibisca i tratti più genuinamente espressivi della democrazia stessa<sup>35</sup>.

Il cerchio è così perfetto, avvolgendosi in se medesimo in modo perverso. I partiti sono (e a tutt'oggi restano), infatti, la principale delle formazioni sociali che fanno da ponte tra i componenti la comunità governata e l'apparato governante della Repubblica (in ciascuno degli enti di cui a norma dell'art. 114 si compone e di tutti assieme), commutandosi in veicoli di domande sociali che quindi rappresentano *quodammodo a... se stessi*, vale a dire al personale da essi estratto, in applicazione di "regole" non sempre nitide e stabilmente osservate, e che dà corpo alla rappresentanza politica. Certo, è pur vero che anche altre formazioni dalla più varia natura (economica, religiosa, culturale, ecc.) possono dare (ed effettivamente danno) il loro apporto, giocando un ruolo a volte non secondario nel complessivo funzionamento dell'ingranaggio della democrazia pluralista. Il punto di confluenza è, tuttavia, pur sempre nei partiti, dal momento che

---

una decisa ed organica opera avviata in ambito internazionale e sovranazionale e quindi ulteriormente svolta e perfezionata in ambito interno (qui pure – come si rilevava poc'anzi – a mezzo dello sforzo congiunto prodotto da plurimi attori istituzionali, in sede centrale e periferica, senza peraltro trascurare il proficuo apporto che può e dev'essere prestato dai privati, in forma sia individuale che associata).

<sup>33</sup> Sul fenomeno associativo e il ruolo da esso complessivamente giocato nelle più salienti esperienze costituzionali, riferimenti possono da ultimo aversi da A. RANDAZZO, *Notazioni in tema di formazioni sociali, nel pensiero dei costituenti cattolici e, in particolare, di Giorgio La Pira*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), 1/2023, 31 marzo 2023, 349 ss., con particolare attenzione ai lavori preparatori della Carta e, specificamente, al ruolo al riguardo giocato da G. La Pira.

<sup>34</sup> Si pensi, ad es., al modo con cui si svolgono le c.d. primarie in seno a taluni partiti o movimenti, specie in sede di designazione del segretario politico, offrendosi l'opportunità anche ai non iscritti alle formazioni in parola di concorrere alla scelta: espressione, a prima vista, di democrazia, che nondimeno incide, in non secondaria misura, sul rapporto che dovrebbe in modo esclusivo intrattenersi tra la base degli iscritti e l'apparato di governo in seno alla singola formazione stessa.

<sup>35</sup> Sull'annosa questione della democraticità dei partiti, riferimenti possono aversi da G. VECCHIO, *I partiti. Autonomia associativa e regime europeo di democraticità nella partecipazione politica*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, ESI, Napoli 2016, e, dello stesso, *Contribuzione economica privata ai partiti, metodo democratico, libertà "nei" e "dei" partiti*, in *Scritti in onore di A. Ruggieri*, cit., V, 4547 ss.; A. COSSIRI, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sovranazionale. I fattori normativi*, FrancoAngeli, Milano 2018; T.F. GIUPPONI, *Trasparenza e «metodo democratico» nella più recente legislazione sui partiti politici. Un'attuazione indiretta dell'art. 49 Cost.?* in [Forum di Quaderni costituzionali](http://Forum di Quaderni costituzionali), 10 ottobre 2019; P. MAIR, *Governare il vuoto. La fine della democrazia dei partiti*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2016; M. PERINI, *I partiti e la democrazia interna*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2019; G. DONATO, *Modello costituzionale dei partiti politici e sindacato giurisdizionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021; S. CURRERI, *La democrazia nei partiti politici: nuovi spunti per un tema vecchio*, in *DPCE online*, 1/2021, 19 aprile 2021, 399 ss.; R.L. BLANCO VALDÉS - S. BONFIGLIO - G. MAESTRI, *I partiti politici. Teoria e disciplina*, Wolters Kluwer - Cedam, Padova 2022.

ogni istanza sociale giudicata meritevole di appagamento ha poi da essere comunque portata nelle sedi istituzionali in cui essi s'incarnano ed operano<sup>36</sup>.

4. *Alla ricerca di possibili rimedi alla crisi della rappresentanza politica (e, per ciò pure, al carattere a-democratico dell'ordinamento), al piano istituzionale e più ancora a quello sociale, a mezzo di una capillare ed approfondita opera di rigenerazione culturale della società al fine dell'ottimale radicamento in essa dei valori fondamentali da cui si alimenta l'etica pubblica repubblicana*

Stando le cose così come sono qui viste, è allora da chiedersi se si diano rimedi in grado di ovviare efficacemente ai guasti profondamente radicati nel sistema politico e, di riflesso, in quello istituzionale o, quanto meno, di contenerne fin dove possibile i maggiori, negativi effetti.

Se il cuore della questione si annida nella struttura sociale e presenta carattere culturale, nello stesso luogo e con i medesimi connotati vanno – come si diceva – rinvenuti (perlomeno, fin dove possibile...) i rimedi.

Certo, si può (e si deve) pensare anche a soluzioni di ordine istituzionale, facendo luogo agli opportuni interventi al piano delle regole: eliminando senza rimpianto quelle ormai obsolete ovvero, laddove possibile, aggiornandole e variamente integrandole<sup>37</sup>. Tutto ciò va dunque fatto, nella consapevolezza nondimeno che, per un verso, siffatta opera di rigenerazione normativa resta ad oggi demandata ad un ceto politico dimostratosi palesemente inadeguato a farvi luogo<sup>38</sup> e, per un altro verso, che comunque non è qui – come si diceva – il cuore della questione ora discussa.

Ho maturato da tempo dentro di me il convincimento che il complessivo rifacimento della struttura e delle dinamiche interne ai partiti possa giovare di talune misurate novità al piano delle regole (costituzionali e non<sup>39</sup>), così come circolarmente queste di quelle.

L'esperienza ci insegna al riguardo indicazioni preziose che meritano di essere tenute in attenta considerazione, senza alcun aprioristico orientamento nell'uno ovvero nell'altro senso.

Faccio al riguardo solo un esempio, rimandando ad altri luoghi per ulteriori approfondimenti<sup>40</sup>. Ebbene, molti segni parrebbero avvalorare l'idea che il bicameralismo, più che una risorsa, costituisca ormai un intralcio nelle dinamiche concrete della forma di governo; e, per avvedersene, basti solo pensare al modo affannoso e sofferto con cui viene varata a fine anno, sul filo di lana, la manovra finanziaria<sup>41</sup>, in occasione del cui perfezionamento si registra il sostanziale svilimento del ruolo decisionale spettante al Parlamento (in specie, appunto, al suo ramo chiamato a pronunziarsi per ultimo) e, per ciò stesso, delle forze politiche in esso rappresentate, siano di maggioranza come pure di opposizione. Ed è allora da chiedersi se non sia il caso di commutare l'attuale

---

<sup>36</sup> Non può, d'altronde, che essere così, dal momento che, laddove i partiti non si ponessero più quale sede elettiva di progettazione politica, lo scivolamento dallo Stato *a-democratico* a quello *antidemocratico* sarebbe inevitabile e diverrebbe tosto un fatto compiuto.

<sup>37</sup> Se ne tratta ora nel mio *Riforme costituzionali: quali e perché?* in corso di stampa in [Osservatorio sulle fonti](#), dal quale possono dunque, volendo, aversi maggiori ragguagli.

<sup>38</sup> Basti solo rammentare che nessuno dei tentativi col tempo variamente fatti per riscrivere la Carta, in specie nella sua parte organizzativa, è andato a buon fine, eccezion fatta del varo del nuovo Titolo V, ormai risalente ad oltre vent'anni addietro. Né gli autori dei progetti di riforma, ora più ed ora meno organica, possono scaricarsi di responsabilità assumendo che gli stessi sono comunque stati messi a punto e che sono poi intervenuti fattori esterni ad ostare al loro perfezionamento. In democrazia, infatti, il popolo ha sempre ragione; e la bocciatura di un progetto, quale si è ad es. avuta nel 2016 per quello licenziato dal Governo Renzi, attesta una volta di più il grave e vistoso scollamento che si ha tra rappresentanti e rappresentati.

<sup>39</sup> ... tra le quali quelle dei regolamenti camerali il cui rilievo non richiede di certo di essere qui nuovamente evidenziato.

<sup>40</sup> ... e segnatamente, ancora una volta, al mio scritto da ultimo cit.

<sup>41</sup> V., al riguardo, le indicazioni che sono in L. GIANNITI, *Le "deformazioni" della sessione di bilancio. L'esperienza della XVIII legislatura: quali prospettive per la XIX?* in [Osservatorio costituzionale](#), 2/2023, 7 marzo 2023, 37 ss.

*monocameralismo di fatto* – come lo si è efficacemente chiamato<sup>42</sup> – in uno anche *di diritto* che, lungi dall'apportare una *deminutio capitis* alla rappresentanza politica, potrebbe di contro darvi rinnovato vigore<sup>43</sup>.

Il cuore della questione, nondimeno, come si diceva, non sta nei meccanismi istituzionali, il cui rilievo ad ogni buon conto non è da sottostimare. Se, infatti, la rappresentanza esibisce carenze gravi e viepiù vistose, il rimedio maggiormente efficace va messo in atto nella struttura del corpo sociale da cui la rappresentanza stessa attinge il personale che la incarna e vi dà voce. Occorre, dunque, mettere mano ad un'approfondita opera di rifacimento culturale del tessuto sociale, di sensibilizzazione capillare illuminata dai valori fondamentali iscritti nella Carta ed orientata alla loro massima implementazione possibile, alle condizioni oggettive di contesto. Un'opera che, quindi, si volga a rendere edotti i componenti la comunità statale dei canoni, in ispecie di quelli di natura sostantiva, posti dalla Carta stessa in funzione servente nei riguardi dei valori suddetti. L'etica pubblica repubblicana, infatti, si preserva e trasmette da una generazione all'altra solo se c'è la consapevolezza diffusa e intimamente avvertita dei diritti fondamentali e dei doveri inderogabili di solidarietà enunciati in Costituzione: condizione prima ed indefettibile per la loro traduzione in diritto vivente. La storia, d'altronde, insegna che laddove i diritti non sono in concreto fatti valere e i doveri adempiuti da una parte consistente della comunità, prima o poi finiscono con l'affermarsi pratiche imitative degeneri che portano fatalmente allo sfilacciamento del tessuto connettivo del corpo sociale e, con esso, alla involuzione della forma di Stato, alla sua conversione dunque da *a-democratica* in *antidemocratica*.

Al fine della rigenerazione culturale del corpo sociale (e, di riflesso, della rappresentanza) molto possono (e devono) fare le formazioni di rilievo costituzionale, a partire dalla famiglia e dalla scuola, sulle quali incombe l'onere gravosissimo di porre le basi del modello *wertorientiert* qui sommariamente delineato nei suoi tratti essenziali.

Ora, non è possibile far luogo agli approfondimenti, dei quali è di necessità altra la sede, in ordine a ciò che ciascuna formazione sociale e tutte assieme sono chiamate a mettere in atto allo scopo di dare concretezza all'opera suddetta. Né può tacersi che le formazioni sopra nominate ed altre ancora sono al loro interno afflitte da non rimosse carenze che possono quindi negativamente riflettersi sulla loro azione<sup>44</sup>.

Piaccia o no, non è ad ogni buon conto possibile – com'è chiaro – far appello ad un *deus ex machina* che cali dall'alto o *ab extra* e metta ogni cosa al giusto posto. La società, insomma, può (e deve) rigenerarsi da se medesima, giovandosi in particolare del contributo offerto dalle migliori risorse umane di cui dispone, sollecitate a prestazioni particolarmente gravose, consistenti e continue di solidarietà<sup>45</sup>, all'insegna di quel valore di fedeltà alla Repubblica che ha, sì, plurime e varie espressioni<sup>46</sup> e che, nondimeno, rinviene la sua giustificazione prima proprio in quell'opera di pedagogia costituzionale, in ispecie di orientamento verso i valori fondamentali, di cui si è venuti dicendo.

---

<sup>42</sup> V., in particolare, i contributi ospitati da [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), 3/2022.

<sup>43</sup> Si pensi, ad es., al maggior tempo di cui l'unica Camera rimasta disporrebbe in sede di esame dei decreti-legge.

<sup>44</sup> Con specifico riguardo alla scuola, hanno di recente fatto il punto sul modello costituzionale e le sue maggiori espressioni dell'esperienza AA.VV., *La scuola. Esperienze e prospettive costituzionali*, a cura di M. Cavino e Fulvio Cortese, in *Dir. cost.*, 3/2021; con riguardo, poi, alla condizione scolare degli alunni con disabilità, riferimenti ed indicazioni possono aversi da C. COLAPIETRO, *La scuola inclusiva della nostra Costituzione "personalista", che riconosce e garantisce il "valore della persona" e la "persona come valore"*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, cit., II, 1135 ss.

<sup>45</sup> Su di che, da ultimo e per tutti, S. GIUBBONI, *Solidarietà. Un itinerario di ricerca*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022.

<sup>46</sup> Tra gli studi di maggior spessore che ne hanno fatto oggetto di esame, richiamo qui solo quelli di A. MORELLI, che ne ha ripetutamente discusso (nella forma più organica ne *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013).

Jacopo Ferracuti

**Gli istituti di democrazia diretta a 75 anni dall'entrata in vigore della Costituzione.  
Bilancio provvisorio e prospettive di riforma\***

**ABSTRACT:** *The essay focuses on the tools of direct democracy and on the use that has been made of them in the first seventy-five years since the entry into force of the Italian Constitution. In particular, with reference to the institutions of the petition (art. 50 of the Italian Constitution), of the popular legislative initiative (art. 71 of the Italian Constitution) and of the abrogative referendum (art. 75 of the Italian Constitution), the survey focuses on the identification of the causes of ineffectiveness of such remedies. The mentioned causes, for the first two institutions, are mainly to be recognized in the lack of attractiveness shown by the subsidiaries, as a consequence of the ineffectiveness of the protection offered to them, in the light of the absence of obligations for the Chambers resulting from the presentation of a petition or a popular law proposal. Regarding the referendum, the main problem lies, however, in the abusive use made of it by party-political practice, which has bent its use to its own ends. In the face of this situation, considering the current crisis of the representative system and of the political parties, in the essay are prefigured possible prospects for reform, with the aim of giving new life to direct democracy.*

SOMMARIO: 1. Il principio democratico e la democrazia diretta. – 2. Gli istituti di democrazia diretta nell'esperienza repubblicana. – 3. La petizione. – 4. L'iniziativa legislativa popolare. – 5. Il referendum abrogativo. – 6. Brevi considerazioni conclusive.

1. *Il principio democratico e la democrazia diretta*

I sistemi democratici contemporanei si fondano su due noti assi fondamentali: la democrazia diretta e la democrazia rappresentativa, tratteggiate, nel nostro ordinamento, dall'art. 1 Cost.

È antico il dibattito su come contemperare queste due differenti dimensioni del principio democratico e su come bilanciarle<sup>1</sup>, proprio in virtù del fatto che le modalità di esercizio della sovranità tendono naturalmente «a dissolvere la contrapposizione tra governanti e governati in due sensi diversi, uno massimale [la democrazia diretta, per l'appunto] e l'altro minimale [la democrazia rappresentativa]»<sup>2</sup>.



<sup>1</sup> In relazione all'ordinamento italiano, infatti, ad avviso di G. BALLADORE PALLIERI, *La nuova Costituzione italiana*, Milano, 1948, 14, «nessun altro articolo, forse, dell'intera Costituzione, dà luogo ad altrettanti dubbi e problemi» come l'art. 1, ove si afferma il principio democratico. Ciò, in quanto, a venire in evidenza nel sistema interno per il tramite di tale disposizione è un concetto fondamentale come quello di *jus activae civitatis*, ossia di cittadinanza attiva, che già G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, 1892, trad. it. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, 1912, 151 ss., aveva posto al vertice della scala dei diritti nei rapporti tra cittadino a Stato. A ben vedere, si tratta di dubbi che, più in generale, e andando al di là delle specifiche previsioni dell'ordinamento interno, erano già stati espressi, proprio sullo specifico punto del bilanciamento tra le diverse dimensioni della democrazia, da autorevoli pensatori, come H. KELSEN, *Difesa della democrazia*, in ID., *Essenza e valore della democrazia*, a cura di A. Carrino, Torino, 2004, 23 ss., tr. it. di Id., *Verteidigung der Demokratie*, «Blätter der Staatspartei», Jahrgang 2, Heft 3-4, 1932, laddove l'A., ispirandosi al pensiero di Max Weber, si mostra dell'avviso per cui la specializzazione e la complessità raggiunte dall'ordine sociale (già del proprio tempo) rendevano di fatto impossibile qualsiasi esercizio di democrazia diretta. Tale impostazione, tornando a parlare dell'ordinamento italiano, collide in parte con il pensiero di N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995, secondo cui, invece, democrazia diretta e rappresentativa sono «due sistemi che possono integrarsi a vicenda».

<sup>2</sup> Come osserva M. OLIVETTI, *Art. 1*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, Torino, 2006, in part. 17-18. Il discorso relativo al miglior esercizio possibile del principio democratico è, del resto, antichissimo, e risale a molto prima delle teorizzazioni di Kelsen, per come rammentate nella nota che precede. Si consideri, infatti, che fin dalla Atene del V sec a.C. (su cui, per approfondimenti, può vedersi L. MARCHETTONI, *Breve storia della democrazia. Da Atene al populismo*, Firenze, 2018, in part. 3-19), ci si è resi conto del fatto che uno dei problemi fondamentali della democrazia diretta consiste nella pratica impossibilità di coinvolgere sempre tutti in tutte le decisioni. Ce lo dimostra già il «cattivo» funzionamento della *ἐκκλησία* ateniese (l'assemblea popolare cui partecipavano con diritto di parola e di voto tutti i cittadini nel pieno possesso dei loro diritti) e i tentativi di correggerla



Negli ultimi due secoli, in ogni caso, si è raggiunta una consapevolezza sempre maggiore sul fatto che la democrazia diretta è un concetto storicamente inafferrabile, «se non a prezzo di drammatiche semplificazioni e, comunque, in circostanze del tutto eccezionali», tanto che, si è detto, «sistemi di questo tipo non sono mai stati realizzati»<sup>3</sup>, potendo concretamente darsi – si può aggiungere – solamente in quanto e se li si faccia convivere con quelli rappresentativi<sup>4</sup>.

È per tale ragione che il concetto di sovranità popolare, nelle Costituzioni che lo proclamano, inclusa quella italiana, ha assunto una configurazione del tutto peculiare ed è stato di fatto consegnato alle forme della democrazia rappresentativa, nell'ambito della quale vale a riconoscere al popolo non la funzione di decisore ultimo, bensì di propulsore e controllore dell'attività dei governanti<sup>5</sup>.

Anche nel nostro ordinamento, dunque, è quella della rappresentanza la forma democratica prevalente, pur non mancando, però, rilevanti innesti di democrazia diretta, mediante la previsione degli istituti del *referendum*, della iniziativa legislativa popolare e della petizione<sup>6</sup>.

---

con organi più ristretti. In questo senso, una delle principali critiche mosse alla democrazia, per come praticata nella *polis*, è già in PLATONE, *La Repubblica*, laddove viene nettamente affermato che democrazia è il peggiore dei regimi possibili, perché in essa la persona è libera di agire come vuole e l'azione dell'individuo è singola e non vissuta come parte di un intero. Secondo il filosofo greco, dunque, questa forma di governo rende possibile immaginare una pluralità di regimi che non impongono forme e, a sua volta, proprio questa mancanza di forma comporta necessariamente uno stravolgimento di valori, e, quindi, la mancanza di gerarchia. È precisamente questa libertà che secondo Platone si traduce in assenza di una regola comune, e quindi in anarchia. Lo scritto in questione, più in generale, ci dimostra come già gli antichi avessero prefigurato la “anaciclosi”, ossia la naturale degenerazione delle forme di governo e la loro rotazione. Ovviamente si tratta di distinzioni non sempre nette, in quanto le diverse forme di organizzazione del potere si sovrappongono, si intrecciano, si sostituiscono. In questo senso, si veda POLIBIO, *Storie*, VI, 4, 7-11, laddove, riprendendosi Platone e Aristotele, si afferma che «Si deve dunque ritenere che esistano sei forme di governo. ... Spontaneamente e naturalmente sorge prima di ogni altra forma la monarchia, dalla quale deriva, in seguito alle opportune correzioni e trasformazioni, il regno. Quando questo incorre nei difetti che sono ad esso connaturati e si trasforma in tirannide, viene abolito e subentra al suo posto l'aristocrazia. Quando, secondo un processo naturale, essa degenera in oligarchia e il popolo punisce indignato l'ingiustizia dei capi, sorge la democrazia. Quando questa a sua volta si macchia di illegalità e violenze, col passare del tempo, si costituisce l'oclocrazia. La verità di questa mia affermazione appare chiara a chiunque consideri la nascita, lo sviluppo, la decadenza naturale di ognuna di queste forme; soltanto chi avrà considerato analiticamente l'origine di esse, potrà comprenderne lo sviluppo, la fioritura, la decadenza, la fine e rendersi conto di quando, come e dove ciascuna di esse andrà a terminare».

<sup>3</sup> Come riporta sempre M. OLIVETTI, *op. ult. cit.*, 18, laddove si fa riferimento ai casi della democrazia ateniese, di cui si è già detto nella nota 2, di taluni Cantoni svizzeri di ridotte dimensioni, dei *Town meetings* di alcune città della Nuova Inghilterra e della Comune parigina degli anni 1870 e 1871.

<sup>4</sup> Lo stesso dicasi, però, all'inverso, anche per i sistemi rappresentativi. Tanto gli uni quanto gli altri, infatti, come sottolinea C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, X ed., a cura di F. Modugno - A. Baldassarre - C. Mezzanotte, Padova, 1991, 422, integrano «forme tipiche che non trovano mai, o solo raramente, attuazione integrale e che assumono poi aspetti e funzionalità sostanzialmente diversi, in relazione sia al numero dei cittadini politicamente attivi e sia ai sistemi di voto adottati». Come evidenzia l'A., invero, laddove forme di sola democrazia diretta o di sola rappresentativa sono state realizzate è stato per un fattore di carattere comune, rappresentato dalla ristrettezza del corpo dei cittadini qualificati.

<sup>5</sup> In questi termini si esprime già G. AMATO, *La sovranità popolare nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, I, in part. 93 e 101. Precisa, in ogni caso, V. ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, 2004, 89 che la Costituzione, pur assegnando la prevalenza agli istituti di democrazia rappresentativa, comunque, non segue «l'idea radicale della concentrazione del potere nell'assemblea dei rappresentanti del popolo e nel Governo espresso dalla maggioranza».

<sup>6</sup> Per quanto – come pure si avrà modo di ribadire *infra* – taluno, facendo leva sul fatto che la democrazia diretta propriamente intesa richieda il “popolo adunato”, ossia la compresenza fisica dei cittadini chiamati a deliberare, ha precisato che il *referendum* non integra uno strumento di democrazia diretta, come si è soliti affermare, bensì di democrazia partecipativa. In questo senso, cfr. M. LUCIANI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in AA.VV., *Atti del convegno “Esposito, Crisafulli, Paladin. Tre costituzionalisti nella cattedra padovana”*, Padova, 19-21 giugno 2003, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), ove si mette, per l'appunto, in evidenza che è «per una necessaria opera di pulizia (non solo terminologica, ma) concettuale, che è bene abbandonare ogni riferimento alla democrazia diretta per quegli istituti di partecipazione popolare che, come i nostri *referendum*, sono inseriti in alcune costituzioni rappresentative. Non di democrazia “diretta”, bensì “partecipativa”, insomma, si dovrebbe parlare».

Al riguardo, è particolarmente opportuno rammentare che la *ratio* della previsione nel testo costituzionale del *referendum* (ma il discorso vale anche per gli altri strumenti di democrazia diretta) deve ricercarsi nella volontà dell'Assemblea costituente di introdurre alcuni correttivi alla forma di governo prescelta per il nascente ordinamento repubblicano, con lo scopo di alterare il modello "puro" del parlamentarismo e introdurre qualche rimedio volto a razionalizzare e stabilizzare il nascente sistema parlamentare<sup>7</sup>.

La previsione di meccanismi di diretta partecipazione del popolo alla gestione della cosa pubblica caratterizza, quindi, il sistema italiano: lo allontana dall'idealtipo del modello parlamentare e, al contempo, lo differenzia pure da altri ordinamenti che non li contemplano affatto oppure li relegano a un ruolo secondario<sup>8</sup>.

Proprio con specifico riferimento all'esperienza ordinamentale interna, si può dire che la democrazia diretta ha attraversato un primo, prolungato, periodo in cui è stata relegata in secondo piano dal cruciale ruolo inizialmente svolto dai partiti politici<sup>9</sup> nel consentire al popolo l'esercizio effettivo della propria sovranità<sup>10</sup> (oltreché dell'inerzia legislativa nel consentirne la piena esplicazione). Oggi, però, torna in auge nei discorsi dottrinari come conseguenza delle notorie difficoltà che nell'ultimo periodo storico coinvolgono la rappresentanza partitica.

Infatti, proprio a fronte della attuale e perdurante «crisi del mediatore partitico»<sup>11</sup>, dovuta a differenti e concomitanti fattori<sup>12</sup>, la democrazia diretta dovrebbe venire a occupare quegli spazi

---

<sup>7</sup> Cfr. *Diritto pubblico*, a cura di F. Modugno, IV ed., Torino, 2019, in part. 105. Nello stesso senso, si veda G.E. VIGEVANI, *Art. 75*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole - R. Bin, II ed., 2008, 680.

<sup>8</sup> Come evidenzia G.E. VIGEVANI, *op. ult. cit.*, 678, la scelta della Costituzione italiana si colloca in una posizione originale nel panorama dei maggiori stati europei, che (con l'unica eccezione della Svizzera) si caratterizzano per un uso piuttosto marginale degli strumenti di democrazia diretta, *in primis* il *referendum* (l'A. fa gli esempi di Germania, Spagna e Regno Unito).

<sup>9</sup> In generale, la ricostruzione storica del sistema dei partiti nell'ordinamento italiano, e l'importanza del ruolo da essi svolto sino agli inizi degli anni novanta del secolo trascorso, è evincibile attraverso le opere degli studiosi che, con riguardo particolare a taluni precisi momenti storici, li hanno esaminati, sin dal periodo antecedente alla stessa formazione dello Stato repubblicano (in questo senso, cfr. P. POMBENI, *Partiti e sistemi politici nella storia contemporanea (1830-1968)*, 1994). E così, per ciò che concerne il primo trentennio della storia repubblicana, cfr. M. CALISE - R. MANNHEIMER, *Governanti in Italia. Un trentennio repubblicano (1946-1976)*, Bologna, 1982, mentre per la descrizione del relativo ruolo fino al periodo immediatamente imminente o coevo alla crisi partitica, si vedano, a titolo esemplificativo, G. GALLI, *I partiti politici italiani (1943-1991)*, Milano, 1991; L. PARENTE, *I partiti politici nell'Italia repubblicana (1943-1992)*, Napoli, 1997; T. DE FELICE, *Metamorfosi dei partiti dall'ultimo conflitto mondiale a oggi*, Roma, 1991; ID., *La sconfitta del moderno principe. La partitocrazia in Italia dalle origini al crollo della Prima Repubblica*, a cura di G. Quagliariello, Pordenone, 1993; ID., *Partiti e istituzioni in Italia tra guerra e dopoguerra*, a cura di S. Casmirri, Napoli, 1994; C. VALLAURI, *I partiti politici italiani. Da De Gasperi e Berlusconi*, Roma, 1994.

<sup>10</sup> Come ricorda N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 36, è, infatti, fondamentale il ruolo dei partiti politici, dal momento che la stessa tenuta dello "stato parlamentare" dipende anche dalla forza proprio degli intermediari tramite cui si realizza il rapporto di rappresentanza.

<sup>11</sup> Così ne parlano L. ELIA - G. BUSIA, *Stato democratico*, in *Digesto pubbl.*, XV, Torino, 1999, 70, sottolineando come i partiti politici siano stati più volte qualificati come elemento ostativo alla libera esplicazione della volontà popolare e non più come canale di partecipazione democratica.

<sup>12</sup> In generale, la figura dei partiti politici reca con sé innumerevoli problemi dal punto di vista giuridico, per un'illustrazione accurata dei quali si veda P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982.

Per ciò che concerne, più nello specifico, le cause della crisi in cui sono incorsi, interconnesse alla più ampia crisi istituzionale, cfr. G. PASQUINO, *Crisi dei partiti e governabilità*, Bologna, 1980, nonché ID., *Degenerazioni dei partiti e riforme istituzionali*, Bari, 1982. Esse – pare potersi affermare – sono, comunque, anzitutto da ricercarsi nel tramonto della relativa funzione storica. Come, infatti, rammenta G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, III ed., Bologna, 1993, in part. 304-328, storicamente, si è assistito al passaggio dalla figura del partito di lotta, che ha la «funzione di creare una forza organizzata contro il dominio esistente», a quella del partito di mediazione-integrazione, che si caratterizza per la differente finalità di mediazione tra i diversi gruppi organizzati, al fine della loro integrazione nello Stato esistente. Con l'acquisizione da parte del popolo dei diritti sociali, viene meno lo scopo primario della lotta della prima tipologia partitica, per cui i partiti dell'era moderna, con particolare riferimento all'esperienza italiana, vengono a caratterizzarsi come organizzazioni caratterizzate dall'unione contraddittoria tra due opposte tendenze, quella di selezionare e addestrare i dirigenti dello Stato e degli enti pubblici, e quindi di funzionare come istituzioni dello Stato, e quella di organizzare gli individui e i gruppi sociali, ossia di dare voce ai loro bisogni, anche quando si pongono in conflitto con l'equilibrio esistente. Se, nel primo senso, mette in evidenza l'A., «L'ordinamento repubblicano sancito

interstiziali che si sono manifestati nei rapporti tra governanti e governati<sup>13</sup>, con conseguente recessività della sua classica posizione di strumento solamente residuale di gestione della cosa pubblica, storicamente dovuta al fatto che i tre relativi istituti previsti in Costituzione hanno nei decenni sbiadito la loro portata, divenendo sempre più anacronistici in una società fondata sui nuovi mezzi di comunicazione e, ormai, sul digitale.

È, dunque, precisamente per tale ragione, ossia per verificare se, effettivamente, tali istituti siano stati in grado di colmare il vuoto lasciato dai partiti politici, o se lo siano almeno oggi, che appare necessario soffermarsi, nuovamente, sulle tematiche della democrazia diretta.

Il settantacinquesimo anniversario dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, del resto, ci offre lo spunto più opportuno per farlo.

## 2. Gli istituti di democrazia diretta nell'esperienza repubblicana

Muovendo i primi passi dell'analisi proprio nella prospettiva da ultimo delineata, preme ricordare come l'On. Calamandrei, nel discorso pronunciato all'Assemblea costituente il 4 marzo 1947, si domandava «come i nostri posteri tra cento anni giudicheranno questa nostra Assemblea Costituente ... se la sentiranno alta e solenne come noi sentiamo oggi alta e solenne la Costituente Romana, dove un secolo fa sedeva e parlava Giuseppe Mazzini. Io credo di sì ... credo che i nostri posteri sentiranno più di noi, tra un secolo, che da questa nostra Costituente è nata veramente una nuova storia ...»<sup>14</sup>.

Pur non essendo ancora giunti al traguardo del secolo di vita del testo costituzionale, si ritiene che settantacinque anni costituiscano comunque un lasso di tempo sufficiente per provare a tracciare, in materia di democrazia diretta, un primo bilancio dei lavori della costituente, per come consacrati nei relativi articoli della legge fondamentale.

---

dalla nostra Costituzione è impensabile senza i partiti», nel secondo senso, «questi stessi partiti sono uno spossessamento del popolo, una prevaricazione nei suoi confronti», che ne determina, come conseguenza, l'allontanamento del popolo medesimo dalle relative dinamiche.

Ben descrive la differente funzione svolta dai partiti politici nell'assetto democratico italiano, con particolare riguardo al mutamento di qualità in essi verificatosi soprattutto nei primi anni novanta del secolo scorso E. ROSSI, *Partiti politici*, in *Diz. Dir. Pubbl.*, V, Milano, 2006, in part. 4149-4150. Ma la crisi del sistema dei partiti deve rinvenirsi anche nel fenomeno del «multipartitismo estremo», come lo definisce L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 654 ss., che è stato prodotto (o, comunque, in negativo, non ostacolato) da sistemi elettorali di tipo proporzionale, il quale, soprattutto dagli anni ottanta del secolo scorso in poi, è stato percepito come un ostacolo al potere di scelta degli elettori. In questo senso, cfr. G. PITRUZZELLA, *Verso una democrazia maggioritaria: ambiguità e limiti dell'ingegneria costituzionale in Italia*, in *Modelli istituzionali e riforma della Costituzione*, a cura di R. Di Leo - G. Pitruzzella, Bologna, 1999, 329. Così come un ulteriore fattore è da ravvisarsi pure nell'assetto del tutto de-regolato dei partiti politici italiani (che mette in evidenza, tra gli altri, F. LANCHESTER, *La propaganda elettorale e referendaria in Italia tra continuità sregolata e difficile rinnovamento*, in *Quaderni cost.*, 1996, 394), che ha contribuito alla decadenza della figura in questione e della relativa importanza nelle dinamiche ordinamentali. In aggiunta a quelli «tradizionali» di cui si è dato conto, un ultimo elemento di crisi, più recentemente venuto a emersione, è quello legato all'evoluzione tecnologica: in questo senso, ad esempio, F. MANCINI, *Il post partito. La fine delle grandi narrazioni*, Bologna 2015, 20 ss. (dell'eBook), mutuando l'espressione da F. RANIOLO, *Le trasformazioni dei partiti politici*, Soveria Mannelli, 2004, parla di sopravvenuta «ridonanza» dei partiti politici, nel senso che la sovrabbondanza informativa (dovuta, dapprima, allo sviluppo del sistema radiotelevisivo e, dopo, alla diffusione di internet) ha determinato l'apparente inutilità di alcune delle funzioni classiche da questi svolte nei sistemi di democrazia rappresentativa. Il complesso dei fattori evidenziati conduce, in definitiva, a parlare di «degenerazione del ruolo svolto dai partiti politici nel sistema politico italiano»: in questo preciso senso, cfr. M. OLIVETTI, *Art. 1*, cit., 25.

<sup>13</sup> Si tratta di rapporti che, per contro, dovrebbero essere garantiti proprio dai partiti politici. Infatti, come è stato evidenziato da autorevoli studiosi del calibro di V. CRISAFULLI, *Stato popolo governo*, 1985, 211, C. ESPOSITO, *La Cost. it.*, 1954, 219, e G.C. FERRARA, *Rass. dir. pubbl.*, 1965, sono i partiti, per l'appunto, lo strumento fondamentale di collegamento tra la sovranità popolare e le istituzioni rappresentative.

<sup>14</sup> Per l'intero discorso pronunciato dall'On. Calamandrei, si rinvia a *Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa*, Roma, 2019, 467-502, in part. 501-502.

È proprio in questa prospettiva che ad esempio Alfonso Celotto, nella prefazione di una delle sue ultime opere specificamente dedicata alla Costituzione, scrive: «Non ci sono parole migliori di quelle di Piero Calamandrei in Assemblea Costituente, per cogliere il senso profondo della nostra Carta fondamentale. Una Carta scritta per guardare lontano, non per risolvere i problemi immediati del dopoguerra. Era il 4 marzo 1947.

“Secondo me è un errore formulare gli articoli della Costituzione collo sguardo fisso agli eventi vicini, alle amarezze, agli urti, alle preoccupazioni elettorali dell'immediato avvenire in mezzo alle quali molti dei componenti di questa Assemblea già vivono. La Costituzione deve essere presbite, deve vedere lontano, non essere miope ...”<sup>15</sup>.

Preso atto di tale intento, nell'ottica di quanto più sopra evidenziato, possiamo e dobbiamo iniziare a domandarci se la nostra Costituzione ha saputo davvero guardare lontano. Dal momento che negli ultimi anni si sono aperte sfide nuove, come quelle della democrazia digitale e della tecnocrazia, tanto per citarne alcuna, va verificato se e quanto la carta costituzionale è stata, ed è, in grado, di farvi fronte.

Ciò, con specifico riferimento all'oggetto della presente analisi, alla luce della crisi della rappresentanza politica e del più recente avvento del digitale, ci porta allora a porci la seguente domanda: che giudizio può darsi dell'impiego degli istituti di democrazia diretta nell'ambito della storia costituzionale repubblicana?

Senza voler entrare nel merito della discussione legata alla stessa correttezza dell'impiego dell'espressione “democrazia diretta”, nonché di quella (connessa) relativa alla ricomprensione in esso degli strumenti che vi sono comunemente ricondotti<sup>16</sup>, sia in senso estensivo che riduttivo<sup>17</sup>, dall'analisi della prassi e dei dati che la stessa ci consegna, si può provare a tracciare un primo (e ontologicamente provvisorio) bilancio.

L'obiettivo avuto di mira, dunque, non è quello di indagare a fondo i contorni teorici della petizione, dell'iniziativa legislativa popolare e del *referendum* (con l'ulteriore precisazione per cui, di esso, si tratterà della sola dimensione abrogativa, in quanto tipologia di cui si è fatto un utilizzo maggiore nell'arco di tempo considerato), già messi fin troppo in evidenza in dottrina, quanto piuttosto di concentrarsi sullo “stato dell'arte” di tali istituti, ossia sulla pratica utilizzazione che di essi è stata fatta nel corso della storia repubblicana.

---

<sup>15</sup> Cfr., in tal senso, A. CELOTTO, *La Costituzione presbite*, Milano, 2022, 11.

<sup>16</sup> Il riferimento – come già evidenziato alla nota 6 – è alle note opinioni espresse, tra gli altri scritti, da M. LUCIANI, Art. 75, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca - A. Pizzorusso, Bologna - Roma, 2005, ove è stato sostenuto che, per trattare di istituti partecipativi, tipo il *referendum*, che si innestano nel sistema rappresentativo, sarebbe più corretto parlare in proposito di «democrazia partecipativa». Secondo l'A., invero, il *referendum* non è un istituto di democrazia «diretta», bensì un «istituto di democrazia rappresentativa [e più precisamente di un suo sottomodulo che possiamo definire rappresentativo-referendario]»: cfr. in tal senso, anche le nette affermazioni contenute in M. LUCIANI, *Referendum nel diritto costituzionale*, in *Diz. Dir. Pubbl.*, V, Milano, 2006, in part. 4956-4957, nonché ID., *Il referendum. Questioni teoriche e dell'esperienza italiana*, in *Revista catalana de dret públic*, n. 37/2008, 157 ss., e, infine, ID., *Intervento alla Tavola Rotonda AIC, Roma, 1° marzo 2019, “Iniziativa legislativa e referendum, le proposte di revisione costituzionale”*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1-2/2019, 12 aprile 2019, in part. 202, ove l'A., riconnettendo l'impiego del termine “democrazia diretta” all'approssimazione del linguaggio politico, afferma come essa, comunque, «non dovrebbe mai contaminare quello tecnico-scientifico e lo studioso che continua a parlare del *referendum* come di un istituto di democrazia diretta si assume una grave responsabilità». Per completezza, va rammentato come vi sia anche chi ne ha proposto una classificazione ancora diversa, considerando il *referendum* come manifestazione di democrazia semi-diretta: cfr., in tal senso, M. VOLPI, *Referendum nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, in part. 497, mediante richiamo agli Autori citati nella nota 7.

<sup>17</sup> In questo senso, un'opera di delimitazione è compiuta da M. VOLPI, *Referendum e iniziativa popolare: quale riforma?* in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2016, in part. 6-8, ove viene evidenziato che il concetto di «democrazia diretta» nulla ha a che vedere con quello di «democrazia immediata». Secondo l'A., non possono essere ricompresi nel novero degli istituti di democrazia diretta né le primarie (con le quali si fa ricorso al voto dei militanti o elettori di un partito o di una coalizione per selezionare i candidati alle elezioni politiche), e né la revoca popolare (mediante la quale, invece, su iniziativa di un certo numero di cittadini, il corpo elettorale può decidere la destituzione del titolare di una carica elettiva).

Il fine – si è anticipato – è verificare se gli istituti comunemente definiti di democrazia diretta, dal 1948 a oggi, abbiano funzionato, se abbiano, cioè, assolto al compito che era stato loro affidato nel momento in cui, seppur con grandi cautele<sup>18</sup>, vennero consacrati nel testo costituzionale, nonché di capire quale prospettiva si apre oggi dinanzi a ciascuno di essi.

E questo perché – per anticipare le conclusioni – pare possibile convenire con quanti ritengono che, a seguito di una lunga esperienza istituzionale, tali istituti sono stati, dapprima, contrastati e, poi, male attuati o addirittura trasformati rispetto alle originarie aspettative<sup>19</sup>, risultando pertanto necessario trattarne con sguardo riformatore.

Per giustificare l'affermazione, occorre, però, andare più a fondo con l'analisi di ciascuno di essi, alla quale, pertanto, sono dedicati i paragrafi che seguono.

### 3. La petizione

Premesso quanto sopra, assumendo come parametro l'impatto in senso crescente avuto sulla prassi costituzionale, tra i meccanismi di democrazia diretta – ancorché taluno abbia dubitato di tale sua qualificazione<sup>20</sup> – ci si deve anzitutto soffermare sul diritto di petizione.

Si tratta di un istituto “quiescente”, cui occorrerebbe dare linfa nuova nelle (e alla luce delle) dinamiche parlamentari e partitiche attuali<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Di cautela nella loro introduzione a opera dei padri costituenti, mediante rinvio a V.A. BALDASSARRE, *Referendum e legislazione*, in *Referendum*, a cura di M. Luciani - M. Volpi, Roma-Bari, 1992, in part. 38-39, parla M. VOLPI, *Referendum e iniziativa popolare: quale riforma?* cit., 15, laddove l'A. individua due ragioni dell'accoglimento parziale e riduttivo degli istituti di democrazia diretta nel testo costituzionale: «una nobile, l'altra conservatrice. La prima derivava dalla necessità di valorizzare il ruolo della rappresentanza politica e di un Parlamento fondato sui partiti di massa, che avrebbe sempre consentito ai cittadini di trovare un sicuro punto di riferimento per far valere i loro interessi e le loro proposte. In tale quadro il ricorso alla democrazia diretta, e in particolare al *referendum*, visto come un istituto divisivo e ispirato ad una logica maggioritaria, doveva essere circoscritto per evitare il rischio di introdurre elementi di plebiscitarismo, come quelli presenti nella Costituzione di Weimar e che avevano caratterizzato i regimi autoritari in Italia e in Germania. La seconda ragione derivava da una cultura ancora debitrice di un'impostazione statalistica, che concepiva il popolo come “elemento costitutivo” dello Stato e quindi considerava l'elezione dell'organo rappresentativo come la massima e quasi unica espressione della sovranità popolare. Ne derivava una sottovalutazione degli effetti positivi che ai fini della partecipazione popolare avrebbero potuto svolgere più robusti istituti di democrazia diretta».

<sup>19</sup> Questo il pensiero di M.C. GRISOLIA, *Democrazia diretta e rappresentativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, in part. 2.

<sup>20</sup> Cfr. R. ORRÙ, *Art. 50*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, Torino, 2006, 1002-1015, il quale, mediante rinvio a L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1991, evidenzia come si possa dubitare della sua «sussunzione nel novero degli istituti di democrazia diretta, qualora con questa formula, secondo l'impostazione che appare preferibile, si intenda far riferimento a quegli strumenti che, in rigorosa e profonda connessione con il principio di sovranità popolare, realizzano - integrando e correggendo le istituzioni rappresentative - un diretto coinvolgimento dei cittadini nell'adozione di scelte politiche». In tal senso, si vedano anche R. D'ORAZIO, *Petizione (diritto di)*, *Diz. Dir. Pubbl.*, V, Milano, 2006, in part. 4286-4287, e P. ADDIS, *Il diritto di petizione in tempi di pandemia: alcune osservazioni a partire dall'ord. n. 32 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2022, I, in part. 391-392, ove se ne mettono in evidenza le differenze strutturali, tanto con il *referendum* abrogativo, quanto con l'iniziativa popolare diretta. CONTRA: cfr. A. MANZELLA, *Il parlamento*, Bologna, 1977, 53, secondo cui la petizione è a pieno titolo uno «strumento polivalente di democrazia diretta», nonché P. STANCATI, *Petizione (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1983, 598 ss., e F. COSSIGA, *Diritto di petizione e diritti di libertà*, in *Foro padano*, 4, 1951, 296, per cui il diritto di petizione consente ai cittadini di realizzare una forma di partecipazione diretta alla formazione della volontà del Parlamento, senza l'intermediazione dei partiti politici. Una posizione ancora differente è espressa poi da L. CIAURRO, *Petizione collettiva e conflitti di attribuzione*, in *Rassegna parlamentare*, I, 1998, 374, che sembra riconoscere simile (parziale) natura solamente alle petizioni collettive, sulla base della loro assimilabilità, al ricorrere di determinate condizioni, al *referendum* consultivo: petizioni che, per tale ragione, rappresentando una forma qualificata dall'art. 50 Cost. di manifestazione del pensiero, e alla luce della finalizzazione a tenere tendenzialmente aderenti alla volontà popolare gli organi rappresentativi nell'esercizio del mandato ricevuto, vengono qualificate dall'A. come istituti di democrazia «semi-diretta».

<sup>21</sup> Anche in ragione della sua idoneità «a dotare di un rinnovato senso e contenuto i modi di «determinazione della politica nazionale», potendo esso costituire un «termometro politico delle istanze sociali, tanto più valido là dove

Ma procediamo con ordine.

Il diritto di petizione, previsto e disciplinato in Italia dall'art. 50 Cost.<sup>22</sup>, designa in linea generale, la possibilità di rivolgersi a un'autorità al fine di rappresentare determinate esigenze, ovvero di sollecitare l'adozione di particolari provvedimenti<sup>23</sup>.

Nonostante le origini antichissime<sup>24</sup>, la previsione già in epoca statutaria<sup>25</sup> e la relativa valenza di strumento di partecipazione popolare all'assunzione delle decisioni pubbliche senza particolari limitazioni<sup>26</sup>, la sua scarsa utilizzazione (ed efficacia) nell'ordinamento repubblicano è resa fin troppo evidente dalle espressioni impiegate da chi, in dottrina, ha avuto modo di trattarne. Della petizione, infatti, si parla come della "cenerentola" degli istituti di democrazia diretta<sup>27</sup>, di una "sorta di fossile"<sup>28</sup>. Si fa riferimento a un istituto "desueto e inattuale"<sup>29</sup>, avente un mero "ruolo ancillare"<sup>30</sup>, la cui previsione nel testo costituzionale affonderebbe le proprie radici in un semplice "omaggio alla tradizione" voluto dai padri costituenti<sup>31</sup>.

A settantacinque anni dall'entrata in vigore del testo costituzionale, dunque, a venire in evidenza è uno strumento oramai derelitto<sup>32</sup>.

dovesse radicarsi su di un terreno «culturale» ben disposto al riguardo». In questi termini, si esprime L. TRUCCO, *Art. 50*, in Aa.Vv. (curr.) *La Costituzione italiana*, I, Bologna, 2021, 318-321.

<sup>22</sup> Art. 50 Cost.: «Tutti i cittadini possono rivolgere petizioni alle Camere per chiedere provvedimenti legislativi o esporre comuni necessità».

<sup>23</sup> Cfr., tra i tanti, R. ORRÙ, *Petizione (diritto di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, 100.

<sup>24</sup> Le origini del moderno diritto di petizione vengono fatte risalire, nientemeno, che alla *Magna Charta* del 1215, recante il solenne impegno del monarca secondo cui «a nessuno venderemo, o negheremo, o differiremo il diritto o la giustizia», pur apparendo più diretto e sicuro il riferimento offerto, sempre nell'ordinamento inglese, dal punto I-5 del *Bill of Rights* del 1689, secondo cui «è diritto dei sudditi avanzare petizioni al re, e ... tutti gli arresti e le procedure d'accusa per tali petizioni sono illegali». In generale, per un'amplessima ricostruzione storica della genesi dell'istituto della petizione si veda R. ORRÙ, *Petizione (diritto di)*, cit., in part. 110-112. Ma si vedano anche E. SPAGNA MUSSO, *Note sul diritto di petizione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 12, 1, 1957, in part. 3-60; A. COCCIA, *Art. 50*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca - A. Pizzorusso, Bologna, 1992, 50; P. STANCATI, *Petizione (dir. cost.)*, cit., 603.

<sup>25</sup> Lo Statuto Albertino prevedeva e disciplinava capillarmente il diritto di petizione, nei suoi aspetti procedurali, agli artt. 57 e 58. La prima disposizione, in particolare, stabiliva che «Ognuno che sia maggiore di età ha il diritto di mandare petizioni alle Camere, le quali debbono farle esaminare da una Giunta, e, dopo la relazione della medesima, deliberare se debbano essere prese in considerazione, ed, in caso affermativo, mandarsi al Ministro competente, o depositarsi negli uffizii per gli opportuni riguardi». La seconda, invece, aggiungeva: «Nissuna petizione può essere presentata personalmente alle Camere. Le Autorità costituite hanno solo il diritto di indirizzar petizioni in nome collettivo». Tra i diritti politici, proprio quello di petizione è stato uno dei pochi (insieme solo al diritto di accesso alle cariche civili e militari) a beneficiare di una disciplina effettiva in epoca statutaria.

<sup>26</sup> In questo senso, ad esempio, già M.G. MANFREDINI, *Il diritto di petizione come istituto di democrazia diretta*, in *Foro padano*, 8, 4, 1953, 56, sottolinea per il diritto di petizione l'assenza di limitazioni del tipo di quelle previste per il referendum abrogativo dall'art. 75, comma 2, Cost., circa il novero delle leggi che ne possono essere oggetto, potendosi richiedere, mediante petizione, qualsiasi tipo di provvedimento legislativo.

<sup>27</sup> Così la definisce P. CARNEVALE, *I rischi dell'utopia della c.d. democrazia diretta*, in *Nomos*, 1/2020, 2.

<sup>28</sup> Cfr. P. ADDIS, *Il diritto di petizione in tempi di pandemia ...*, cit., 395.

<sup>29</sup> Si veda R. ORRÙ, *Art. 50*, cit., 1014, nota 88.

<sup>30</sup> L'espressione è di D. PICCIONE, *Gli istituti di partecipazione nei regolamenti parlamentari all'avvio della XVII legislatura: cronaca di una riforma annunciata, ma ancora da meditare*, in *Osservatorio costituzionale*, maggio 2013.

<sup>31</sup> Ne dà conto F. LIENA, *La petizione*, in *Le nuove "sfide" della democrazia diretta*, a cura di A. Celotto - G. Pistorio, Napoli, 2015, 5.

<sup>32</sup> G. GRASSO, *I diritti della sfera politica*, in *Trattato di diritto costituzionale*, vol. III, a cura di M. Benvenuti - R. Bifulco, in part. 396, lo definisce come un «diritto politico "negletto"». L'A. individua le cause di questa secondarietà del ruolo della petizione nell'evoluzione del contesto storico-politico. Ne evidenzia, infatti, il grande rilievo avuto nel corso di tutto l'Ottocento liberale (quando il diritto di voto, riconosciuto solo agli uomini, era ulteriormente circoscritto su base censitaria e culturale e i partiti politici, composti da notabili locali, erano qualcosa di completamente diverso da ciò che avrebbero rappresentato nel Novecento) e il decadimento che ne ha caratterizzato, invece, la fase successiva. Infatti, «con il suffragio universale e l'affermazione dei partiti di massa e di un vero e proprio Stato dei partiti, il diritto di petizione è divenuto, invece, nelle costituzioni democratiche un istituto del tutto secondario, irrilevante, quasi anacronistico, come si è scritto da più parti guardando in particolare all'art. 50 Cost.» (*ivi*, 356). Viene specificato come sia stato soprattutto il riconoscimento del diritto di voto a suffragio universale ad aver determinato la contrazione dello spazio di azione del diritto di petizione (*ivi*, 381).

Del resto, non poteva essere altrimenti se già dalla disamina dei lavori dell'Assemblea costituente emerge chiaramente lo scarso interesse e la minima considerazione per le problematiche afferenti l'istituto in parola<sup>33</sup>, tanto che, leggendo l'art. 50 Cost., che di quei lavori rappresenta il frutto, «si fa fatica a trarre elementi atti a chiarire il ruolo di tale istituto nel nuovo assetto costituzionale, in presenza di mezzi assai più potenti ed efficaci di espressione dell'opinione pubblica (partiti, media, iniziativa legislativa, *referendum* abrogativo etc.)»<sup>34</sup>.

Ecco il punto: occorre chiedersi quale sia oggi il ruolo della petizione nel nostro ordinamento. L'analisi della prassi repubblicana può essere d'ausilio per comprenderlo.

Essa, come anticipato, mostra il quadro di un utilizzo molto parco dell'istituto in questione. Come è stato evidenziato, infatti, anche a voler considerare distintamente i due rami del Parlamento, di rado si è raggiunto il centinaio di petizioni annualmente presentate<sup>35</sup>, ancorchè, in realtà, più di recente il dato sia notevolmente incrementato<sup>36</sup>.

Neppure tale elemento, tuttavia, è in grado di scalfire l'attualità della definizione del diritto di petizione come di un «ramo secco del nostro sistema, il cui scarso rendimento è sotto gli occhi di ciascuno»<sup>37</sup>. A ben vedere, infatti, l'aumento delle petizioni presentate non è elemento, da solo, in grado di migliorare le *performances* dell'istituto, in quanto le cause della sua resa, finora insufficiente, sono da distribuirsi tra più fattori.

Possono individuarsi, al riguardo, almeno quattro differenti ordini di problemi.

Il primo concerne sicuramente la scarsa attrattiva che l'istituto ha storicamente manifestato nei riguardi dei cittadini, i quali, spesso, hanno esercitato il relativo diritto in maniera quantomeno inadeguata, sotto un duplice profilo.

È, infatti, anzitutto, accaduto che siano state presentate petizioni stravaganti<sup>38</sup>, vaghe o generiche, le quali, per tali ragioni, hanno sicuramente contribuito a depotenziare lo strumento: invero «le pur frequenti richieste dal contenuto fantasioso o pretestuoso sono spesso superate per numero da istanze caratterizzate da genericità e imprecisione tali da renderle inidonee allo scopo di sollecitare l'adozione di specifici provvedimenti»<sup>39</sup>. L'invio di petizioni di tal fatta non può che

---

<sup>33</sup> La disamina degli atti contenenti i lavori preparatori alla Costituzione ci offre, infatti, il quadro di un dibattito alquanto frettoloso in ordine al diritto di petizione. Invero, l'unico elemento sul quale, davvero, andò in scena una pur rapida discussione fu quello relativo alla costituzionalizzazione della petizione a carattere generale (la c.d. *petizione public*), ovvero a carattere personale (la c.d. *petizione plainte*). In questo senso, cfr. seduta del 22 maggio 1947, in *Atti dell'Assemblea Costituente*, III, 1876 ss. Di dibattito dal tenore «scarso» parla, ad esempio, A. COCCIA, *Art. 50*, cit., 50.

<sup>34</sup> Così, G.E. VIGEVANI, *Art. 50*, cit., 513.

<sup>35</sup> Ne dà conto R. ORRÙ, *Art. 50*, cit., 1010, il quale, alla nota 54, riporta il dato, davvero significativo, delle legislature XII e XI della storia repubblicana, nel corso delle quali vennero presentate, rispettivamente, solo 174 e 179 petizioni alle Camere. Lo stesso A. rappresenta, tuttavia, anche l'impennata verificatasi nel corso della XIII legislatura, allorché il dato è salito sino a 1184 istanze presentate. Un numero che si è poi mantenuto costante anche nelle legislature successive.

<sup>36</sup> Nel corso dell'ultima legislatura, la XVIII, infatti viene, ad esempio, in evidenza il dato delle 1003 petizioni presentate alle Camere (tale dato emerge dalla consultazione del [sito istituzionale](#) del Parlamento dedicato alla legislatura in parola). Ancor più alto è stato il numero di quelle presentate nel corso della XVII, pari a 1384 (anche tale dato è stato tratto dalla consultazione del [sito istituzionale](#) del Parlamento). In generale, rispetto al passato il *trend* pare migliorato: come riporta, infatti, il dossier *Il diritto di petizione in prospettiva istituti e confronto*, del dicembre 2019, del Servizio Studi del Senato, 11, nota 18, «Per un confronto tra legislature durate 5 anni si riportano i seguenti dati: XVII legislatura (2013-2018), al Senato sono state presentate 1688 petizioni, mentre alla Camera 1384; XVI legislatura (2008-2013), al Senato sono state presentate 1687 petizioni e alla Camera 164». Di tale incremento nel numero delle petizioni presentate dà conto G. GRASSO, *I diritti della sfera politica*, cit., 381, rammentando come l'incremento si sia prodotto a partire dalla XIII legislatura. Da quel momento, rileva l'A., il numero delle petizioni presentate all'anno, tanto alla Camera quanto al Senato, ha superato ampiamente la soglia del migliaio.

<sup>37</sup> L'espressione è di P. CARNEVALE, *I rischi dell'utopia della c.d. democrazia diretta*, cit., 2.

<sup>38</sup> Ne riporta un esempio F. LIENA, *La petizione*, cit., 17, ricordando le «petizioni presentate nel corso della XVI legislatura riguardanti “norme in favore dei pazienti incontinenti” o la “regolamentazione della pratica del naturismo” o ancora per “limitare l'utilizzo di inflessioni dialettali nella pubblicità televisiva”».

<sup>39</sup> Cfr. R. ORRÙ, *Art. 50*, cit., 1010. L'assunto è ripreso anche da G. GRASSO, *I diritti della sfera politica*, cit., 381, che ne ha evidenziato l'incidenza sull'inerzia nel riscontro da parte del Parlamento, il quale, sostiene l'A., «ha approfittato della circostanza che un gran numero di petizioni mal si presta ad avere un seguito».

ricollegarsi funzionalmente alla poca considerazione che dell'istituto stesso serpeggia nella collettività. È la conclamata inefficacia del rimedio a determinare, cioè, l'abbassamento della soglia di attenzione dei cittadini all'atto della relativa presentazione.

Ma non è solo questo il problema.

Non si può, infatti, dimenticare che, come molti altri, anche l'istituto della petizione è stato piegato dagli stessi consociati a utilizzi non consoni e del tutto strumentali: basti pensare, ad esempio, ai casi, anche più recenti, di petizioni adoperate «al solo scopo di portare all'attenzione di questa Corte [costituzionale] gli asseriti vizi di legittimità costituzionale» di leggi e/o atti aventi forza di legge nella dimensione del conflitto interorganico<sup>40</sup>.

Le “colpe” per l'attuale situazione in cui versa il diritto in parola vanno, a ogni modo, equamente condivise, e non possono essere attribuite solo alla sfera dei cittadini.

Infatti, altra causa dello scarso ricorso alla petizione è stata da taluno rinvenuta anche nell'operato del legislatore, la cui protratta indifferenza verso l'introduzione di misure atte a metterne efficacemente in risalto l'idoneità a operare come strumento di impulso politico e di democrazia partecipativa – si è detto – ha contribuito a dar luogo al desolante quadro attuale<sup>41</sup>.

Ma il depotenziamento dell'istituto è in larga parte, e soprattutto, dovuto alla larga esegesi che è prevalsa delle previsioni dei regolamenti parlamentari in materia di oneri che per le Camere discendono dall'intervenuta presentazione di petizioni. Infatti, dal momento che non è possibile individuare in esse alcun elemento di obbligatorietà rispetto all'esame delle istanze di cittadini<sup>42</sup>, si è affermata e consolidata l'interpretazione per cui le relative deliberazioni dei due rami del Parlamento siano solamente eventuali, e ciò nonostante il cortocircuito che in tal modo viene chiaramente a determinarsi rispetto all'essenza della stessa previsione costituzionale del diritto<sup>43</sup>.

Le Camere, in altre parole, avrebbero, dunque, solamente un mero “dovere di presa d'atto” della petizione e di trasmissione della stessa alla competente Commissione, ai fini della predisposizione delle procedure finalizzate a giungere a un'eventuale valutazione nel merito della richiesta avanzata<sup>44</sup>, ma nulla di più, come del resto confermato anche dalla giurisprudenza costituzionale<sup>45</sup>.

L'impatto di tale elemento sulle potenzialità dell'istituto è fin troppo evidente, perché – si passi l'espressione – finisce per “mutilarlo”: il rimedio, infatti, può essere efficace solamente in quanto si garantisca che alla petizione del cittadino venga fornito riscontro da parte degli organi parlamentari. Altrimenti, l'istanza è *tamquam non esset*; rischia, cioè, di rimanere (come praticamente quasi sempre accade) lettera morta.

---

<sup>40</sup> È il caso ad esempio – come afferma lo stesso giudice costituzionale – del conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato dichiarato inammissibile con l'[ordinanza n. 32 del 2022](#), nonché di quello risolto, sempre negativamente in punto di ammissibilità, con l'[ordinanza n. 254 del 2021](#), che, come afferma la Corte, era stato «promosso al solo scopo di portare impropriamente all'attenzione della Corte costituzionale gli asseriti vizi di legittimità costituzionale del d.l. n. 111 del 2021 e della legge di conversione».

<sup>41</sup> Così, R. D'ORAZIO, *Petizione (diritto di)*, cit., 4286.

<sup>42</sup> Nello specifico, a venire in evidenza sono gli artt. 140 e 141 del Regolamento del Senato della Repubblica, e 33 e 109 del Regolamento della Camera dei deputati.

<sup>43</sup> Lo mette ben in evidenza R. D'ORAZIO, *Petizione (diritto di)*, cit., 4289, secondo cui «Simili soluzioni ermeneutiche, in tutta evidenza, non sembrano collimanti con l'essenza stessa dell'istituto come delineato dal testo costituzionale, di strumento di diretta comunicazione tra i cittadini e i loro rappresentanti in Parlamento. Una lettura meno riduttiva delle norme regolamentari, e protesa a mettere nel giusto valore l'istituto, potrebbe far diversamente propendere verso una riscostruzione della discrezionalità delle camere limitata alla decisione di prendere o meno in considerazione il contenuto della petizione, dopo però che alla medesima sia stato dato corso sotto il profilo procedurale, sì da pervenire – in questo caso, obbligatoriamente – ad una pronuncia di ordine processuale, sia essa la declaratoria di inammissibilità ovvero la decisione di abbinamento, o il cui tenore già implichi un esame e una pur negativa valutazione di ordine sostanziale, come l'archiviazione».

<sup>44</sup> Tra i tanti, sul punto, si può rinviare a R. ORRÙ, *Art. 50*, cit., 1006.

<sup>45</sup> Si veda, ad esempio, la già citata [ordinanza n. 254 del 2021](#), laddove viene evidenziato che «la presentazione di una petizione, a differenza di quanto preteso dal ricorrente, non determina un obbligo per le Camere di deliberare sulla stessa, né tantomeno di recepirne i contenuti, bensì un mero dovere di acquisirne il testo e assegnarlo alle commissioni competenti».



Ma analogo rilievo deve attribuirsi, infine, anche a un ulteriore elemento, legato questa volta allo sviluppo tecnologico<sup>46</sup>. Ci si intende particolarmente riferire alla creazione (ma anche allo sviluppo e implementazione) di altri e differenti mezzi di espressione dell'opinione pubblica, nonché di ulteriori strumenti di difesa degli interessi dei singoli, che, in modo più efficace della petizione rivolta al Parlamento (ancorché, eventualmente, collettiva), possono assolvere alla relativa funzione istituzionale<sup>47</sup>. In questo senso, infatti, un'istanza avanzata da un qualsiasi utente su un social network (come può essere ad esempio twitter) può sortire – e anzi normalmente sortisce – maggior effetto nell'opinione pubblica e determinare le reazioni della dinamica politica, molto più di una petizione inviata alla Camera o al Senato<sup>48</sup>. Non a caso, per le medesime ragioni, sono oramai molte di più le petizioni che vengono lanciate *on line* su piattaforme private, che quelle che vengono pubblicamente indirizzate al circuito parlamentare<sup>49</sup>.

Sul punto, è comunque d'obbligo precisare che a venire in considerazione non è una questione nuova, quanto, piuttosto, un problema antico<sup>50</sup>, ancorché intriso di elementi di novità. Si consideri, invero – a conferma – come già nel corso dei lavori di predisposizione del testo costituzionale, nell'ambito della Commissione per gli Studi attinenti alla Riorganizzazione dello Stato (la c.d. Commissione Forti), vennero avanzate serie perplessità in merito al mantenimento dell'istituto nel sistema repubblicano, proprio sulla scorta della considerazione relativa all'intervenuto ampliamento dei mezzi di comunicazione e degli strumenti di difesa del singolo dinanzi alle autorità<sup>51</sup>.

Se questa era la situazione negli anni immediatamente precedenti all'entrata in vigore della Costituzione, è di tutta evidenza che a oggi, dato lo sviluppo dei mezzi tecnologici *medio tempore* venuto a determinarsi, il problema deve dirsi a maggior ragione sussistente, e va, quindi, conseguentemente affrontato<sup>52</sup>.

Sempreché, ovviamente, si intenda preliminarmente convenire con quanti ritengono che al diritto di petizione vada confermata la cittadinanza all'interno dell'ordinamento.

A fronte delle pur conclamate difficoltà applicative dello strumento, invero, non sembra che la via della relativa soppressione sia la soluzione al problema. Se non altro, e prima di tutto, perché

---

<sup>46</sup> In dottrina, il diritto di petizione è stato comparato, quanto a efficacia, con altri strumenti, evidenziandosene sempre il carattere recessivo. In questo senso, e al di là della questione legata all'impiego di altri mezzi di comunicazione di cui si tratta nel testo, si veda G. GRASSO, *I diritti della sfera politica*, 380, laddove si evidenzia il confronto impari della petizione non solo con l'iniziativa legislativa popolare, ma anche con «la diffusa attività di *lobbying* realizzata per il tramite di deputati e senatori da parte dei più svariati soggetti».

<sup>47</sup> In tal senso, ad esempio, R. ORRÙ, *Petizione (diritto di)*, cit., 134, cita anche il «diffondersi ed il potenziarsi dei mezzi di comunicazione sociale» tra i fattori che (insieme all'affermarsi di strutture democratico-rappresentative, il perfezionarsi dei mezzi di tutela giurisdizionale e amministrativa e il definirsi di specifiche procedure parlamentari di ispezione) hanno contribuito ad attribuire alla petizione un ruolo residuale nel corrente assetto dei rapporti tra governanti e governati.

<sup>48</sup> In generale, per una disamina panoramica del ruolo e delle problematiche che, con riferimento al diritto costituzionale, determina il massiccio impiego dei c.d. social networks, cfr. il recente contributo di A. LAMBERTI, *L'ambiente digitale: una sfida per il diritto costituzionale*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 4/2022, e all'ampia bibliografia in materia ivi citata.

<sup>49</sup> Basti pensare alle migliaia di petizioni che, anche solamente nel nostro Paese, in quanto di maggior interesse, vengono presentate anche giornalmente sulla piattaforma privata *on line* [Change.org](http://Change.org) (ma ce ne sono molte altre, di altrettanto successo), la quale ospita la raccolta di firme per la presentazione di petizioni per il cambiamento sociale e la difesa dei diritti. Si stima che, nei dieci anni di attività della piattaforma in questione, nel mondo siano state raccolte oltre quattordici milioni di firme che in tremila casi hanno ottenuto il risultato richiesto, e a cui devono aggiungersi migliaia di altre iniziative che hanno raggiunto obiettivi intermedi.

<sup>50</sup> Cfr. E. SPAGNA MUSSO, *Note sul diritto di petizione*, cit., 4, ove già si sottolinea come il cittadino avesse a disposizione mezzi sicuramente più efficaci della petizione per dare seguito alle proprie istanze.

<sup>51</sup> Cfr. *Relazione all'Assemblea Costituente*, Roma, 1946, 138, ove viene presso atto che la funzione del diritto di petizione «nell'epoca moderna non è stata mai efficiente, essendosi ad esso surrogati tutti gli altri innumerevoli mezzi di espressione della pubblica opinione e i particolari congegni di difesa degli interessi dei singoli di fronte alla pubblica autorità». In questo senso, come riferisce R. ORRÙ, *Art. 50*, cit., 1005, alla fine, in seno alla Costituente si decise sì per il mantenimento anche nel costituendo assetto repubblicano del diritto di petizione, ma in un'ottica «minimalista».

<sup>52</sup> Sembra essere di tale avviso anche P. ADDIS, *Il diritto di petizione in tempi di pandemia ...*, cit., 396.

siamo pur sempre di fronte a un diritto, quello di petizione, che può qualificarsi come “fondamentale”.

Infatti, in quanto annoverabile tra i caratteri originari e tipici di ogni ordinamento democratico<sup>53</sup>, possiamo ritenerlo ricompreso nella predetta categoria dei diritti fondamentali (nel più specifico novero, tra questi ultimi, di quelli che «non richiedono *fondamento* nel sistema giuridico»<sup>54</sup>). Del resto, è proprio perché fondamentale che è stato recentemente accolto anche nella dimensione sovranazionale, all’art. 44 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, per cui «qualsiasi cittadino dell’Unione o qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di presentare una petizione al Parlamento europeo»<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> In tal modo lo definisce R. D’ORAZIO, *Petizione (diritto di)*, cit., 4285, il quale mette in evidenza le varie qualificazioni date in dottrina al diritto di petizione, tutte comunque volte a evidenziarne il collegamento con le facoltà naturali proprie degli individui.

<sup>54</sup> Così R. GUASTINI, *Diritti, ora, in Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996, 152. Nello stesso senso, cfr. A. SPADARO, *Il problema del “fondamento” dei diritti “fondamentali”*, DS, 1991, 455 ss.

<sup>55</sup> Più in generale, oltre al citato art. 44, per un commento del quale si veda R. BIFULCO, *Art. 44, in L’Europa dei diritti. Commento alla carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, a cura di R. Bifulco - M. Cartabia - A. Celotto, 2001, 306 ss., la base giuridica del diritto di petizione nella dimensione sovranazionale va rinvenuta anche negli artt. 20, 24 e 227 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE).

Sul punto, va ricordato che l’inclusione del diritto di petizione nell’ambito della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea costituisce l’approdo di un percorso da tempo avviato in ambito comunitario. In questo senso, dopo un primo periodo in cui al diritto di petizione nei riguardi del Parlamento europeo si faceva esclusivo riferimento nel regolamento interno dell’organo, il relativo esercizio è stato espressamente previsto nell’ambito del Trattato di Maastricht del 1992. La novità non è stata di scarso rilievo, perché, come rilevato da P. MAGNETTE, *Vers une citoyenneté européenne directe? Pratiques du droit de pétition dans l’Union européenne*, in *Rev. Int. Pol. Comp.*, 2002, I, 65 ss., riducendo le distanze tra i cittadini europei e il Parlamento, ha contribuito certamente alla diffusione del sentimento di appartenenza alla costruzione europea finendo, in ultima istanza, per risultare anch’essa strumentale al rafforzamento, *de iure e de facto*, della legittimazione generale delle istituzioni europee, e, come evidenziato invece da V. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea*, Bologna, 1994, 142 ss., concorrendo a integrare, a tutela del cittadino europeo, un efficace sistema di tutela stragiudiziarica dei relativi diritti e interessi. In realtà, simile meccanismo di tutela non riguarda il solo cittadino europeo. Infatti, avvenire in evidenza nel caso di specie è un diritto il cui esercizio in ambito europeo non è limitato ai soli cittadini dei Paesi membri. Già in forza dell’art. 194 del Trattato CE, il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo risultava invero esteso, oltre che alle persone giuridiche, anche a cittadini di Paesi terzi e ad apolidi che, rispettivamente, avessero la propria sede sociale o risiedessero legalmente nel territorio dell’Unione europea, così come l’art. 174, n. 1, del regolamento interno del Parlamento europeo, dal canto suo, contemplava l’eventualità di petizioni a esso indirizzate da persone fisiche o giuridiche che non siano cittadini dell’Unione, ma che avessero la propria residenza o sede sociale in uno Stato membro. Particolarmente utile nel riassumere la natura del diritto di petizione nell’ambito dell’ordinamento dell’Unione europea è quanto al riguardo ricordato nell’ambito delle Conclusioni dell’Avvocato Generale Niilo Jääskinen, presentate il 17 luglio 2014 in relazione alla causa 261/13-P, *Peter Schönberger c. Parlamento europeo* trattata dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea, in cui si legge:

«(Omissis). B – Sul diritto di petizione nel diritto dell’Unione

1. Sull’esercizio del diritto di petizione

28. Come ho già rilevato, la facoltà di presentare una petizione costituisce uno strumento di partecipazione diretta alle funzioni politiche esercitate dai rappresentanti dei popoli dell’Unione. Tuttavia, poiché questa è la prima volta che la Corte è invitata ad esaminare il diritto di petizione nella sua interezza, mi sembra utile esporre un’analisi dettagliata di tale strumento.

29. Il diritto di petizione al Parlamento non è stato previsto dai trattati istitutivi, ma, in seguito alle prime elezioni a suffragio universale, il Parlamento ha modificato nel 1981 il proprio regolamento di procedura e ha riconosciuto ufficialmente la facoltà di presentare petizioni, facoltà che è stata successivamente rafforzata da una dichiarazione interistituzionale nel 1989. È solo con l’entrata in vigore del trattato di Maastricht che il diritto di petizione al Parlamento è stato riconosciuto nel trattato e ha acquisito finalmente lo status di diritto fondamentale incluso nell’articolo 44 della Carta.

30. Il diritto di petizione è stato quindi concepito inizialmente come uno strumento legato alla cittadinanza europea. Il diritto di rivolgere una petizione al Parlamento, sancito dagli articoli 20, lettera d), TFUE, 24, paragrafo 2, TFUE e 227 TFUE, e il diritto di presentare una denuncia al Mediatore europeo, conformemente all’articolo 228 TFUE, rappresentano mezzi che consentono ai cittadini europei di esercitare i loro diritti civili democratici diretti. L’iniziativa dei cittadini europei, istituita dal trattato di Lisbona conformemente all’articolo 11, paragrafo 4, TUE, costituisce uno strumento analogo.

In altre parole, quindi, è il suo carattere ontologicamente connaturato a ogni aggregato sociale a fini politici a impedire, a monte, che si possa provvedere alla sua rimozione ordinamentale<sup>56</sup>. Se si procedesse in questo senso, infatti, e per quanto desueto possa essere, si perverrebbe comunque all'ingiustificata elisione di un «diritto del singolo»<sup>57</sup>. Si andrebbe, inoltre, contro alle considerazioni espresse dai padri costituenti, che, pur non pienamente convinti della sua inclusione nel testo costituzionale, alla fine risolsero positivamente il dilemma, perché – rilevarono – non è possibile escludere alla radice «che in qualche caso se ne renda utile l'impiego»<sup>58</sup>.

In effetti, il diritto di petizione se, da un lato, per come risultante dal testo costituzionale, dovrebbe avere una capacità direttamente condizionante nei confronti dei processi decisionali che culminano nell'adozione di atti delle Assemblee rappresentative o, eventualmente, di altri organi,

---

31. Strumento fondamentale di partecipazione e controllo democratici da parte dei cittadini, il diritto di petizione migliora quindi la capacità di risposta del Parlamento nei confronti dei cittadini e dei residenti dell'Unione, offrendo nel contempo alle persone un meccanismo aperto, democratico e trasparente per ottenere, ove legittimo e giustificato, una soluzione extragiudiziale alle loro denunce.

32. È vero che nessun atto ha definito la petizione in quanto tale. Tuttavia, il Parlamento si è impegnato in tal senso, proponendo che quest'ultima comprenda «qualunque reclamo, richiesta di parere o invito ad attivarsi, e reazioni riguardo alle sue risoluzioni o a decisioni prese da altre istituzioni od organi della Comunità che gli vengano trasmesse da persone fisiche o associazioni». Mentre tale definizione non è stata adottata ufficialmente, nelle relazioni della commissione per le petizioni, queste ultime sono definite come «richieste d'intervento o inviti ad attivarsi, a cambiare politica o richieste di parere presentate al Parlamento». Infine, rilevo che, in una relazione del 2001, è stato presentato un progetto di rafforzamento del diritto di petizione contestualmente a una revisione del trattato, che non ha avuto un particolare seguito.

33. A titolo comparativo, secondo le mie informazioni, in diversi Stati membri il diritto di petizione è un diritto costituzionale (Spagna, Francia, Italia, Lussemburgo, Romania) o fondamentale (Repubblica Ceca, Germania). Tuttavia, è difficile dare una definizione generale del diritto di petizione. Secondo le tradizioni nazionali, la petizione può includere un suggerimento, un'informazione o un'iniziativa, esprimendo istanze o doglianze. Sebbene alcuni Stati membri non conoscano uno strumento che consenta ai loro cittadini di investire il Parlamento di una questione qualsiasi (Repubblica di Finlandia, Regno di Svezia), questi ultimi dispongono di altri mezzi per entrare in contatto con i deputati, come le lettere indirizzate al Parlamento.

34. Nel diritto dell'Unione, l'esercizio del diritto di petizione è stato esteso a ogni persona fisica che risieda nell'Unione e a ogni persona giuridica che abbia la sede sociale in uno Stato membro. Tuttavia, a seguito di una modifica al regolamento interno intervenuta nel 2011, il ricorso alle petizioni è stato concesso anche alle persone fisiche o giuridiche che non siano cittadini dell'Unione e che non risiedano o non abbiano la sede sociale in uno Stato membro. Di conseguenza, la petizione non è più strettamente legata alla cittadinanza dell'Unione. Inoltre, le petizioni possono essere firmate da milioni di persone, che devono essere rappresentate da uno dei firmatari.

35. Tuttavia, ai sensi dell'articolo 227 TFUE, la possibilità di presentare una petizione è limitata alle materie che rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Pertanto, il diritto di petizione gioca un ruolo nel quadro della concezione e del rispetto del diritto dell'Unione.

36. Da una parte, le petizioni ispirano il lavoro di altre commissioni del Parlamento, competenti nel merito per la redazione di atti legislativi in determinati campi. Il Parlamento può anche adottare successivamente risoluzioni in ambiti vari e politicamente sensibili.

37. D'altra parte, la petizione costituisce una forma di controllo a posteriori dell'applicazione del diritto dell'Unione da parte dei cittadini di quest'ultima. Infatti, le petizioni sono una fonte di informazioni preziosa per individuare le violazioni del diritto dell'Unione, soprattutto nei settori dell'ambiente, del mercato interno, negli ambiti connessi al riconoscimento delle qualifiche professionali, nel settore dei servizi finanziari e soprattutto in materia di violazione dei diritti fondamentali. In molti casi, il deposito di una petizione che coincide con la presentazione simultanea di una denuncia alla Commissione europea può portare all'avvio di un procedimento per inadempimento o di un ricorso per carenza. Le statistiche dimostrano che tra un quarto e un terzo delle petizioni è collegato a procedimenti di infrazione o ne è alla base. Tuttavia, la questione del seguito da dare alle denunce e alle petizioni non rientra nell'oggetto della presente causa. (*Omissis*).».

<sup>56</sup> È R. ORRÙ, *Art. 50*, cit., 1004, a ritenerlo consustanziale di fatto a ogni ordinamento giuridico, come dimostra, sempre secondo l'A., anche la sua «diversa collocazione «topografica» (in un quadro improntato al suffragio universale e all'affermazione della sovranità popolare) che può essere letta come volontà di spostare l'accento, nella concezione del diritto, da strumento funzionale ad un miglior espletamento dei compiti degli organi rappresentativi ad elemento che accresce la capacità democratica del sistema, arricchendo il rapporto (*recte* il collegamento-controllo) tra elettore ed eletto».

<sup>57</sup> Come lo ha definito la Corte costituzionale, ad esempio, nella già più volte citata [ordinanza n. 254 del 2021](#).

<sup>58</sup> Cfr. *Relazione all'Assemblea Costituente*, Roma, 1946, 138.

dall'altro – e come è stato rilevato – sui medesimi processi potrebbe comunque spiegare anche effetti indiretti<sup>59</sup>, a conferma della sempreverde, e pur residuale, utilità dell'istituto.

Simile considerazione è oggi ancor più attuale.

Se, infatti, l'effetto finale dell'esautoramento della funzione generale della petizione come strumento di raccordo tra governanti e governati, è stato funzionalmente collegato al rafforzamento del ruolo dei partiti politici «soprattutto nei periodi nei quali le formazioni politiche si [sono] rivela[te] più capaci di rappresentare gli interessi generali e di ricondurre al proprio interno ogni forma di partecipazione politica dei cittadini»<sup>60</sup>, oggi, che si è arrivati forse al culmine della crisi partitica di cui si parlava in apertura<sup>61</sup>, in un contesto storico-politico dominato da tendenze di carattere populista<sup>62</sup>, *a contrario*, dovrebbe farsi lo sforzo di ripotenziare l'istituto in parola<sup>63</sup>.

Vale a dire che se i partiti, in quanto «percepiti come autoreferenziali e lontani dai bisogni della gente, sembrano ormai privi di una identità definita ed incapaci di continuare a rappresentare il collante tra società civile e istituzioni, che in fondo dovrebbe essere la giustificazione principale della loro esistenza»<sup>64</sup>, ecco allora che, accertato, a oggi, il fallimento dell'istituto nello svolgimento del ruolo di collante tra rappresentanti e rappresentati (o, almeno, nell'agevolazione di tale processo), risulterebbe misura necessaria (o, quantomeno, opportuna) quella della relativa rivitalizzazione.

Fermo quanto precede, la vera questione è capire come pervenire a tale risultato.

Indicare le misure che, nel senso delineato, permetterebbero di centrare l'obiettivo, non è semplice, ma, nel fallimento, finora, dei (pochi) tentativi di riforma sperimentati, si può provare a fornire qualche indicazione di massima.

Di certo, in ogni caso, potrebbe, anzitutto, procedersi all'innalzamento del grado di formalismo legato alla presentazione di petizioni, alla introduzione, cioè, di una serie di criteri di redazione delle petizioni, che consentano di scartare, sanzionandole, quelle che risultano generiche, imprecise, o comunque non conformi al paradigma di riferimento. Se del caso, anche differenziando le regole, e quindi pure il successivo *iter* procedurale, in base alla provenienza, singola o collettiva, delle petizioni.

Simile misura, se *prima facie* potrebbe apparire di poco rilievo, o addirittura controproducente ai descritti fini, in quanto introduttiva di ostacoli alla stessa ammissibilità delle istanze dei cittadini, in realtà, combinata con altre (su cui, a breve) potrebbe contribuire, oltre a semplificare i lavori parlamentari, anche e soprattutto a “riabilitare” il diritto di petizione, e la sua funzione di conseguenza, agli occhi della collettività. Una ragionevole soglia di formalità, infatti, genera nei

---

<sup>59</sup> In questo senso si esprime R. ORRÙ, *Art. 50*, cit., 1014, secondo il quale non risulta appropriato commisurare l'utilità o l'efficacia dell'istituto della petizione per la tutela di interessi generali assumendo come parametro unicamente la sua capacità direttamente condizionante nei confronti dei processi decisionali che culminano in atti delle Assemblee rappresentative o, eventualmente, di altri organi, non potendosi non considerare accanto agli effetti immediati anche quelli indiretti dispiegati dall'istituto sui processi politico-decisionali: al riguardo, rammenta l'A., «appaiono emblematiche, per un verso, l'azione di promozione e di coagulo della c.d. opinione pubblica intorno a determinate questioni ritenute meritevoli di attenzione da singoli individui, da gruppi di cittadini e soprattutto da formazioni sociali organizzate, e, per altro verso, la funzione di stimolo o di pungolo che può essere costantemente esercitata nei riguardi dei governanti per contrastare eventuali loro atteggiamenti omissivi o generiche carenze».

<sup>60</sup> Così si esprime G.E. VIGEVANI, *Art. 50*, cit., 513.

<sup>61</sup> In questo senso, tra i molti, si veda, a titolo esemplificativo, F. GIUFFRÈ, *Crisi dei partiti, trasformazione della politica ed evoluzione della forma di governo*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 23/2016, in cui si parla di «torsione in senso autoreferenziale» dei partiti, che hanno dato l'impressione, secondo l'A., di agire quasi esclusivamente per la perpetuazione dei loro ambiti di influenza sul piano politico, sociale ed economico. Più in generale, per una disamina della crisi partitica e delle relative cause, si veda quanto già evidenziato *supra*, alle note 11 e 12.

<sup>62</sup> Per una definizione del concetto di “populismo” e per il rapporto con la partecipazione popolare, si vedano, per tutti, le autorevoli riflessioni di L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC), n. 3/2018, 515 ss.

<sup>63</sup> A maggior ragione se, come rilevato in dottrina proprio rispetto al diritto di petizione, qualche elemento in grado di rivitalizzare l'istituto è anche possibile individuarlo. Si veda, in tal senso, G. GRASSO, *I diritti della sfera politica*, cit., 381.

<sup>64</sup> L'espressione è ripresa da T. FENUCCI, *Riflessioni sul populismo*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 14/2019, 2, ma è particolarmente frequente nella riflessione dottrina in materia.

confronti del consociato una più elevata attenzione e cura nella presentazione delle proprie istanze, anche perché quanto più è percepito come rilevante l'atto che si compie, tanto più elevata è la soglia delle regole della forma da rispettare.

In relazione a tale aspetto, peraltro, potrebbe essere di una qualche utilità anche l'ulteriore misura dell'istituzione, presso i due rami del Parlamento, di una Commissione *ad hoc*, deputata alla ricezione e scrutinio di ammissibilità delle petizioni presentate<sup>65</sup>. L'esperienza di altri ordinamenti nazionali, e dello stesso Parlamento europeo, che prevedono analoghe strutture al loro interno, potrebbe indirizzare anche le nostre Assemblee parlamentari, alla luce del dato empirico legato alla idoneità della misura in questione ad accrescere la funzionalità dell'istituto<sup>66</sup>.

Simili accorgimenti, per quanto d'ausilio, non sarebbero comunque ancora sufficienti per centrare l'obiettivo avuto di mira.

Le misure appena descritte, però, da opportune e auspicabili quali sono, diverrebbero propriamente necessarie nel caso in cui – ed è questo il passaggio indispensabile – venisse conferita consistenza effettiva alla loro presentazione, laddove, cioè, superando l'attuale assetto interpretativo delle conseguenze che il relativo inoltrato genera sul circuito parlamentare, si riconoscesse l'onere per le Camere di fornire riscontro alle petizioni presentate (e adeguatamente filtrate, se del caso, dall'apposito organo di cui si è sopra detto).

Si tratta di un risultato che, a ben vedere, potrebbe ottenersi o intervenendo direttamente sul testo costituzionale<sup>67</sup> o, più agevolmente, sulle fonti parlamentari regolanti la materia, oppure ancora, secondo taluno, per via interpretativa, a regolamenti invariati<sup>68</sup>.

Una simile misura, a ogni modo, oltre evidentemente a stravolgere, nel senso di capovolgerlo, il quadro a oggi esistente, consentirebbe di conseguire un triplice, non irrilevante, risultato.

---

<sup>65</sup> In relazione ai tentativi di riforma non andati a buon fine di cui si è accennato nel testo, deve rammentarsi come l'istituzione di simile organo era stata pensata nell'ambito della proposta di modifica al regolamento in vigore presso la Camera dei deputati che era stata presentata il 23 maggio 2002, e che prevedeva l'introduzione di un nuovo articolo 16-ter e la sostituzione dell'art. 109, proprio allo scopo di costituire un'apposita Giunta cui trasmettere tutte le istanze presentate, con il compito di esaminare le petizioni presentate alla Camera, esprimere pareri alle Commissioni e darne informazione al presentatore o, nel caso di più presentatori, almeno al primo firmatario.

<sup>66</sup> In questo senso, F. LIENA, *La petizione*, cit., 7, nell'evidenziare tale capacità accrescitiva delle funzionalità della petizione della misura in parola, fa l'esempio degli ordinamenti spagnolo e portoghese, riferendo come notevoli risultati siano stati conseguiti anche dall'ordinamento tedesco, laddove è presente, all'interno del *Bundestag*, la *Petitionsausschuss*, ossia la Commissione permanente per le petizioni, con titolarità di poteri informativi, di attivazione e di denuncia. L'A. rammenta poi anche l'*iter* di presentazione delle petizioni in ambito sovranazionale, ove la Commissione per le petizioni istituita presso il Parlamento europeo assolve al compito di svolgere un controllo preliminare di ammissibilità delle istanze presentate, che può condurre: all'elaborazione di una relazione di iniziativa o alla presentazione di una proposta di risoluzione; alla richiesta di parere a un'altra Commissione, nelle cui specifiche attribuzioni rientra il caso oggetto di petizione; alla richiesta di associazione ad altra Commissione competente, che esprima suggerimenti sulla proposta di relazione, quando si tratta di materie riguardanti l'applicazione o interpretazione del diritto dell'Unione europea, o modifiche al diritto vigente; alla organizzazione di missioni d'informazione nello Stato membro o nella regione cui la petizione si riferisce.

<sup>67</sup> Sempre nell'ambito dei progetti di riforma infine non attuati, va ricordato come proprio l'introduzione della previsione dell'obbligo per le Camere di fornire obbligatorio riscontro alle petizioni era stata prevista mediante la presentazione alla Camera dei deputati, nel corso della XVII legislatura, del disegno di legge costituzionale C. 2462, che (all'art. 1) mirava a rimodulare in tal senso l'art. 50 Cost.: «Ogni persona fisica o giuridica residente nel territorio dello Stato, individualmente o in associazione con altri, ha diritto di presentare alle Camere petizioni per chiedere provvedimenti legislativi o esporre comuni necessità. I regolamenti delle Camere assicurano che la petizione sia esaminata e che a coloro che l'hanno presentata sia data risposta entro un termine ragionevole». La proposta di legge costituzionale mirava, dunque, ad assicurare al presentatore sia che la petizione fosse presa in considerazione dalle istituzioni parlamentari, sia che ottenesse, secondo le norme fissate nei regolamenti interni, una risposta.

<sup>68</sup> Secondo la visione di U. ROSSI MERIGHI, *Il diritto di petizione: note e spunti ricostruttivi*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, 2, Milano, 1974, 1722 ss., infatti, dal tenore delle norme regolamentari non può escludersi a priori l'esistenza di un vero e proprio obbligo di esame delle petizioni da parte della Commissione inteso in senso ampio, ossia come onere di dare comunque un esito alle istanze pervenute.

In primo luogo, invero, permetterebbe di risolvere la contraddizione interna al sistema, che, nei limiti descritti all'art. 50 Cost., contempla in favore del cittadino un diritto di domanda agli organi parlamentari, senza, però, garantire un corrispondente diritto a ricevere una risposta.

Analoga situazione di contraddittorietà verrebbe poi, al contempo, neutralizzata anche sotto un altro aspetto, in quanto l'assetto attuale, in cui prevale la discrezionalità del Parlamento circa la decisione di fornire fattivo riscontro alle istanze dei cittadini, mal si concilia – come è stato evidenziato – con l'essenza stessa della petizione, quale delineata dal contesto costituzionale, di rimedio atto a consentire la diretta comunicazione tra consociati e rappresentanti<sup>69</sup>.

Da ultimo, si determinerebbe, altresì, l'ulteriore apprezzabile effetto di un innalzamento del livello di tutele conferite al cittadino che tramite lo strumento di cui all'art. 50 Cost. si rivolga al Parlamento, le quali, a oggi, sono costrette ad arrestarsi alle soglie, inefficaci, tracciate dai regolamenti parlamentari<sup>70</sup>.

Simile scenario, in combinato con le correlate (e a quel punto indispensabili) preclusioni procedimentali volte a impedirne eventuali abusi quantitativi, se da un lato, avrebbe il pregio di concorrere certamente a rinvigorire lo strumento della petizione, dall'altro, neppure determinerebbe l'inconveniente di dar luogo a sconvolgimenti di sistema. Ad esempio, in questo senso, l'introduzione e/o l'affermazione (alla luce della disciplina vigente) dell'obbligo delle Camere di dare riscontro alle petizioni, non avrebbe alcun impatto in punto di legittimazione all'accesso al giudizio della Corte costituzionale in sede di conflitto tra poteri. Se, infatti, come la Consulta ha chiarito, il diritto di petizione «deve essere qualificato quale «diritto individuale», sebbene esercitabile collettivamente, regolato nella Parte I della Costituzione tra i rapporti politici, e non quale attribuzione costituzionale», laddove le «attribuzioni costituzionali suscettibili di generare un conflitto, invece, non possono che essere quelle previste nella Parte II della Costituzione, dedicata all'ordinamento della Repubblica»<sup>71</sup>, allora, in ossequio a questo stesso orientamento, l'eventuale affermazione del diritto del cittadino a ricevere l'esito della decisione parlamentare sulla propria petizione, comunque, non cambierebbe la situazione. Invero, il cittadino firmatario (o i più, in caso di petizione collettiva), ferma la natura del diritto di petizione quale diritto individuale di stampo politico<sup>72</sup>, continuerebbe a non avere legittimazione alcuna ad adire il giudice dei conflitti, potendo, però, contare su altri rimedi giudiziari<sup>73</sup>.

Una precisazione è, in ogni caso, necessaria.

Ovviamente, l'eventuale introduzione dell'obbligo di fornire riscontro, comunque, non garantirebbe la piena effettività del diritto di petizione, dal momento che rimarrebbe pur sempre in capo al circuito parlamentare la decisione circa il relativo accoglimento. Né, per ovvie ragioni,

---

<sup>69</sup> In tal senso, mediante rinvio a P. GIOCOLI NACCI, *Il diritto di petizione negli ordinamenti dello Stato e delle regioni*, Bari, 1979, 206, cfr. R. ORRÙ, *Petizione (diritto di)*, cit., 114.

<sup>70</sup> Trattando del diritto di petizione, G. GRASSO, *I diritti della sfera politica*, cit., 381, ha rilevato comunque una certa qual differenza tra il Regolamento della Camera dei deputati e quello del Senato, in punto di garanzie. Nel confronto, infatti, l'A. ritiene maggiormente garantista quello del Senato, in quanto oltre a distinguere chiaramente tra la presa in considerazione e l'archiviazione della petizione, prevede anche che al presentatore della petizione debba in ogni caso essere data comunicazione della decisione adottata dall'Assemblea.

<sup>71</sup> Così, la già citata [ordinanza n. 32 del 2022](#).

<sup>72</sup> La questione della natura giuridica del diritto di petizione è stata particolarmente dibattuta in dottrina tra chi, come G. FAVARA, *Osservazioni sul diritto di petizione nella nuova Costituzione italiana*, in *Foro padano*, 1951, IV, 154, l'ha qualificato come autonomo diritto di libertà, e chi, come, invece, P. VIRGA, *Tutela dei diritti fondamentali e petizioni collettive*, in *Foro padano*, 1949, IV, 155 lo ha definito alla stregua di una espressione particolare della libertà di manifestazione del pensiero e chi ancora, infine, come E. SPAGNA MUSSO, *Note sul diritto di petizione*, cit., 137, ne ha parlato in termini di diritto civico. L'assunto, evidenzia R. ORRÙ, *Art. 50*, cit., 1009, in part. nota 44, non è puramente teorico, in quanto se al diritto di petizione si riconosce la natura di diritto politico, in primo luogo, la sua tutela penale si può ricondurre all'art. 294 c.p. e, secondariamente, diventa più ardua l'eventuale estensione della sua titolarità anche ai non cittadini, come avviene per i diritti di libertà.

<sup>73</sup> Trattandosi di tutela inerente all'attività parlamentare, *rectius* all'omessa attività parlamentare, il riferimento è alla giustizia domestica, ancorché, in un caso come quello di specie, al fine di rispettare il noto canone *nemo iudex in causa propria* sarebbe maggiormente opportuno pensare alla legittimazione del cittadino ad adire un giudice diverso (come il giudice amministrativo, nella sede del ricorso contro il silenzio-inadempimento ex artt. 31 e 114 c.p.a.).

potrebbe farlo, perché, se così fosse, si assisterebbe al capovolgimento della dimensione dominante della democrazia, nel senso che il sistema si verrebbe impropriamente a configurare come di democrazia diretta, con semplici innesti di rappresentanza parlamentare, e non viceversa, come invece dovrebbe essere.

Sotto questo profilo – come in generale accade per tutti gli istituti di democrazia diretta – il rimedio risulta, dunque, ontologicamente “spuntato”: è, infatti, possibile introdurre misure di rivitalizzazione che, al più, possono avvicinarlo alla soglia dell’effettività, senza, però, consentirgli di raggiungerla.

Proprio in questa prospettiva, al di là di tutte le misure di cui si è fin qui dato conto e a prescindere dalla loro attuazione, la vera esigenza, divenuta forse oramai indifferibile, è quella di adattare il diritto di petizione, e il suo esercizio, all’impiego di strumenti digitali di partecipazione. Questi, infatti, potrebbero agevolare la realizzazione del ruolo della petizione, dando ascolto a quella non trascurabile sete di democrazia “dal basso” che è dato riscontrare nel nostro Paese, la quale fatica oggi a trovare ascolto nei partiti politici, e che, non a caso – come sopra anticipato – viene ormai alimentata più su piattaforme *on line* non istituzionali, che non mediante l’invio di petizioni rivolte direttamente all’organo rappresentativo della volontà popolare.

In questo senso, e a fini rivitalizzanti dell’istituto della petizione, si potrebbe allora pensare proprio all’istituzionalizzazione di un canale telematico di presentazione delle istanze all’organo parlamentare. Dunque, alla creazione di un vero e proprio portale (la cui consultazione dovrebbe essere garantita a tutti) che, sulla falsariga di quelli privati sparsi nel *web*, possa consentire ai cittadini registrati di presentare le proprie petizioni (anche in maniera congiunta), ovvero di associarsi a quelle da altri proposte. Insomma, si tratterebbe sostanzialmente di replicare a livello istituzionale i sistemi con cui le petizioni vengono oggi primariamente lanciate mediante l’utilizzo di internet.

L’idea è quella di una sorta di “portale del cittadino” appositamente dedicato alle petizioni, nell’ambito del quale inviare e controllare l’*iter* delle istanze di interesse, dal principio e sino al termine della procedura.

Già simile iniziativa, non v’è dubbio, stimolerebbe l’impiego della petizione.

Se poi venisse realizzata in uno con gli altri accorgimenti di cui si è precedentemente dato conto, garantendosi che il procedimento telematico avviato con la presentazione della petizione conduca a un esito (che potrà essere positivo o negativo per il postulante, ma comunque certo e reso in termini possibilmente ragionevoli), ecco allora che il diritto di petizione potrebbe finalmente risvegliarsi dal “letargo” cui è stato costretto nei primi settantacinque anni di storia repubblicana.

Meglio tardi che mai.

#### 4. *L’iniziativa legislativa popolare.*

Proseguendo nell’analisi secondo l’ordine prestabilito in principio, ai medesimi fini di indagine si può passare a trattare dell’impatto – teorico e (soprattutto) pratico – avuto dall’altro importante strumento di democrazia diretta<sup>74</sup>, rappresentato dall’iniziativa legislativa popolare<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Dubbi sulla piena ricomprensione dell’istituto dell’iniziativa legislativa popolare nel novero di quelli di democrazia diretta sono espressi da R. ORRÙ, *Art. 71*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, Torino, 2006, 1369, in ragione del fatto che esso «non attribuisce al popolo (per il tramite del corpo elettorale) alcuna potestà decisionale effettiva, neppure in ordine alla individuazione, senza possibilità di alterazione, del contenuto del testo eventualmente oggetto di deliberazione parlamentare».

<sup>75</sup> Per un approfondimento di tutte le tematiche inerenti al potere di iniziativa in questione, si vedano a titolo meramente esemplificativo, e non esaustivo: E. BETTINELLI, *Note sull’iniziativa popolare*, in *Il Politico*, 1970, 604 ss.; D. BEZZI, *Iniziativa legislativa popolare e forma di governo parlamentare*, Milano, 1990; F. CERRONE, *Art. 71*, in *Comm. breve Cost.*, a cura di V. Crisafulli - L. Paladini, Padova, 1990, 428 ss.; A.A. CERVATI, *Art. 71*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca - A. Pizzorusso, Bologna, 1985; A.A. CERVATI, *Iniziativa legislativa*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989; B. LEONI, *Note sull’iniziativa delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1963, 1274 ss.; N. RODEAN,

Purtroppo, nell'esperienza costituzionale repubblicana di questi primi settantacinque anni, il relativo *curriculum* non può certo essere definito "esaltante"<sup>76</sup>. Infatti, nonostante la chiara rottura rispetto al regime previgente determinata dalla sua stessa previsione nel testo costituzionale<sup>77</sup>, e il recepimento all'art. 71<sup>78</sup> dell'impostazione c.d. pluralistica in relazione al potere di iniziativa<sup>79</sup>, il risultato pratico dell'esercizio dell'iniziativa popolare – come meglio vedremo – è alquanto scarso, aparendo di poco conto il peso che, nella sostanza, è stato a essa riconosciuto<sup>80</sup>.

Eppure, almeno sulla carta, la diretta partecipazione del popolo alla formazione delle leggi, mediante la presentazione di appositi progetti, dovrebbe rappresentare una tra le più efficaci forme di democrazia diretta, mentre a oggi, fattualmente, può essere considerata, al più, come un mero istituto a carattere partecipativo<sup>81</sup>.

L'impressione è che, come per la petizione, anche per l'iniziativa legislativa popolare tale desolante situazione costituisca, almeno in parte, il riflesso di quanto verificatosi nella fase primigenia di elaborazione della carta costituzionale.

In particolare, al riguardo, le analogie con quanto verificatosi nel corso dei lavori della costituente, per l'istituto di cui all'art. 50 Cost., sembrano potersi intravedere sotto un triplice profilo.

Anzitutto, sono legate alla discussione andata in scena in ordine alla stessa previsione del mezzo nella nuova carta costituzionale, e alla sua positiva risoluzione: ai dubbi espressi da quanti non ne ravvisavano alcuna utilità da un punto di vista della democrazia, si contrapposero invero – infine prevalendo – le tesi di coloro che, per contro, ne ravvisavano una certa strumentalità (tra le altre finalità, «a frenare e limitare l'arbitro della maggioranza»)<sup>82</sup>.

---

*L'iniziativa (legislativa) popolare. Profili di diritto costituzionale nel labirinto europeo*, Milano, 2014; A.M. SANDULLI, *Legge (Diritto costituzionale)*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, 630 ss.; E. SPAGNA MUSSO, *L'iniziativa sulla formazione delle leggi italiane. Il potere di iniziativa legislativa*, Napoli, 1958.

<sup>76</sup> Così si esprime P. CARNEVALE, *I rischi dell'utopia della c.d. democrazia diretta*, cit., 2.

<sup>77</sup> Occorre, infatti, ricordare che nel sistema dello Statuto Albertino, l'art. 10 di quel testo stabiliva che «La proposizione delle leggi apparterrà al Re ed a ciascuna delle due Camere. Però ogni legge d'imposizione di tributi, o di approvazione dei bilanci e dei conti dello Stato, sarà presentata prima alla Camera dei Deputati», riconoscendo così il potere di iniziativa legislativa solamente al monarca e alle due Camere.

<sup>78</sup> Ai sensi dell'art. 71 Cost. «L'iniziativa delle leggi appartiene al Governo, a ciascun membro delle Camere ed agli organi ed enti ai quali sia conferita da legge costituzionale. Il popolo esercita l'iniziativa delle leggi, mediante la proposta da parte di almeno cinquantamila elettori di un progetto redatto in articoli».

<sup>79</sup> Per l'uso di tale terminologia, si veda A. MANZELLA, *Il Parlamento*, ed. III, Bologna, 2003, 310, ove a essa si fa riferimento per designare l'opzione costituzionale in cui il potere di iniziativa delle leggi viene ripartito tra più soggetti od organi su un piano, di fatto, concorrenziale, al fine di distinguerla dall'impostazione "monistica", caratterizzata, invece, dall'attribuzione a un solo soggetto del potere di iniziativa legislativa, e da quella "dualistica", contraddistinta, piuttosto, dalla contestuale attribuzione del potere in questione all'esecutivo e al legislativo.

<sup>80</sup> Il punto è di notevole interesse, perché sebbene, come riconosciuto in dottrina, tra gli altri anche da E. SPAGNA MUSSO, *L'iniziativa sulla formazione delle leggi italiane. Il potere di iniziativa legislativa*, cit., in part. 248-249 e da D. BEZZI, *Iniziativa legislativa popolare e forma di governo parlamentare*, cit., 25, si dia una situazione di "formale equiparazione" tra i differenti tipi di iniziativa legislativa previsti e considerati all'art. 71 Cost., il potere attribuito al popolo sconta, tuttavia, una situazione di "sostanziale sottordinazione" rispetto alle altre tipologie, come dimostra l'esame della prassi di questi anni, dall'entrata in vigore, a oggi, della Costituzione.

<sup>81</sup> È di tale idea N. RODEAN, *La metamorfosi dell'iniziativa popolare: dalla Costituente alle attuali vicende costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, in part. 14. Secondo G. GRASSO, *I diritti della sfera politica*, cit., 380, l'iniziativa legislativa popolare è rimasta «"soffocata" nei suoi potenziali svolgimenti concreti e del tutto depotenziata nel concreto funzionamento del procedimento legislativo».

<sup>82</sup> Per maggiori approfondimenti, cfr. *Atti dell'Assemblea Costituente*, VII, 1240, dalla cui consultazione si evince, come detto, la presenza di un fronte contrario alla previsione dell'iniziativa legislativa nel nuovo testo costituzionale, di cui era esponente l'On. Lussu, il quale, in particolare – come si legge – «dichiara di non approvare l'istituto, che considera non rispondente ad alcuna sostanziale esigenza democratica. Osserva che le due Camere, grazie alla loro composizione, e le Assemblee regionali, di probabile costituzione, danno ogni garanzia che i cittadini possano esprimere legalmente la loro volontà. Aggiunge che l'iniziativa popolare è raramente applicata nei paesi più democratici, ove piuttosto si ricorre al referendum, con cui si sottopone al voto popolare una legge già approvata dal Governo». Gli fa eco l'On. Einaudi, che mostra, infatti, di «concorda[re] con l'onorevole Lussu, sull'inopportunità dell'iniziativa popolare, alla quale preferisce il referendum. Non vede infatti il fondamento della prima, perché, se la



Anche con riguardo all'iniziativa popolare, inoltre, i costituenti, come per la petizione, hanno fatto riferimento ad altri, differenti e più efficaci, mezzi mediante i quali la collettività può trovare espressione: emblematiche, in tal senso, le parole dell'On. Mortati, il quale – si legge nei lavori della Costituente – «rileva che valgono per l'iniziativa popolare gli stessi argomenti che si prospettano per il diritto di petizione. Negli Stati moderni vi sono molti altri mezzi attraverso i quali una corrente di opinione pubblica può trovare la sua espressione, onde potrebbe anche farsi a meno dei due istituti. Tuttavia non trova che questo sia un motivo sufficiente per escludere a priori anche questa possibilità di far arrivare al Parlamento la voce dei cittadini»<sup>83</sup>.

L'affermazione non è di poco conto, perché se già alla metà del secolo scorso le cose stavano in questi termini, è allora chiaro che, a oggi, l'esistenza di differenti e più pragmatici mezzi di espressione dell'opinione pubblica è ulteriormente implementata, e il “problema” risulta, dunque, più che mai attuale.

Infine, sotto un terzo profilo, anche per l'iniziativa legislativa popolare (come per la petizione) è dato riscontrare un certo generale disinteresse, quasi una scarsa considerazione dell'istituto, da parte degli stessi padri costituenti, che ne discussero sì, ma brevemente, tanto che non si può rifuggire dalla «sensazione che l'iniziativa legislativa popolare fu trattata dai Costituenti alla stregua di una fattispecie minore del *referendum* e ad esso agganciato, nel dibattito, in forma ancillare»<sup>84</sup>.

Di tutto ciò, evidentemente, l'iniziativa popolare non può non aver risentito in termini di efficacia ed effettività.

Lo dimostrano, in maniera inequivocabile, i numeri, in quanto – come anticipato – l'analisi della prassi repubblicana ci consegna il dato di un impiego alquanto contenuto da parte del popolo del potere di iniziativa legislativa.

Nel corso delle ultime dieci legislature, ad esempio, i dati sono davvero eloquenti, essendo state presentate solamente duecentosessantatré proposte di legge di iniziativa popolare<sup>85</sup>.

Si tratta, all'evidenza, di numeri davvero bassi.

Ma il problema dell'iniziativa popolare, in ogni caso, non risiede solamente nel numero, assai contenuto, di proposte che vengono avanzate dai consociati legittimati dall'art. 71 Cost., bensì anche nel fatto che esse, nella maggior parte dei casi, neppure vengono prese in considerazione dall'organo parlamentare<sup>86</sup>. Tanto per comprendere, infatti, nell'ambito della XIII legislatura, sono

---

corrente che si vale del diritto d'iniziativa è talmente larga da riuscire a far approvare la sua proposta, troverà sempre chi, in una delle due Camere o nel Governo stesso, si faccia iniziatore del progetto». In senso parzialmente opposto, si esprime, invece, infine, l'On. Mortati, il quale «riconosce che effettivamente la questione è molto dibattuta e taluni sostengono che l'intervento diretto popolare costituisca un perturbamento e rappresenti una deviazione della linea direttiva politica approvata dalla maggioranza ed espressa dal Governo. Personalmente, invece, ritiene che l'istituto sia opportuno allo scopo di frenare e limitare l'arbitrio della maggioranza», mentre una finalità ancora diversa gli è attribuita, infine, dall'on. La Rocca, che si dichiara «favorevole a che venga sancito nella Costituzione il diritto d'iniziativa popolare che, oltre ad essere quant'altri mai democratico, ha una funzione di pungolo e di eccitamento all'azione del Governo».

<sup>83</sup> Cfr. *Atti dell'Assemblea Costituente*, VII, 1241.

<sup>84</sup> Tale è l'opinione di R. ORRÙ, *Art. 71*, cit., 1359, laddove l'A. mette in evidenza che, a seguito dell'approvazione della proposta di prevederla espressamente nel nuovo testo costituzionale, la discussione sull'iniziativa legislativa popolare si intersecò strettamente con quella sul *referendum*.

<sup>85</sup> Nel dettaglio, infatti, nell'ambito della VIII legislatura si contano appena venti, cui vanno aggiunte le venticinque della IX, le ventisette della X, le ventuno della XI, le quindici della XII, le trenta della XIII, le ventidue della XIV, le venti della XV, le ventisette della XVII, le trentatré della XVII e, infine, le ventitré della XVIII. Tali numeri sono, in parte ripresi, fino alla XVI legislatura, da C. MEOLI, *L'iniziativa legislativa popolare*, in *Le nuove “sfide” della democrazia diretta*, a cura di A. Celotto - G. Pistorio, Napoli, 2015, in part. 34-35, mentre non sono riportati quelli della XIX legislatura, da poco in corso di svolgimento. I dati sono, comunque, pubblicati, in costante aggiornamento, sui siti istituzionali della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

<sup>86</sup> Per indicazioni di sintesi (aggiornate sino alla XVII legislatura) relative alle proposte di legge di iniziativa popolare, si può operare rinvio ai dati riportati nella documentazione del *Focus-Fonti del diritto*, n. 2/2017, in [federalismi.it](http://federalismi.it).

state solamente due le proposte divenute effettivamente legge<sup>87</sup>, nessuna all'esito della XIV e della XV, una nel corso sia della XVI<sup>88</sup> che e XVII<sup>89</sup> e, infine, due all'esito della XVIII (di cui una, però, è una legge costituzionale)<sup>90</sup>. Sono, quindi, solamente sei negli ultimi venticinque anni o poco più<sup>91</sup>, con un "buco" di ben tredici anni tra il 1999 e il 2012, in cui nessuna proposta di legge di iniziativa popolare ha visto consacrarsi in un atto legislativo<sup>92</sup>.

I risultati, come si vede, possono, dunque, essere a ragione considerati «effimeri»<sup>93</sup>.

Ma non basta.

Il dato, infatti, già di per sé esiguo, perde poi tanto più di valore se si considera che «Di tutte queste iniziative legislative popolari nessuna ha avuto successo autonomo, vale a dire è diventata legge. Solo in qualche caso, infatti, il progetto popolare è confluito, insieme con altre proposte, in un testo unificato, poi diventato legge. Ad esempio, nella XIV legislatura possono citarsi la l. n. 30/2000, la l. n. 431/1998, la l. n. 91/1999 in materia di riordino dei cicli dell'istruzione, di locazione e rilascio degli immobili ad uso abitativo e di trapianti di organi»<sup>94</sup>.

E, sempre in negativo, è tanto più significativo se pure si tiene conto di due ulteriori fattori.

In primo luogo, del fatto che i regolamenti di entrambe le Camere prevedono un particolare *favor* per le proposte di origine popolare. Per esse, infatti, è stabilita la non applicabilità della generale regola della decadenza dei progetti di legge per fine legislatura<sup>95</sup>, di modo che la relativa chiusura

---

<sup>87</sup> Il riferimento è alle leggi 9 dicembre 1998, n. 431, recante la «Disciplina delle locazioni e del rilascio degli immobili adibiti ad uso abitativo» e 1 aprile 1999, n. 91, recante, invece, «Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti».

<sup>88</sup> A venire in questo caso in evidenza è la legge 6 luglio 2012, n. 96, recante «Norme in materia di riduzione dei contributi pubblici in favore dei partiti e dei movimenti politici, nonché misure per garantire la trasparenza e i controlli dei rendiconti dei medesimi. Delega al Governo per l'adozione di un testo unico delle leggi concernenti il finanziamento dei partiti e dei movimenti politici e per l'armonizzazione del regime relativo alle detrazioni fiscali».

<sup>89</sup> Ci si riferisce alla legge 6 maggio 2015, n. 52, relativa alle «Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati».

<sup>90</sup> L'ultima legge "ordinaria" di provenienza popolare approvata è la legge 20 agosto 2019, recante «Introduzione dell'insegnamento scolastico dell'educazione civica». L'enfasi posta sull'accezione ordinaria si spiega in virtù del fatto che, sul finire della XVIII legislatura (il 29 luglio 2022), per la prima volta nella storia repubblicana, è stata approvata una legge costituzionale di derivazione popolare. Il riferimento è alla legge costituzionale n. 2 del 2022, recante «Modifica all'articolo 119 della Costituzione, concernente il riconoscimento delle peculiarità delle Isole e il superamento degli svantaggi derivanti dall'insularità» (pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 267 del 15 novembre 2022, a seguito dell'intervenuta scadenza, in data 30 ottobre 2022, del termine previsto all'art. 138, comma 2, Cost., senza che fosse stata avanzata richiesta di svolgimento di *referendum* popolare), che ha introdotto un comma aggiuntivo dopo il comma 5, a mente del quale «La Repubblica riconosce le peculiarità delle Isole e promuove le misure necessarie a rimuovere gli svantaggi derivanti dall'insularità». L'origine popolare della riforma costituzionale in questione è messa in evidenza, tra gli altri, da G. TROMBETTA, *Il principio di insularità in Costituzione. Un ritorno (dimezzato) al passato?* in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 1/2022, 188 ss., nonché da G.G. CARBONI, *La stagione dell'insularità*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 22/2022, 20 ss.

<sup>91</sup> Si consideri, infatti, che la XIII legislatura si è svolta dal 9 maggio 1996 al 29 maggio 2001, mentre l'ultima, la XVIII, ha coperto l'arco temporale 23 marzo 2018 – 12 ottobre 2022.

<sup>92</sup> È il periodo di tempo che intercorre tra l'intervenuta approvazione della legge 1° aprile 1999, n. 91 nel corso della XIII legislatura e quella della legge 6 luglio 2012, n. 96, avvenuta, invece, nell'ambito della XVI.

<sup>93</sup> Come evidenziano, infatti, P. CARETTI - U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2017, 147, il Parlamento, di fatto, è stato lasciato libero di assumere le decisioni ritenute più opportune.

<sup>94</sup> Così, C. MEOLI, *L'iniziativa legislativa popolare*, cit., 35. Con l'eccezione – va però ora aggiunto rispetto al discorso dell'A. – della legge costituzionale n. 2 del 2022, di cui si è dato conto *supra*, alla nota 86.

<sup>95</sup> In questo senso, infatti, l'art. 107, comma 4, del Regolamento della Camera dei deputati stabilisce che «Per i progetti di legge di iniziativa popolare non è necessaria la presentazione prevista nel comma 1. Quando tali progetti siano stati approvati dalla Camera nella precedente legislatura o il loro esame sia stato esaurito in Commissione, si applicano, se vi sia richiesta del Governo o di un presidente di Gruppo, le disposizioni previste nei commi precedenti; diversamente i progetti stessi sono nuovamente deferiti alle Commissioni competenti per materia, secondo la procedura ordinaria», mentre l'art. 74, comma 2, del Regolamento del Senato della Repubblica dispone che «Per i disegni di legge di iniziativa popolare presentati nella precedente legislatura non è necessaria la ripresentazione. Essi, all'inizio della nuova legislatura, sono nuovamente assegnati alle Commissioni e seguono la procedura normale, salva l'applicabilità, nei primi sette mesi, delle disposizioni dell'articolo 81».

non ne inficia l'*iter*, non essendo necessaria, al fine della sua prosecuzione, la ripresentazione a cura dei proponenti.

Quindi, della circostanza, evidenziata dalla dottrina prevalente e diretta conseguenza della sua affermata natura di "diritto politico"<sup>96</sup>, per cui non si applicano all'iniziativa legislativa in parola i limiti stabiliti per altri istituti di democrazia diretta, con particolare riguardo al *referendum* abrogativo<sup>97</sup>.

In generale, peraltro, il quadro è davvero avvilente.

Ma quali sono le cause dell'ineffettività dell'istituto? È una domanda che bisogna porsi.

Al riguardo, c'è chi, ad esempio, le ha in parte individuate nella relativa collocazione costituzionale, mettendo in evidenza il carattere di "zona grigia" in cui l'iniziativa popolare è stata relegata, la quale spiegherebbe «in buona misura la scarsa frequenza del ricorso all'istituto in esame e la sua limitatissima capacità di produrre risultati concreti sul piano della produzione legislativa, sebbene nelle intenzioni dei costituenti esso si rivestisse di notevoli valenze e virtuosità, assumendo i contorni di strumento volto a superare il «diaframma» di una dinamica politica improntata ad una logica strettamente partitico-istituzionale»<sup>98</sup>.

Un'ulteriore concausa potrebbe individuarsi anche nella tardiva attuazione a livello legislativo della disciplina costituzionale di cui all'art. 71 Cost., avvenuta solo con la legge 25 maggio 1970, n. 352, ancorché l'affermazione paia, in realtà, depotenziata sia dalla scarsa rilevanza pratica dell'istituto anche prima dell'intervento legislativo in questione (come dimostrano i numeri sopra riportati), e sia dalle opinioni di quanti hanno rilevato come, in realtà, anche nel periodo a essa precedente, comunque «la disciplina costituzionale dell'istituto [fosse] sufficientemente esaustiva e completa da poter trovare subito applicazione»<sup>99</sup>, nonostante le pratiche distinzioni attuative che, in quel lasso temporale (1948-1970), hanno caratterizzato l'agire dei due rami del Parlamento<sup>100</sup>.

Si tratta di elementi che potrebbero aver concorso a determinare l'insuccesso dell'istituto.

---

<sup>96</sup> È di tale opinione, ad esempio, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, ed. III, Padova, 2003, 161, secondo cui proprio tale natura impedisce che per l'iniziativa legislativa popolare possano essere individuati limiti ulteriori a quelli già previsti dal testo costituzionale, posto che, anche per essa, come per tutti i diritti di libertà, i limiti devono essere necessariamente ricondotti a quelli previsti o consentiti dal testo costituzionale. In senso parzialmente differente, sulla tematica della natura giuridica dell'istituto in questione, pare esprimersi, invece, M. DELLA MORTE, *Iniziativa legislativa popolare e democrazia partecipativa*, in *Nuove autonomie*, 2008, 35, secondo il quale l'art. 71 Cost., così formulato, non consente né di differenziare o accomunare le diverse forme di iniziativa in base alla loro origine, e né – ed è questo il punto – contribuisce a risolvere le questioni inerenti alla natura giuridica del diritto in capo al popolo.

<sup>97</sup> Cfr., in questo senso, tra gli altri, F. CUOCOLO, *Saggio sull'iniziativa legislativa*, Milano, 1971, 71. *Contra*: P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, ed. IX, Milano, 1979, 331; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1976, 214; E. SPAGNA MUSSO, *L'iniziativa sulla formazione delle leggi italiane. Il potere di iniziativa legislativa*, cit., 253-254, ad avviso del quale, ad esempio, in materia tributaria, il popolo «non dispone degli elementi necessari per quella valutazione di politica finanziaria che è alla base della presentazione di un disegno di legge del genere». Una posizione ancora diversa è espressa poi, sul punto, da C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982, 656; P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1987, 479, per i quali non tutte le leggi meramente formali sarebbero da escludere dall'ambito di applicazione dell'istituto.

<sup>98</sup> In questi termini si esprime R. ORRÙ, *Art. 71*, cit., 1369, secondo cui la collocazione dell'istituto, in uno con l'impossibilità di individuare a livello positivo meccanismi atti a garantire all'iniziativa popolare forme significative di priorità procedurale, spiegherebbero in buona misura la scarsa frequenza del ricorso a esso da parte del corpo elettorale, nonché la sua limitatissima capacità di produrre risultati concreti sul piano della produzione legislativa.

<sup>99</sup> Così, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 729. In questo senso, cfr. anche E. SPAGNA MUSSO, *L'iniziativa sulla formazione delle leggi italiane. Il potere di iniziativa legislativa*, cit., 252; P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, cit., 320; C. CERETI, *Diritto costituzionale italiano*, Torino, 1966, 454.

<sup>100</sup> Come rammenta, infatti, C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 656, nel periodo precedente all'attuazione della disciplina costituzionale dell'iniziativa legislativa popolare a opera della citata legge n. 352/1970, la prassi parlamentare si rivelò tutt'altro che univoca in ordine alla possibilità per gli elettori, nel numero costituzionalmente stabilito, di esercitare il potere di iniziativa. Mentre, infatti, la Camera dei deputati si orientò nel senso di non dare corso alcuno agli atti di tal iniziativa, il Senato della Repubblica preferì, al contrario, prenderli in esame.

Non v'è, però, alcun dubbio che la causa principale, a fronte di proposte di derivazione popolare, vada ricercata nell'insussistenza di qualsivoglia obbligo di deliberazione da parte delle Camere: dipenda, cioè, dal fatto non v'è per le Camere alcun onere né di prendere in considerazione le proposte di legge in tempi brevi<sup>101</sup>, e né di legiferare come richiesto dalla quota parte del corpo elettorale firmatario.

Sul punto, invero, l'art. 71 Cost. nulla dispone al riguardo e, allo stesso modo, alcun obbligo può ravvisarsi nei testi dei regolamenti parlamentari<sup>102</sup>, la cui «inadeguatezza ... si traduce sul piano della prassi in una vera inottemperanza dell'effettivo esercizio della sovranità popolare *ex art. 1 Cost.* e della completa attuazione delle modalità idonee a consentire al popolo di esprimersi mediante proposte legislative *ex l'art. 71 Cost.*»<sup>103</sup>.

Simili elementi hanno notevolmente inciso sulle funzionalità dell'istituto, depotenziandolo.

Come per la petizione, dunque, anche per il potere di iniziativa legislativa popolare a minare alle radici la stessa effettività del rimedio è, soprattutto, il fatto che il diritto di istanza non rinvenga come contraltare un dovere delle Camere di adozione di una determinazione conclusiva, ed è proprio da qui, che, peraltro, quale ulteriore ragione della descritta situazione attuale, ne discende la riluttanza dello stesso corpo elettorale nel fare esercizio del proprio potere di iniziativa.

Al riguardo, sembra che a venire in evidenza sia una sorta di “circolo vizioso” senza uscita: il fatto che solitamente il risultato pratico dell'attivazione del potere in questione sia prossimo allo zero genera, infatti, un certo grado di disinteresse nella collettività, che, quindi, riduce enormemente le occasioni di relativo esercizio, con ciò, a catena, finendo di fatto per legittimare l'atteggiamento lassista del Parlamento nel fornire riscontro alle istanze provenienti dal corpo sociale<sup>104</sup>. Si tratta di una situazione dalla quale è necessario venire fuori, data la teorica rilevanza dello strumento in parola come mezzo per la propagazione delle istanze dei consociati all'interno del quadro istituzionale.

Ecco, è proprio sotto tale profilo che, nonostante la sovrapposibilità delle due situazioni, emerge con forza l'elemento di maggiore distinzione tra iniziativa legislativa popolare e diritto di petizione.

Se, infatti, rispetto a quest'ultimo – e lo si è visto – alla luce dell'attuale stato di declino dell'istituto, si è dibattuto sull'opportunità del suo mantenimento, o meno, nel testo costituzionale, per l'iniziativa popolare simile discussione non è andata neppure in scena.

Sembra essere, cioè, opinione condivisa e pacifica quella per cui si tratti di una conquista troppo importante perché possa esservi, al riguardo, un *revirement*.

Tanto è vero che, nel tentativo di conferirle oggi nuova linfa, in più occasioni sono stati presentati progetti di riforma (anche costituzionale). Si tratta di progetti mai in verità finalizzati, ma, comunque, significativamente proposti.

Si può ricordare, a titolo esemplificativo, quello della prima Commissione bicamerale per le riforme costituzionali, presieduta da Aldo Bozzi, che, nel 1984, aveva proposto di fissare un termine di diciotto mesi entro il quale il Parlamento si sarebbe dovuto pronunciare sul progetto di

---

<sup>101</sup> Per vero, deve rilevarsi come nel Regolamento del Senato, all'art. 74, comma 3, sia previsto che «Le competenti Commissioni debbono iniziare l'esame dei disegni di legge d'iniziativa popolare ad esse assegnati entro e non oltre un mese dal deferimento». Il Regolamento della Camera dei deputati, invece, si limita soltanto a stabilire che «le relazioni delle Commissioni sui progetti di legge inseriti nel programma dei lavori dell'Assemblea devono essere presentate nel termine di due mesi dall'inizio dell'esame in sede referente».

<sup>102</sup> Regolamenti che, secondo A.A. CERVATI, *Art. 71*, cit., 88, proprio nel silenzio della Costituzione sull'obbligo di deliberazione sulle proposte di legge di iniziativa popolare, dovrebbero compiutamente stabilire le relative condizioni di procedibilità.

<sup>103</sup> Così si esprime N. RODEAN, *La metamorfosi dell'iniziativa popolare: dalla Costituente alle attuali vicende costituzionali*, cit., in part. 5.

<sup>104</sup> Di ciò sembra riferire anche P. CARNEVALE, *I rischi dell'utopia della c.d. democrazia diretta*, cit., 2-3, laddove l'A. mette in evidenza che «non appare solamente la rappresentanza, poco incline a digerire la disintermediata istanza proveniente dal popolo, ad esibire disinteresse, ma è anche quest'ultimo a mostrare una certa resistenza nel farvi ricorso, pur nella consapevolezza (che non manca a chi scrive) che quest'ultimo atteggiamento possa in fin dei conti apparire indotto dalla scarsa considerazione mostrata dal destinatario parlamentare, il quale ha finito via via per produrre un sentimento di frustrazione e disaffezione».

legge popolare, con l'ulteriore previsione della celebrazione di un *referendum* popolare deliberativo, in caso di: i) mancata pronuncia entro tale termine, ii) di reiezione della proposta popolare, iii) ovvero di sua approvazione con una maggioranza inferiore ai due terzi dei componenti o con modifiche tali da alterarne sostanzialmente l'ispirazione<sup>105</sup>.

Il tentativo di attuare una riforma analoga a quella appena ricordata è stato poi reiterato anche nell'ambito della XIII legislatura, nel corso della quale la c.d. Bicamerale D'Alema avanzò anch'essa l'idea di introdurre, per l'appunto, un *referendum* propositivo a iniziativa popolare, esperibile nel caso in cui il Parlamento, nel termine di due anni dalla presentazione, non avesse assunto alcuna deliberazione su una proposta di legge ordinaria (con l'esclusione delle leggi tributarie e di bilancio, e di amnistia e indulto) presentata da almeno 800.000 elettori.

Le ultime proposte di riforma dell'istituto sono state poi presentate nel corso della legislatura da poco conclusa, la XVIII<sup>106</sup>.

La principale tra di esse, denominata «Modifica all'art. 71 della Costituzione in materia di iniziativa legislativa popolare» e proveniente dalle forze di maggioranza<sup>107</sup>, proponeva – anche in questo caso – l'introduzione di «una forma di iniziativa legislativa popolare rafforzata dalla possibilità che al suo esercizio consegua una consultazione popolare mediante *referendum* ... al duplice obiettivo di promuovere e rafforzare la democrazia diretta e, nel medesimo tempo, di valorizzare il ruolo del Parlamento nella sua capacità di ascolto, di interlocuzione, di elaborazione di proposte in grado di rispondere sempre più efficacemente alle domande che vengono dall'iniziativa popolare»<sup>108</sup>. Essa prevedeva, in particolare, che nel caso in cui una proposta di legge ordinaria, presentata da almeno 500.000 elettori, non fosse stata approvata dalle Camere entro diciotto mesi dalla sua presentazione, pur con alcuni limiti<sup>109</sup>, si sarebbe potuto svolgere un *referendum*, privo di quorum strutturale, a condizione che la Corte costituzionale ne avesse dichiarato l'ammissibilità, e salvo il caso di rinuncia da parte dei promotori allo stesso svolgimento della consultazione popolare<sup>110</sup>. Era, altresì, prevista la possibilità che il *referendum* avesse un doppio oggetto, per il caso in cui le Camere avessero approvato la proposta di legge, ma in un testo diverso da quello presentato dai presentatori: in questo caso, si stabiliva che gli elettori avrebbero potuto indicare il testo preferito.

---

<sup>105</sup> Come ricorda C. MEOLI, *L'iniziativa legislativa popolare*, cit., 35-36, poi «Inoltre, alcuni Commissari avevano suggerito di prevedere altresì che la proposta di legge sottoposta a *referendum* popolare avrebbe dovuto essere approvata se avesse partecipato alla votazione la maggioranza degli aventi diritto al voto e se fosse stata raggiunta la maggioranza dei voti validamente espressi. Infine, la Commissione, nella sua relazione finale, proponeva l'innalzamento a 100.000 del numero delle sottoscrizioni necessarie per l'iniziativa legislativa popolare, ma con la garanzia di una pronuncia parlamentare entro 24 mesi dalla presentazione e della possibilità per un rappresentante dei promotori di partecipare alle sedute di Commissione dedicate all'esame del progetto».

<sup>106</sup> Si fa riferimento alle proposte dei deputati D'Uva e altri (Atto Camera n. 1173), del senatore Endrizzi (Atto Senato n. 586), del senatore Patuelli (Atto Senato n. 806) e del deputato Tripodi (Atto Camera n. 987), nonché, ancorché provenienti dalle forze di opposizione, dei deputati Ceccanti e altri (Atto Camera n. 726).

<sup>107</sup> Si parla, nello specifico, della proposta di cui all'Atto Camera n. 1173.

<sup>108</sup> Così si legge nella relativa Relazione introduttiva, liberamente consultabile sul [sito istituzionale](#) della Camera dei deputati.

<sup>109</sup> Ci si riferisce, anzitutto, al limite generale e principale, relativo all'inammissibilità delle proposte non rispettose dei diritti e principi fondamentali sanciti in Costituzione e dei vincoli europei e internazionali, nonché a quello relativo all'impossibilità di effettuare proposte di revisione costituzionale, ma anche a quelli più specificamente concernenti il *referendum*, il ricorso al quale sarebbe stato escluso nei casi in cui il testo costituzionale prevede procedure legislative speciali (come, ad esempio, con riguardo alle leggi di amnistia e indulto ex art. 8 Cost.) e nelle ipotesi in cui è prevista un'iniziativa legislativa riservata (come nel caso della legge di bilancio).

<sup>110</sup> La differente proposta di legge costituzionale presentata da alcuni deputati delle forze di minoranza (il riferimento è all'Atto Camera n. 726), a grandi linee, oltre a prevedere l'innalzamento della soglia delle sottoscrizioni fino a 100.000, prevedeva, in senso parzialmente differente, che in caso di mancata approvazione o approvazione con modifiche da parte delle Camere entro il termine di diciotto mesi dalla presentazione della proposta di legge popolare, su di essa (o, meglio, sui principi fondamentali in essa affermati), laddove richiesto da un milione di elettori, si sarebbe potuto svolgere *referendum* consultivo. In caso di approvazione, entro i sei mesi successivi, le Camere avrebbero potuto approvare il progetto di legge di iniziativa popolare, ovvero un altro progetto che avrebbe, comunque, dovuto recepire i principi fondamentali approvati all'esito della consultazione referendaria.

Come quelli che l'hanno preceduto, anche tale progetto di riforma – che, peraltro, non è andato esente da critiche da parte di alcuni commentatori<sup>111</sup> – è rimasto lettera morta (ancorché, forse, per circostanze apparse, questa volta, contingenti<sup>112</sup>).

Per cui – è un dato di fatto – nonostante la crisi endemica in atto, l'istituto dell'iniziativa legislativa rimane ancora oggi in attesa dell'adozione di idonee misure di rivitalizzazione che gli consentano di innestarsi nel canale comunicativo governati-governanti, ormai inaridito dal fallimento della dinamica partitica, al fine di conferirgli un nuovo e benefico rilancio<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> A titolo esemplificativo, è possibile rimandare alle considerazioni al riguardo spese da E. DE MARCO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nei progetti di riforma del “Governo del cambiamento”*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 3/2018, 589 ss., il quale ha espresso alcune perplessità sia, in generale, in relazione all'effettiva idoneità delle proposte descritte di conseguire uno dei risultati dichiaratamente avuti di mira, quello rafforzamento del ruolo istituzionale del Parlamento, e sia, più nello specifico, con riferimento alle singole misure previste, con particolare riguardo alla eliminazione del quorum strutturale ai fini della validità della consultazione referendaria popolare. Nello stesso senso, si vedano pure le considerazioni di S. TALINI, *Dalla formulazione astratta alle conseguenze di sistema: riflessioni attorno alla proposta di revisione costituzionale in materia di iniziativa legislativa popolare e referendum*, in *Dir. e Soc.*, n. 1/2019. Anche U. DE SIERVO, *Intervento alla Tavola Rotonda AIC, Roma, 1° marzo 2019, “Iniziativa legislativa e referendum, le proposte di revisione costituzionale”*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 1-2/2019, 12 aprile 2019, si esprime negativamente sul progetto di riforma, individuandone il punto più critico nello svuotamento che per il tramite di esso si sarebbe realizzato nella titolarità del potere legislativo da parte del Parlamento, a vantaggio dei soggetti gestori delle particolari iniziative legislative, dal momento che la relativa semplice proposta, rileva l'A., avrebbe finito per produrre l'effetto di condizionare radicalmente la volontà dei rappresentanti popolari, che si sarebbero visti obbligati o ad accettare il contenuto del disegno di legge o altrimenti a iniziativa popolare (malgrado la diversa volontà legislativa del Parlamento).

Altri studiosi hanno espresso, invece, un indirizzo di segno opposto. *Contra*, infatti, a favore del testo del progetto di riforma in parola, cfr. A. PERTICI, *L'iniziativa popolare indiretta: uno strumento utile per l'integrazione tra democrazia diretta e rappresentativa in una proposta da migliorare*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 1-2/2019, 12 aprile 2019, 251 ss., secondo cui il pregio della riforma sarebbe stato quello di ampliare gli strumenti di partecipazione diretta, dal momento che la sua attuazione avrebbe potuto contribuire a sviluppare la complementarietà tra le diverse forme di esercizio della sovranità popolare, pur mantenendo certamente come fondamentale quella rappresentativa. Essa, infatti, secondo l'A., sembrava rispondere a esigenze reali del corpo sociale, volte a favorire una maggiore partecipazione popolare, evitando che i cittadini si esprimessero soltanto ogni cinque anni e consentendo loro di correggere l'indirizzo politico degli organi rappresentativi, con la diretta espressione della loro sovranità. Anche G. GRASSO, *La balestra di Guglielmo Tell e l'iniziativa legislativa popolare. Note minime a proposito del disegno di legge costituzionale in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 1-2/2019, 12 aprile 2019, in part. 250, si esprime nel senso dell'utilità del progetto di riforma, alla luce della sostenuta sofferenza della rappresentanza politico-parlamentare su cui si regge il sistema democratico interno, rispetto alla quale – è avviso dell'A. – «la balestra dell'iniziativa legislativa popolare potrebbe essere uno degli strumenti che possono alimentare di nuova linfa le forme e i modi della partecipazione popolare, offrendo maggior consonanza al rapporto tra cittadini e istituzioni, tra libertà e potere, e magari riuscendo a ridare fiato a una delle funzioni fondamentali per cui i Parlamenti esistono, cioè “fare [buona] legislazione”». Infine, nello stesso senso, cfr. anche G. D'ALESSANDRO, *Primi rilievi sulla natura non “eversiva” della proposta di modifica dell'art. 71 Cost. elaborata nell'ambito del programma di governo sulle riforme costituzionali all'inizio della XVIII Legislatura*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 1-2/2019, 12 aprile 2019, che ha parlato della proposta di riforma come di un compimento, assennato nei contenuti e cooperativo nelle modalità procedurali, del sistema rappresentativo italiano, che, lungi dallo stravolgerlo, ne avrebbe integrato un momento di effettiva rivitalizzazione.

Per completezza, deve pure darsi atto dell'espressione di una posizione intermedia tra quelle appena ricordate, che oscilla tra l'una e l'altra a seconda delle singole modifiche proposte dal progetto di revisione: in questo senso, si veda M. LUCIANI, *Intervento alla Tavola Rotonda AIC, Roma, 1° marzo 2019, “Iniziativa legislativa e referendum, le proposte di revisione costituzionale”*, cit., in part. 203 ss.

<sup>112</sup> Nel caso appena ricordato, infatti, va evidenziato come la proposta di cui all'Atto Camera n. 1173 fosse stata approvata in prima deliberazione presso la Camera dei deputati il 21 febbraio 2019, e trasmessa al Senato della Repubblica il giorno seguente. L'iter di relativa approvazione non si è concluso alla luce della caduta del Governo Conte I (dovuta alle dimissioni rappresentate dal Presidente del Consiglio dei Ministri il 20 agosto 2019). Allo stato delle cose, dunque, è questa la motivazione della sua mancata approvazione finale a opera del Parlamento, non essendovi certezza sul fatto che, laddove il procedimento fosse proseguito oltre, non sarebbe giunto a positiva conclusione.

<sup>113</sup> In tal senso, e per il momento, l'unica novità effettivamente introdotta è quella legata alla possibilità di raccolta in modalità telematica delle sottoscrizioni necessarie alla presentazione di una proposta di legge di origine popolare: come ricorda, infatti, a tal proposito, F. PALLANTE, *Referendum digitali e autodelegittimazione del Parlamento*, in

Proprio a tal riguardo, è di rilievo osservare come il minimo comune denominatore delle proposte di riforma appena ricordate sia integrato dalla previsione dello svolgimento di un *referendum* consultivo, da celebrare “in coda” alla presentazione di una proposta di legge di derivazione popolare al ricorrere di talune condizioni, normalmente ricollegate all’inerzia delle Camere ovvero alla mancata approvazione della proposta di legge.

Sembra allora d’interesse domandarsi se, al fine di potenziare e rendere più effettivo il potere di iniziativa conferito al popolo dall’art. 71 Cost., sia davvero indispensabile associarlo, sempre e comunque, a un altro istituto di democrazia diretta, ovvero se al medesimo risultato si possa pervenire concentrandosi solo su di esso.

In altri termini, ci si deve chiedere se l’iniziativa legislativa popolare possa camminare da sola, ovvero abbia necessariamente bisogno, per poterlo fare al meglio, del sostegno di altri istituti.

Al riguardo, v’è chi ha già espresso l’avviso per cui «solo se all’iniziativa legislativa popolare non approvata si riconnettesse un *referendum* approvativo sulla materia oggetto di iniziativa, ci troveremmo realmente di fronte ad uno strumento di democrazia diretta che prevede il ricorso al responso popolare»<sup>114</sup>.

L’opinione, che fa leva sull’interconnessione tra differenti istituti, è certamente comprensibile, ma si è comunque dell’avviso per cui la relativa portata possa essere, almeno in parte, ridimensionata.

Anzitutto, perché – come già anticipato a proposito della petizione – rispetto agli istituti di democrazia diretta, il concetto di effettività piena del rimedio rimane per sua stessa natura “inafferabile”. Infatti, al fine di non sovvertire la gerarchia, chiara nelle indicazioni della Costituente, tra le due dimensioni della democrazia, in ordine a quella diretta sono sì immaginabili soluzioni di rimedio all’odierna situazione di ineffettività, ma comunque pur sempre di tipo sollecitatorio nei confronti delle Camere, e mai impositivo.

Ma anche perché al fine di rendere maggiormente concreta la volontà popolare sottesa alla presentazione di una proposta di legge sono immaginabili anche meccanismi completamente differenti, slegati dallo svolgimento di eventuali *referendum*.

Si pensi, per esempio, a un sistema che, a più ampio raggio, contempi anzitutto un momento antecedente alla stessa presentazione di una proposta legislativa popolare, caratterizzato dal coinvolgimento del corpo elettorale.

In questo senso, potrebbe essere di qualche utilità prevedere una consultazione pubblica da svolgersi su piattaforme *on line* (in linea con l’evoluzione dei mezzi tecnologici che caratterizza l’attuale momento storico, e le cui potenzialità dovrebbero essere sfruttate rispetto all’art. 71 Cost. ben al di là della possibilità della raccolta telematica delle sottoscrizioni necessarie alla

---

[Osservatorio costituzionale](#), n. 6/2021, «È bastata l’approvazione di un emendamento al disegno di legge di conversione del decreto- legge su semplificazioni e Pnrr (decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, conv., con modif., nella legge 29 luglio 2021, n. 108) per riassegnare agli istituti di democrazia diretta del nostro ordinamento costituzionale una centralità che mancava loro da tempo. Fino a ieri, le cinquecentomila firme necessarie a proporre un *referendum* abrogativo (art. 75, comma 1, Cost.) o costituzionale (art. 138, comma 2, Cost.) e le cinquantamila firme con cui sostenere una legge d’iniziativa popolare (art. 71, comma 2, Cost.) andavano raccolte fisicamente, con i banchetti distribuiti sul territorio e i militanti per le strade, discutendo con gli elettori per convincerli a fermarsi e ad apporre la loro sottoscrizione. Oggi, tutto ciò è già un ricordo. Grazie alla nuova normativa, infatti, è oramai sufficiente attivare l’apposita piattaforma pubblica o aprire un sito Internet e – così recita la norma (art. 1, comma 344, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, come modificato dall’art. 38-quater, comma 1, lett. c, della legge 29 luglio 2021, n. 108) – raccogliere le firme «mediante documento informatico, sottoscritto con firma elettronica qualificata», senza necessità di successiva autenticazione. A partire dal 1° gennaio 2022 (art. 1, comma 343, della legge 30 dicembre 2020, n. 178), la piattaforma pubblica a ciò dedicata consentirà di procedere senza doversi assumere alcun onere, mentre, attualmente, il suo utilizzo è a pagamento per i promotori e l’impiego di siti ad hoc, anche possibile, è economicamente oneroso anche per i sottoscrittori».

In generale, sui riflessi di tale novità su iniziativa legislativa popolare e *referendum* abrogativo, cfr. G. DONATO, *Gli strumenti di democrazia partecipativa alla prova del digital switchover*, in [DPCE online](#), n. 2/2021, 1529 ss.

<sup>114</sup> Così, N. RODEAN, *La metamorfosi dell’iniziativa popolare: dalla Costituente alle attuali vicende costituzionali*, cit., 15, mediante richiamo a D. BEZZI, *Iniziativa legislativa popolare e forma di governo parlamentare*, cit., 43.

presentazione della proposta, pur recentemente introdotta<sup>115</sup>). A tale fase, propedeutica all'esercizio del potere in esame, dovrebbe pensarsi con la finalità, all'esito della consultazione, di enunciare ragioni apprezzabili a sostegno dell'iniziativa da intraprendere, al fine conseguente di direzionare il dibattito parlamentare e, quindi, per il tramite di esso, l'intervento del legislatore.

Sempre a fini di maggior tangibilità del potere di cui si parla, si potrebbe, anzi, configurare un duplice momento preliminare.

Infatti, in aggiunta a quanto sopra, una volta redatto il progetto di legge popolare<sup>116</sup>, se ne potrebbe subordinare l'effettiva presentazione alle Camere all'esito positivo del controllo effettuato da parte di un apposito organo (che potrebbe essere costituito *ad hoc*, o che, meglio ancora, potrebbe essere individuato nella Corte costituzionale), cui competerebbe un vaglio di ammissibilità del testo, da condursi avendo come parametro di riferimento i diritti inviolabili dell'uomo e i principi fondamentali sanciti in Costituzione. Tale delibazione, comunque – per ovvie ragioni – non preclusiva nei confronti di un successivo controllo di costituzionalità sull'atto legislativo eventualmente approvato, ove attivata e utilizzata a mò di filtro, potrebbe avere lo scopo di verificare che, a monte, il testo proposto al Parlamento non si ponga in contrasto con i più basilari dettami costituzionali.

Ovviamente, per rendere quanto più effettivo l'esercizio del potere in parola, a prescindere da tutto, sarebbe pur sempre necessario prevedere l'istituzione di un obbligo per i rami del Parlamento di pervenire a una deliberazione sulle proposte di derivazione popolare, con la connessa introduzione di scansioni temporali certe e ragionevoli per lo svolgimento del relativo *iter*. Al diritto dei cittadini di presentare proposte legislative dovrebbe, infatti, comunque, corrispondere il dovere delle Camere di esaminarle e pronunciarsi.

Quale rimedio prevedere, però – ed è questo il punto – in caso di inerzia del Parlamento?

È solo in relazione a tale ipotesi che si può realmente ragionare, non essendo possibile configurare soluzioni rimediali per il caso di non approvazione da parte delle Camere della proposta popolare.

Per le stesse ragioni già esposte in ordine al diritto di petizione, infatti, a chi scrive non appare possibile introdurre rimedi atti a forzare la mano al Parlamento rispetto all'approvazione di una certa proposta, posto che quella diretta, per quanto di rilievo, non può divenire la dimensione dominante della rappresentanza. A meno, si intende, di non voler andare contro le intenzioni dei padri costituenti.

Ebbene, nella specifica ipotesi in esame (di mancato rispetto, cioè, dei termini perentori), in alternativa alla celebrazione di un *referendum*, una più elevata effettività del potere esercitato dal popolo potrebbe essere garantita mediante ulteriori, distinte, soluzioni.

A tutta prima, si potrebbe pensare, ad esempio, a quella davvero estrema, che contempli uno stravagante meccanismo di approvazione legislativa *per silentium*, con la previsione, cioè, della tacita approvazione della proposta di legge presentata dal corpo elettorale (purché già vidimata dall'organo di controllo cui sopra si accennava), e conseguente attribuzione, quindi, all'inattività del Parlamento di una valenza significativa (proprio alla luce della garanzia della accertata conformità costituzionale della proposta popolare). Simile soluzione, al fine di non esautorare il ruolo delle Camere, ancorché colpevolmente inerti, dovrebbe comunque contemplare anche un meccanismo di “recupero” dell'esercizio delle relative funzioni, che potrebbe essere integrato dalla concessione di un termine al Parlamento entro il quale approntare una disciplina legislativa alternativa a quella proposta dal corpo elettorale (o quantomeno, avviare il relativo *iter*). Tale termine potrebbe farsi corrispondere a quello di *vacatio legis* del testo popolare implicitamente approvato ed essere

---

<sup>115</sup> Cfr. quanto già evidenziato *supra*, alla nota 108.

<sup>116</sup> Quando si allude alla redazione del progetto di legge di origine popolare, il riferimento è alla disciplina attualmente vigente, che prevede la necessità di una redazione in articoli, previa sottoscrizione da parte di una quota rilevante dei componenti il corpo elettorale.



configurato in modo tale, se attivato, da determinare la sospensione dell'*iter* di relativa entrata in vigore<sup>117</sup>.

È di tutta evidenza, però, che un simile scenario, se da un lato, rafforzerebbe di certo la partecipazione popolare alla vita politica del paese, dall'altro, avrebbe, però, l'effetto di stravolgere il sistema di democrazia rappresentativa prescelto dai costituenti, deviandolo in senso "plebiscitario". Da qui, dunque, il carattere di stravaganza a esso precedentemente riferito, e la fattiva non praticabilità di un'opzione di tal genere.

All'inerzia del Parlamento, potrebbe, allora, più semplicemente e opportunamente avviarsi in altro modo, prevedendo, ad esempio, a termini di scrutinio decorsi, l'istituzione di un Comitato composto dai rappresentanti dei firmatari della proposta popolare e dai membri della Commissione parlamentare competente per materia (di uno, o dell'altro ramo del Parlamento, a seconda di dove la proposta stessa sia stata presentata), con lo scopo di procedere alla discussione sulle linee generali del testo di legge, e integrare, dunque, l'atto di impulso dell'*iter legis* (sulla cui conclusione, in senso positivo o negativo rispetto alla volontà del corpo elettorale, comunque, l'ultima parola non potrebbe che essere rimessa alle Camere). In un sistema di tal fatta, il Parlamento potrebbe quindi, al più, "temporeggiare" fino alla scadenza dei termini fissati per l'esame delle proposte di legge di origine popolare, ma non oltre, soggiacendo, a quel punto, all'avvio forzoso del procedimento legislativo.

Si è dell'avviso per cui un simile impianto (maggiormente auspicabile rispetto al primo) per come appena teorizzato, e per quanto ovviamente non garantista in ordine all'approvazione finale della proposta di legge<sup>118</sup>, potrebbe comunque consentire non solo di rafforzare la partecipazione popolare alla gestione della *res publica*, ma anche di svolgere una altrettanto rilevante funzione di pungolo e stimolo all'attività del Parlamento rispetto alle esigenze della collettività, quali rappresentate nelle proposte da presentare alle Camere, affinché possano essere adeguatamente considerate nell'ambito dei lavori parlamentari.

Come si vede, dunque, sono molteplici le soluzioni riformatrici astrattamente praticabili al fine di avvicinare l'istituto alla soglia dell'effettività, e altrettanto evidenti sono anche le potenzialità, anche *ex se* considerato, del potere di iniziativa legislativa popolare.

È forse giunto il momento, indipendentemente dall'alternativa prescelta, di consentirne finalmente la massima espressione.

## 5. Il referendum abrogativo

Il riferimento alle fallite proposte di riforma dell'art. 71 Cost. che – come visto – prevedevano la celebrazione di un *referendum* di tipo consultivo, offre, infine, lo spunto per passare a trattare del principale strumento di democrazia diretta, rappresentato dal *referendum* abrogativo<sup>119</sup>.

Nonostante rappresenti una novità dell'ordinamento repubblicano<sup>120</sup>, il suo carattere centrale<sup>121</sup> tra gli istituti di diretto coinvolgimento del corpo elettorale può agevolmente evincersi dai lavori

---

<sup>117</sup> Per ovvie ragioni, però, pur pari a quello di *vacatio legis*, non potrebbe certo farsi corrispondere a quello ordinario di quindici giorni, ma dovrebbe essere più lungo, attestandosi, quantomeno, in sei mesi, se non in un anno, o più.

<sup>118</sup> Sul punto, si fa notare come, in realtà, neppure la previsione dello svolgimento di un *referendum* consultivo – prefigurato dalle proposte cui ci si riferiva in precedenza – garantisca il risultato in questione, ben potendo il corpo elettorale comunque esprimersi contro l'approvazione della proposta di legge (perché – ipotesi possibile – non condivisa dalla maggioranza), ovvero, a monte, potendosi pur sempre verificare il caso – laddove contemplato – di mancato raggiungimento del quorum strutturale di validità della consultazione.

<sup>119</sup> Per quanto, tuttavia, come già messo in evidenza alla nota 3, M. LUCIANI, *Art. 75*, cit., ne abbia contestato la riconduzione in questione, ritenendo che sia più corretto, in proposito, parlare di istituto di democrazia partecipativa, *sub specie* di tipo rappresentativo-referendario. In ogni caso, per una completa e recente ricostruzione del ruolo svolto dal *referendum* abrogativo nel corso della storia repubblicana, cfr. A. BARBERA - A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 2022.

dell'Assemblea costituente, ove di esso – a differenza di quanto accaduto per petizione e iniziativa legislativa popolare – si parlò e discusse animosamente<sup>122</sup>.

Particolarmente d'interesse, nella prospettiva di prevederne l'esplicazione nel nuovo ordinamento istituzionale, le parole dell'On. Mortati, che, nel difendere l'utilità dell'istituto, ebbe cura di evidenziare: «Si è osservato – ed è una vecchia accusa – che il *referendum* rompe l'unità dell'azione governativa, crea una frattura, una discontinuità, introduce degli elementi che potrebbero non armonizzare con la politica generale del Governo. ... Vi sarebbe, quindi, la constatazione di questo fenomeno della mancata saldatura tra popolo e rappresentanza parlamentare, e della disarmonia conseguente nello svolgimento di una data politica da parte degli organi costituzionali.

Ma io ritengo che è proprio la constatazione di questo fenomeno che giustifica l'istituto del *referendum*. È però ovvio che questo deve essere considerato diversamente, a seconda che si attua in un sistema parlamentare puro o in un sistema parlamentare che, in virtù dell'istituto dello scioglimento della Camera, si richiama ad elementi di democrazia diretta, perché lo scioglimento importa il deferimento all'arbitrato popolare di determinate controversie o questioni costituzionali. Il *referendum* è precisamente sulla stessa linea, risponde alle stesse esigenze e tende alla stessa finalità dello scioglimento: e quindi un regime che ammette questo, non può considerare ad esso ripugnante il *referendum*, che invece in certo modo lo completa»<sup>123</sup>.

Le motivazioni sottese alla sua introduzione nell'attuale art. 75 Cost. devono, dunque, principalmente ricercarsi nella funzione di dare evidenza di quella che viene definita «la mancata saldatura tra popolo e rappresentanza parlamentare» e, conseguentemente, di superare i limiti della democrazia rappresentativa, mettendo il popolo, laddove chiamato a esprimersi, in condizioni di esercitare a pieno quella sovranità che gli appartiene, ai sensi dell'art. 1 Cost.

Il *referendum* avrebbe, pertanto, dovuto consentire l'interlocuzione serena tra democrazia diretta e rappresentativa. Così, però, non è stato (o quantomeno, non è stato sempre).

---

<sup>120</sup> Analogamente a quanto già evidenziato in relazione all'iniziativa legislativa popolare, anche il *referendum*, va rimarcato, non era previsto dallo Statuto Albertino. Al riguardo, P.V. ULERI, *Referendum e democrazia. Una prospettiva comparata*, Bologna, 2003, 52, rammenta come l'unica forma di *referendum* contemplata nell'ordinamento statutario fosse quella prevista dall'art. 13 della l. n. 103/1903 per la ratifica delle decisioni dei Consigli comunali relative all'attivazione di servizi pubblici municipalizzati.

<sup>121</sup> Come ricorda M. VOLPI, *Referendum nel diritto costituzionale*, cit., 497, proprio il *referendum* abrogativo è tradizionalmente considerato come il più importante istituto di democrazia praticato negli Stati moderni e in quelli contemporanei.

<sup>122</sup> Per una panoramica esaustiva di quanto verificatosi in Assemblea costituente in ordine all'istituto del *referendum*, per tutti, cfr. F. PIZZOLATO - V. SATTA, *Art. 75*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, Torino, 2006, 1461, ove viene menzionato il «progetto di Costantino Mortati. Egli propose ben quattro tipi di *referendum*. Di questi, due dovevano essere di iniziativa governativa: uno volto a sospendere una legge che fosse stata approvata dal Parlamento e dunque da attivare nel caso di conflitto tra Governo e Parlamento; ed uno per consentire al popolo di decidere su di un progetto di legge che fosse stato bocciato dal Parlamento («i casi previsti per l'iniziativa del Governo sono due: per sospendere una legge approvata dalle Camere e viceversa per dar corso ad un disegno di legge respinto dal Parlamento»). Gli altri due *referendum* del progetto Mortati erano invece promossi direttamente dal corpo elettorale: «da una parte, iniziativa popolare che tende ad arrestare un procedimento legislativo già esaurito o ad abrogare una legge già entrata in vigore; dall'altra, iniziativa che tende ad introdurre nell'apparato legislativo modificazioni, che non siano state promosse dal Parlamento». Quest'ultima variante, che ricordava l'istituto dell'iniziativa popolare in uso negli Stati Uniti, veniva però adattata al modello statalistico italiano, in quanto si prevedeva la necessità dell'approvazione parlamentare. A ben vedere pertanto le fattispecie di *referendum* di iniziativa popolare risultavano essere tre: una per «arrestare» un procedimento legislativo; una per abrogare disposizioni già in vigore ed una, infine, per introdurre nuove disposizioni di iniziativa popolare».

Viene, inoltre ricordato che «La Commissione dei 75 aveva approvato tre tipi di *referendum*: quello abrogativo, quello risolutivo del conflitto tra Camere e quello sospensivo ... In Assemblea plenaria, come è noto, ottenne approvazione solo il *referendum* abrogativo, tolto il limite di vigenza dei due anni ed abbassato a 5 il numero dei Consigli regionali richiedenti».

<sup>123</sup> Quello riportato è un estratto del discorso tenuto dall'On. Mortati nel corso della seduta del 18 settembre 1947, in *Atti dell'Assemblea costituente*, VII, in part. 313.

La storia dell'istituto referendario è davvero peculiare<sup>124</sup>. Come è stato evidenziato, infatti, pur non mancando di produrre un qualche effetto positivo<sup>125</sup>, nel suo impiego il *referendum* abrogativo, più che avvalorare l'idea della convergenza del sottomodello rappresentativo-referendario vagheggiato dai Costituenti con quello della rappresentanza pura, ha finito, al contrario, per accreditare l'idea competitiva delle due democrazie (diretta e rappresentativa)<sup>126</sup>.

E ciò, sembra, per un concomitante ordine di ragioni, tra cui occorre operare un necessario distinguo anche da un punto di vista diacronico.

Esse, almeno fino al 1970, anno di entrata in vigore della l. n. 352/1970<sup>127</sup>, vanno sicuramente ricercate nell'inerzia del legislatore ordinario: la mancata tempestiva attuazione dell'art. 75 Cost. ha finito, infatti, per depotenziare notevolmente l'importante affermazione di principio contenuta all'art. 1, per cui la sovranità «appartiene» al popolo, e quindi per produrre gli stessi effetti anche sul *referendum* abrogativo. Il principio in questione, infatti, è rimasto per lungo tempo “assorbito” nella sola democrazia della rappresentanza, la quale, dunque, in quel frangente temporale, si è mostrata come la dimensione unica della democrazia, emarginando completamente quella diretta e, con essa, i relativi istituti.

È evidente la tensione che caratterizza il periodo storico in parola, in quanto la condotta omissiva del legislatore ha finito per imprigionare la volontà partecipativa del corpo elettorale<sup>128</sup>.

Il periodo di “prigonia”, peraltro, sarebbe proseguito anche oltre se non fosse stato per gli interessi propri del circuito politico. Se non fosse stato, in particolare, per le mire del partito di maggioranza relativa del momento, il quale, al fine di contrastare la legge sullo scioglimento del matrimonio, impossibilitato a farlo in Parlamento per mancanza dei numeri necessari, optò per la soluzione di compromesso di far sì approvare la normativa sul *referendum*, ma al preciso scopo di farlo indire, per la prima volta, proprio sulla legge sul divorzio, per ottenerne l'abrogazione<sup>129</sup>.

---

<sup>124</sup> Sul punto, per i rimandi storici sull'istituto in questione, cfr. A. CHIMENTI, *Storia dei referendum. Dal divorzio alla riforma elettorale*, Roma-Bari, 1999.

<sup>125</sup> Li mettono in evidenza A. BARBERA - A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, cit., in part. 246-248, secondo cui lo strumento referendario ha svolto un ruolo assai positivo nella dialettica della democrazia pluralista, in quanto ha contribuito a mettere in moto significativi processi di trasformazione sociale e politica, non solamente quando ha aperto la strada a fondamentali diritti civili e sociali (si pensi all'aborto, o al divorzio), ma anche quando ha chiamato il corpo elettorale a pronunciarsi su questioni istituzionali di essenziale importanza per il funzionamento delle strutture democratiche. Ad avviso degli A., inoltre, il *referendum* ha, altresì, svolto l'essenziale funzione di rimodellare il sistema politico tradizionale (quello che era risultato all'esito dei lavori della Consulta, e che aveva il proprio fulcro nel sistema dei partiti), consentendo il passaggio verso un modello politico bipolare e anticonsociativo, nonché quella di rappresentare il mezzo mediante il quale movimenti o altre organizzazioni emergenti dal contesto sociale hanno potuto manifestarsi per sciogliere nodi irrisolti o proporre alla classe politica nuovi temi di discussione.

<sup>126</sup> È di questa idea P. CARNEVALE, *I rischi dell'utopia della c.d. democrazia diretta*, cit., 4, il quale, più nel dettaglio, è dell'avviso per cui «la storia del *referendum* abrogativo in Italia possa genericamente definirsi con la formula sintetica dell'innesto mancato, che sta ad indicare il tendenziale fallimento della prospettiva sinergica (ed irenica) di funzionalizzazione dello stesso alla crescita della capacità di risposta del sistema rappresentativo e l'affermazione di un prevalente connotato antagonista e non cooperativo del *referendum*».

<sup>127</sup> Si tratta della «legge [che] determina le modalità di attuazione del referendum» di cui parla il comma 5 dell'art. 75 Cost.

<sup>128</sup> La condotta del legislatore si spiega alla luce della diffidenza mostrata dai partiti politici nei confronti dell'istituto, del timore, cioè, che l'attivazione dello strumento del *referendum* avrebbe potuto intaccare la centralità, loro e del Parlamento.

<sup>129</sup> Il riferimento è alla Democrazia Cristiana e al *referendum* abrogativo svoltosi il 12 e 13 maggio 1974, che si proponeva di abrogare la legge istitutiva del divorzio (ossia, la legge n. 898/1970, recante «Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio») entrata in vigore nel dicembre del 1970. Nella tornata referendaria in questione, furono 33.023.179 gli elettori che si recarono alle urne. Di questi, 19.138.300 (ossia, il 59,26%) votarono contro l'abrogazione della legge, mentre i voti favorevoli furono “solo” 13.157.558 (pari al 40,74%).

In generale, per una più ampia ricostruzione della vicenda inerente al descritto compromesso che portò all'approvazione della l. n. 352/1970, cfr. A. CHIMENTI, *Storia dei referendum, Dal divorzio alle consultazioni elettorali*, Bari, 1990, 20 ss., nonché, più di recente, A. BARBERA - A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, cit., in part. 19 ss., i quali intravedono proprio nei nodi lasciati scoperti dalla legge sul *referendum* dall'«urgenza di provvedere all'“emergenza” del divorzio» la principale causa giustificativa di gran parte degli ostacoli posti alle diverse richieste referendarie che si sono succedute a partire dal 1970 (*ivi*, 241).

Terminato il periodo di segregazione, ha poi avuto inizio la stagione degli abusi perpetrati dalla dinamica politico-partitica.

Ben presto, infatti, il *referendum* abrogativo è divenuto il principale strumento di lotta politica, utilizzato da un partito, quello radicale, che, pur sedendo in Parlamento, lo ha piegato a mezzo di contrasto dell'*establishment* dei diversi periodi storici<sup>130</sup>. Si consideri, infatti, che dal 1974 al 2005, il partito radicale e gli altri movimenti e associazioni legati ai radicali italiani hanno promosso ben centodieci *referendum*, quarantasette dei quali (sui settantadue fino a oggi svoltisi in Italia) sono stati effettivamente votati<sup>131</sup>.

Questa pratica, definita dei *referendum* “a grappolo”<sup>132</sup>, ossia di *referendum* proposti non solo in numero significativo (in disarmonia con la natura eccezionale del rimedio), ma anche su temi eterogenei, e non sempre di primaria importanza<sup>133</sup>, ha finito, di fatto, per svilire l'essenza dell'istituto.

Ma le conseguenze dell'abusivo utilizzo fattone nella prassi non si sono limitate a ciò.

A tale impiego, infatti, a tutela della democrazia rappresentativa, è seguita la reazione del giudice costituzionale che, con la storica [sentenza n. 16 del 1978](#), ai fini dell'ammissibilità delle richieste referendarie, è venuto a delineare una serie di limiti ulteriori a quelli espressamente previsti al capoverso dell'art. 75<sup>134</sup>.

Tale intervento ha inciso notevolmente sul *referendum*.

Se da un lato, infatti, l'istituto si è visto costretto a utilizzi non propriamente consoni, dall'altro, e per effetto di essi (quale elemento di novità indotto dal primo) si è ritrovato pure sottoposto a rilevanti limiti di ammissibilità, i quali, impedendone in molti casi la celebrazione, hanno contribuito seppur involontariamente a ostacolare la piena esplicazione della sua funzione propria.

Non si cada comunque nell'equivoco di credere che la storia del *referendum* abrogativa sia stata condizionata da un solo partito. È, infatti, al circuito partitico in generale che, almeno dal 1970 in poi, si deve imputare l'insuccesso dell'istituto<sup>135</sup>.

---

<sup>130</sup> Sull'impiego dello strumento referendario da parte del partito radicale, si vedano, per maggiori approfondimenti, A. PANEBIANCO - M. TEODORI, *Referendum e conflitto politico*, in AA.VV., *Referendum, ordine pubblico, costituzione. Rispondono i giuristi*, Atti del primo convegno giuridico organizzato dal gruppo parlamentare radicale, svoltosi a Firenze l'8-9 ottobre 1977, Milano, 1978, 167, nonché M. PANNELLA, *Il referendum per l'attuazione della Costituzione*, n AA.VV., *Referendum, ordine pubblico, costituzione. Rispondono i giuristi*, Atti del primo convegno giuridico organizzato dal gruppo parlamentare radicale, svoltosi a Firenze l'8-9 ottobre 1977, Milano, 1978, 174.

<sup>131</sup> Nel dettaglio, i *referendum* promossi dai radicali ed effettivamente celebrati sono quelli del 11 e 12 giugno 1978, del 17 e 18 maggio 1981, dell'8 e 9 novembre 1987, del 3 e 4 giugno 1990, del 18 e 19 aprile 1993, dell'11 giugno 1995, del 15 giugno 1997, del 21 maggio 2000, e, infine, del 12 e 13 giugno 2005.

<sup>132</sup> Così, proprio in relazione all'esperienza dei radicali, li definisce sempre P. CARNEVALE, *I rischi dell'utopia della c.d. democrazia diretta*, cit., 4.

<sup>133</sup> Come riferiscono A. BARBERA - A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, cit., 9, i cittadini italiani sono stati chiamati a pronunciarsi direttamente sulle più disparate questioni, «alcune di grande rilevanza, altre al limite del futile». Tanto per comprendere, infatti, si è passati dai *referendum* inerenti alle grandi battaglie sui diritti fondamentali (il riferimento non può che essere al *referendum* sul divorzio del 1974, o a quello sull'aborto del 1981) a *referendum*, potremmo dire, di minore *appeal* e importanza pratica (come quelli, tanto per fare un esempio, relativi all'abolizione dei poteri speciali riservati al Ministero del tesoro nelle aziende privatizzate, del 1997, o all'obbligo per i proprietari terrieri di dar passaggio alle condutture elettriche sui loro terreni, del 2003).

<sup>134</sup> Li rammenta, tra gli altri, G. AZZARITI, *Il “modello” della sentenza n. 16 del 1978 e il carattere abrogativo del referendum: un ritorno al futuro?* in [Costituzionalismo.it](#), n. 2/2005, ricordando come con tale pronuncia la Corte abbia individuato quattro criteri, ritenendo inammissibili: i) le richieste relative agli atti legislativi dotati di una forza passiva peculiare, ii) quelle aventi per oggetto disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato, iii) quelle concernenti disposizioni produttive di effetti collegati in modo così stretto all'ambito di operatività delle leggi espressamente indicate dall'art. 75 cit. che la preclusione debba ritenersi sottintesa (i c.d. limiti impliciti), iii) e, infine, quelle formulate in modo da contenere una pluralità di domande eterogenee, carenti di una matrice razionalmente unitaria (il c.d. limite d'ordine ontologico).

<sup>135</sup> Secondo M. VOLPI, *Referendum nel diritto costituzionale*, cit., 509, sono anche altre le cause della trasformazione dell'istituto. L'A. riferisce, infatti, che «Nella prassi successiva alla legge di attuazione 25-5-1970, n. 352, il *referendum* abrogativo ha acquisito un ruolo e un'importanza che va bene al di là delle intenzioni originarie del costituente. Ciò è derivato in gran parte dalla imprevedibilità di tale istituto, determinata da varie ragioni:

In questo senso, a dimostrazione dell'assunto – e solo per citare un esempio<sup>136</sup> – basti pensare alla «prassi dell'*evirazione referendaria*, seguita dalle forze politiche avverse all'iniziativa di abrogazione popolare e che si sostanzia nel suo disinnescamento perseguito attraverso l'invito a non recarsi alle urne, in modo da far saldare il dissenso all'abrogazione alla quota di fisiologica (e crescente) astensione che connota le consultazioni popolari [che] ... ha non poco contribuito al fallimento di buona parte dei *referendum* abrogativi passati indenni al vaglio di ammissibilità della Corte costituzionale»<sup>137</sup>. Si tratta di una pratica, di esaltazione del valore politico dell'astensionismo<sup>138</sup>, che, generalmente incentivata dalle forze politiche favorevoli alla legge sottoposta a scrutinio popolare, oltre a dar luogo allo snaturamento della logica sottesa a ogni richiesta referendaria<sup>139</sup>, ha pure condotto all'insuccesso di ben trenta degli ultimi trantaquattro *referendum* abrogativi che sono stati celebrati<sup>140</sup>.

Si tratta di un numero davvero significativo<sup>141</sup>, che nella sostanza ha sicuramente concorso a determinare la supremazia di quel «governo d'Assemblea» che, nelle parole dell'On. Ruini, Presidente della Commissione per la Costituzione, avrebbe dovuto essere contrastato proprio dal *referendum* abrogativo, sempreché, evidentemente, se ne fosse fatto un «uso equilibrato»<sup>142</sup>.

Dell'equilibrio in parola però – e lo si è visto – non si scorge traccia nella prassi sin qui seguita.

Proprio a tal riguardo, è d'interesse far rilevare come nel quadro attuale un'iniziativa referendaria possa avere effettive *chances* di superare i molteplici ostacoli che si frappongono alla

---

l'eccezionalità del *referendum* abrogativo rispetto all'esperienza di altri ordinamenti; il suo carattere residuale e casuale; l'elusione della questione del rapporto tra di esso e la forma di governo». A. BARBERA - A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, cit., 248, sono dell'avviso per cui l'impiego dei *referendum* ha rappresentato «l'effetto non la causa della crisi del sistema dei partiti».

<sup>136</sup> Ma ve ne sarebbero anche altri. Tra tutti, il più rilevante sembra essere quello della violazione del c.d. vincolo referendario (ossia, del divieto di reintrodurre la normativa abrogata per volontà popolare) in cui il legislatore rappresentativo è più volte incorso. Lo ricorda, tra gli altri, E. DE MARCO, *Il referendum uno strumento ormai «spuntato»?* in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, vol. III, Torino, 2011, in part. 1078-1079.

<sup>137</sup> L'espressione, particolarmente efficace per descrivere il fenomeno in questione, riferito alla generalità delle forze politiche, è di P. CARNEVALE, *I rischi dell'utopia della c.d. democrazia diretta*, cit., in part. 9/10.

<sup>138</sup> Sul valore politico dell'astensione cfr. M. RUOTOLO, *Referendum in materia elettorale e unitarietà della volontà popolare*, in a cura di F. Modugno - G. Zagrebelsky, *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, Torino, 2001, 245 ss., secondo cui l'astensione può essere collegata o alla mancanza di interesse alla consultazione o alla volontà di contribuire al mancato raggiungimento del quorum elettorale. È paradossale, fanno rilevare A. BARBERA - A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, cit., 244, che l'utilizzo politico dell'astensionismo con riguardo al *referendum* sia stato incoraggiato proprio dal leader referendario per eccellenza, Marco Pannella, in occasione del *referendum* sulla scala mobile del 1985.

<sup>139</sup> Cfr. A. BARBERA - A. MORRONE, *op. ult. cit.*, in part. 244. L'appello all'astensione, infatti, non ha solo alterato le regole della partecipazione democratica, scambiando il diritto di decidere a favore o contro una certa proposta con l'assenza di qualsiasi determinazione soggettiva, ma ha anche determinato lo snaturamento di cui si è detto, perché la richiesta referendaria «nell'ammettere solo l'opzione tra un Sì e un No, certamente esclude che si possa scambiare – come pure da parte di taluno è stato fatto – il No alla domanda referendaria con la posizione di chi si astiene dall'assumere qualsiasi decisione in merito».

<sup>140</sup> Il riferimento è a tutti i *referendum* abrogativi svoltisi a partire dal 15 giugno 1997 a oggi, con l'unica eccezione dei quattro tenutisi il 12 e 13 giugno 2011, gli unici – come detto – rispetto ai quali è stata raggiunta la soglia del quorum strutturale del 50% + 1 degli aventi diritto al voto.

<sup>141</sup> Al riguardo, proprio rispetto a questi dati, E. DE MARCO, *Democrazia in trasformazione: i nuovi orizzonti della democrazia diretta*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 1/2017, in part. 8, parla di «brusca inversione di tendenza» verificatasi dal 1997 in poi, di cui individua le cause nel grado di scarsa «attrattività» dei quesiti referendari proposti, dell'abuso del ricorso allo strumento referendario, nella scarsa chiarezza e/o nell'eccessiva tecnicità dei quesiti e, infine, soprattutto, nelle tattiche di astensionismo partitico, nonché nella diffusione tra gli elettori del senso di inutilità del responso popolare a fronte di casi di reintroduzione da parte del legislatore di normative analoghe a quelle abrogate.

<sup>142</sup> Questo l'estratto del discorso dell'On. Ruini, pronunciato nella seduta del 12 marzo 1947 in sede di discussione generale del progetto di Costituzione, in *Atti dell'Assemblea costituente*, III, 2010 ss.m in part. 2021: «Vi è nel *referendum* un filone della nostra Costituzione, un lato nuovo, che attinge alle fonti della sovranità popolare; e che contrasta con le sue stesse armi alla tesi dell'unico governo d'Assemblea. La novità non è certo pericolosa, nell'uso equilibrato che ne fa il progetto».

sua celebrazione<sup>143</sup> solamente quando (e in quanto) si configuri come il frutto di un “percorso” preciso e non di un impiego strumentale, in senso oppositivo alla rappresentanza politica e al legislatore rappresentativo. Quando, cioè, detto in altre parole, mediante l’attivazione dell’*iter* referendario, la democrazia diretta intenda davvero dialogare in senso costruttivo con quella rappresentativa, in forma ovviamente abrogativa, allo scopo di stimolare un intervento legislativo che sia in grado di cogliere l’esito referendario.

Un percorso di tal fatta, tanto per fare un esempio, ha caratterizzato, non a caso, i *referendum* svoltisi il 12 e 13 giugno 2011, ossia gli unici quattro – si è detto – di tutti quelli celebratisi dal 1997 in poi (ben trentaquattro), che sono riusciti a raggiungere il quorum strutturale del 50% più uno degli aventi diritto al voto. Allora, infatti, presero parte al voto oltre ventisette milioni di cittadini<sup>144</sup>. Si tratta di un numero importante e degno di considerazione, sia di per sé, e sia se si tiene presente che il corpo elettorale era stato chiamato in quell’occasione a esprimersi su questioni connotate da evidenti profili di tecnicismo<sup>145</sup>, ma che può, tuttavia, giustificarsi e comprendersi proprio alla luce dell’importante retroterra di partecipazione che ne aveva connotato l’indizione.

In quel caso, infatti, la consultazione popolare referendaria, in relazione a uno dei quesiti, era stata preceduta dalla presentazione di una proposta di legge popolare, particolarmente partecipata<sup>146</sup>. Proprio a conferma del fatto che, quando la partecipazione popolare – come detto – viene debitamente a esplicarsi, la sovranità popolare si svincola dalle maglie della democrazia rappresentativa, manifestandosi in altre legittime forme.

Purtroppo, non sempre (*rectius*, quasi mai) è così. Per cui, e nonostante abbia già iniziato a giovare degli sviluppi della tecnologia digitale<sup>147</sup>, anche rispetto al *referendum* abrogativo ci si

---

<sup>143</sup> Si fa riferimento, oltre ai già citati limiti espliciti dell’art. 75 Cost., e a quelli impliciti da essi desunti dalla Corte costituzionale, anche agli elementi ulteriori della raccolta delle firme (ancorché oggi agevolata dalla previsione, contenuta nel già citato decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, di raccolta «mediante documento informatico, sottoscritto con firma elettronica qualificata», senza necessità di successiva autenticazione), del giudizio di ammissibilità della Corte costituzionale e, infine, del raggiungimento del quorum strutturale, obiettivo che, tanto più alla luce del dato fattosi registrare nel corso delle ultime tornate elettorali, dimostrate di una partecipazione del corpo elettorale alla vita politica del paese ai minimi termini, risulta oggi particolarmente complesso.

<sup>144</sup> Nella tornata referendaria di cui si tratta, infatti, il quorum strutturale superava i venticinque milioni di elettori (per la precisione, 25.209.425), e venne raggiunto da tutti e quattro i quesiti, con le seguenti percentuali: 54,81% (per il primo quesito), 54,82% (per il secondo), 54,79% (per il terzo) e 54,78% (per il quarto).

<sup>145</sup> Il primo quesito riguardava, infatti, l’abrogazione della norma (l’art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, conv., con modif., nella legge 6 agosto 2008, n. 133) che consentiva di affidare la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica solo a soggetti privati scelti a seguito di gara a evidenza pubblica o a società di diritto pubblico con partecipazione azionaria di privati, consentendo la gestione *in house* solo al ricorrere di situazioni del tutto eccezionali, che non permettevano un efficace e utile ricorso al mercato; il secondo aveva, invece, a oggetto l’abrogazione parziale della norma che stabiliva la determinazione della tariffa per l’erogazione dell’acqua, nella parte in cui prevedeva che tale importo includesse anche la remunerazione del capitale investito dal gestore (dunque, nel dettaglio, dell’art. 154, comma 1, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, limitatamente alla seguente parte: «dell’adeguatezza della remunerazione del capitale investito»); il terzo concerneva poi l’abrogazione delle norme (quelle contenute nell’art. 5, commi 1 e 8, del decreto-legge 31 marzo 2011 n. 34, conv. con modif., nella legge 26 maggio 2011, n.75) che consentivano, sia pure all’esito di ulteriori evidenze scientifiche sui profili relativi alla sicurezza nucleare e tenendo conto dello sviluppo tecnologico in tale settore, di adottare una strategia energetica nazionale che non escludesse espressamente la produzione nel territorio nazionale di energia elettrica nucleare; il quarto, infine, riguardava l’abrogazione della disciplina differenziata del legittimo impedimento a comparire in udienza, applicabile ai soli titolari di cariche governative, di cui all’art. 1, commi 1, 2, 3, 5 e 6, e all’art. 2 della legge 7 aprile 2010, n. 51, quale risultante a seguito della [sentenza n. 23 del 2011 della Corte costituzionale](#).

<sup>146</sup> Il riferimento è, in particolare, al quesito concernente la gestione della risorsa idrica (il secondo), preceduto dall’intervenuta presentazione, nel luglio del 2007, di una proposta di legge di origine popolare intitolata «Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque e disposizioni per la ripubblicizzazione del servizio idrico», sottoscritta da ben 406.626 cittadini appartenenti al corpo elettorale, la quale si proponeva il perseguimento dei seguenti obiettivi: la tutela dell’acqua e della sua qualità, la ripubblicizzazione del servizio idrico integrato e la gestione dello stesso mediante strumenti di democrazia partecipativa.

<sup>147</sup> Il riferimento è alla recente novella legislativa (di cui al già citato decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77) che ha introdotto, come già ricordato, la previsione della digitalizzazione della raccolta delle firme necessarie per attivare l’*iter* referendario.

deve necessariamente porre in una prospettiva riformatrice che possa consentire all'istituto di andare a colmare il vuoto lasciato dai partiti politici nella gestione del rapporto tra rappresentanti e rappresentati.

Rimetterlo in carreggiata non è, però, di certo operazione semplice, né sarebbe comunque possibile rinvenire l'unanimità dei consensi rispetto a eventuali proposte di riforma<sup>148</sup>.

Si è, tuttavia, dell'avviso per cui vi siano, a monte, degli interventi necessari, da condividersi in senso assoluto.

Anzitutto, e prima di ogni altra considerazione, urge, infatti, un intervento legislativo di novella della legge n. 352/1970, in senso attualizzante degli approdi della Consulta<sup>149</sup>. Sul punto, invero, già autorevole dottrina ha messo in evidenza l'inidoneità della condotta sin qui serbata dal legislatore che, lungi dal provvedere compiutamente con il fine di colmare le lacune del testo normativo, spesso evidenziate in senso critico dalla Corte costituzionale, ha realizzato interventi «alquanto limitati nelle ambizioni e nei contenuti per giunta sovente estemporanei e ispirati a una logica derogatoria e non sistemica»<sup>150</sup>. Altrettanto pressante appare poi l'esigenza di diluire quella cortina di fumo che si è venuta a creare in ordine alla stessa esperibilità del rimedio per effetto degli ondivaghi indirizzi che, in punto di ammissibilità delle iniziative referendarie, sono stati nel tempo espressi dal giudice costituzionale<sup>151</sup>. In questo senso, potrebbe essere idoneo al raggiungimento dello scopo un intervento legislativo di positivizzazione dei criteri del giudizio della Consulta, o, in alternativa, in assenza di tale predeterminazione positiva, di anticipazione del momento di relativo svolgimento (già all'atto, e quindi immediatamente dopo, la raccolta e il deposito di un dato numero di sottoscrizioni, così da incidere subito sulla sorte del quesito referendario, senza attendere l'espletamento del lungo e complesso *iter* prefigurato dalla disciplina vigente)<sup>152</sup>.

---

<sup>148</sup> Come dimostra proprio il caso della raccolta digitale delle firme di cui si è detto nella nota che precede. Si tratta, infatti, di una novità che, pur imposta di fatto dallo sviluppo tecnologico e salutata con favore da molti, non è, però, andata esente dalle critiche di tali altri. In questo senso, si può fare menzione, ad esempio, delle opinioni espresse da F. PALLANTE, *Referendum digitali e autodelegittimazione del Parlamento*, cit., 344 ss., secondo cui l'immediata raccolta delle sottoscrizioni consentita dagli strumenti telematici (novità che – l'A. sottolinea – è stata introdotta mediante mera approvazione, peraltro in Commissione, di un emendamento proposto al disegno di legge di conversione del relativo decreto, che, in origine, nulla disponeva al riguardo) finisce per enfiare eccessivamente l'*emotio* della contrapposizione sottesa all'iniziativa referendaria, e spolitizza la partecipazione popolare alle decisioni che interessano la vita collettiva, eliminando il momento del confronto.

<sup>149</sup> In questo senso, ad esempio, P. CARNEVALE, *I rischi dell'utopia della c.d. democrazia diretta*, cit., 7, auspica la riforma dell'art. 37, comma 3, nel senso dell'introduzione dell'obbligatorietà della previsione del differimento degli effetti dell'abrogazione popolare in ipotesi di leggi costituzionalmente necessarie, nonché del prolungamento (che l'A. propone fino a un anno) del termine di sospensione di efficacia della stessa.

<sup>150</sup> Così si esprime M. LUCIANI, *Art. 75*, cit., 198. In questo stesso senso, si veda anche M. VOLPI, *Referendum nel diritto costituzionale*, cit., 510, per cui l'inadeguatezza della legge n. 352/1970, pur se unanimemente sottolineata dalla dottrina, non ha portato all'approvazione di una nuova disciplina complessiva, ma solo di deroghe o modificazioni comunque non decisive.

<sup>151</sup> Sul punto, G. AZZARITI, *Il "modello" della sentenza n. 16 del 1978 e il carattere abrogativo del referendum: un ritorno al futuro?* cit., afferma, assumendo come momento iniziale della propria riflessione la già citata [sentenza n. 16 del 1978](#), che «Il tempo intercorso da quella "storica" decisione ha mostrato una giurisprudenza costituzionale sempre più indeterminata ed ondivaga, caratterizzata da un'applicazione di criteri di inammissibilità sempre più sfuggenti. Viene da chiedersi se questa perdita di certezza – o almeno di prevedibilità – possa farsi risalire a quella primigenia sentenza ovvero, all'opposto, se sia stata causata dall'essersi allontanati dalla ratio che proprio quella decisione "pedagogica" aveva cercato di affermare». Nello stesso senso, si esprimono A. BARBERA - A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, cit., 243, che parlano del dissolvimento della giurisprudenza costituzionale in materia in una «casistica incoerente, difficilmente prevedibile, e, in ultima analisi, impossibile da controllare» alla luce dell'insuccesso del giudice costituzionale nel tentativo di orientare univocamente il controllo di ammissibilità.

Sulla specifica questione, per approfondimenti, si veda P. CARNEVALE, *Il «referendum» abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale*, Padova, 1992, nonché a: G.M. SALERNO, *Il referendum*, Padova, 1993; A. MANGIA, *Referendum*, Padova, 1999; A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2010.

<sup>152</sup> La proposta di anticipazione del momento di svolgimento del giudizio di ammissibilità è avanzata da A. BARBERA - A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, cit., 244, che alla relativa attuazione ricollegano l'effetto di un'auspicabile attenuazione delle ricadute politico-costituzionali del giudizio di ammissibilità.

Sempre nella medesima prospettiva poi, in un'ottica di più ampio intervento, potrebbe inoltre mettersi mano all'elemento del controllo preventivo, la cui duplicità ha spesso ingenerato problemi di vario genere, anche – come è stato evidenziato – per la scarsa attitudine dell'Ufficio Centrale per il *referendum* a svolgere un controllo che non è solamente di tipo tecnico<sup>153</sup>. In questo senso, si potrebbe pensare all'accentramento presso la Corte costituzionale di ogni forma di controllo.

In passato, in ogni caso, sono state più volte intraprese azioni finalizzate alla riforma dell'istituto, anche mediante intervento diretto sull'art. 75 Cost. In varie occasioni, come costante, è stata avanzata l'idea di intervenire sull'elemento rappresentato dal numero di sottoscrizioni necessarie all'attivazione del procedimento referendario<sup>154</sup>, nonché su quello afferente al quorum strutturale<sup>155</sup>, le cui proposte di modifica, in taluni casi, sono state finanche combinate con gli interventi sul primo<sup>156</sup>.

Alla luce del fallimento di (quasi) tutte le più recenti consultazioni referendarie e nell'ottica di restituirlo alla sua funzione propria, l'esigenza di riforma sottesa a tali interventi è stata particolarmente avvertita nel periodo più recente, e ha finito per prevalere su quelle che erano state, invece, prefigurate precedentemente al consolidamento dell'astensionismo partecipativo<sup>157</sup>.

---

<sup>153</sup> In questo senso, cfr. A. PIZZORUSSO, *I controlli di ammissibilità del referendum*, in *Quad. Cost.*, n. 2/1985, 273 ss.

<sup>154</sup> Come ricordano F. PIZZOLATO - V. SATTA, *Art. 75*, cit., 1483, in part. nota 196, la c.d. Bicamerale D'Alema (XIII legislatura), ad esempio, propose l'innalzamento delle sottoscrizioni a 800.000.

<sup>155</sup> L'idea è stata, da ultimo, avanzata nel corso della XVIII legislatura, e, più nel dettaglio, nell'ambito della proposta di legge costituzionale presentata dai deputati Ceccanti e altri (Atto Camera n. 727), rubricata «Modifica all'articolo 75 della Costituzione, concernente la determinazione del *quorum* per la validità del *referendum* abrogativo», avente a oggetto la modifica dell'art. 75, comma 4, Cost., nel modo che segue: «La proposta soggetta a *referendum* è approvata se ha partecipato alla votazione una quota degli aventi diritto pari alla maggioranza dei votanti alle elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati immediatamente precedenti la data di svolgimento del *referendum* e se è raggiunta la maggioranza dei voti validamente espressi».

In dottrina, si sono espressi a favore di modifiche all'elemento del quorum in questione, A. BARBERA - A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, cit., in part. 244-246, a parere dei quali proprio quello del quorum strutturale rappresenterebbe il “vero problema” da risolvere. Gli A., infatti, dopo aver sottolineato che la scelta dell'Assemblea costituente di richiedere la partecipazione al voto del 50% più uno degli aventi diritto al voto era legata al dato reale di una partecipazione elettorale ordinaria superiore al 90% degli aventi diritto, parlano di sopravvenuto svuotamento di contenuto delle ragioni che giustificavano la scelta dei padri costituenti: «In un sistema in cui l'astensionismo fisiologico si colloca intorno al 20-30%, le possibilità concrete che sia raggiunto il quorum del 50% più uno degli aventi diritto si hanno solo allorché i No decidono di recarsi a votare perché in partenza sicuri di realizzare una netta prevalenza sui Sì. Nell'ipotesi inversa, infatti, coloro che sostengono il No in posizione minoritaria, hanno sperimentato di potere più facilmente “vincere il *referendum*” non andando a votare, unendosi a coloro che intendono comunque astenersi». A fronte del quadro descritto, la proposta che viene avanzata al fine di «mantenere vitale ed efficace lo strumento referendario» si attesta sull'eliminazione e/o, quantomeno, riduzione del quorum, anche in forma flessibile, ancorandone, cioè, la misura alla metà più uno dei cittadini dimostratisi politicamente attivi nel corso delle ultime elezioni politiche.

<sup>156</sup> In questo caso il riferimento è al disegno di legge costituzionale di modifica della seconda parte della Costituzione, che, approvato con modificazioni dalla Camera il 15 marzo del 2015, oltre a introdurre *referendum* popolari propositivi e d'indirizzo, proponeva di intervenire anche sull'art. 75 Cost., prevedendo, in particolare, all'art. 15, la sostituzione del vigente testo con il seguente: «È indetto referendum popolare per deliberare l'abrogazione, totale o parziale, di una legge o di un atto avente forza di legge, quando lo richiedono cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali. Non è ammesso il referendum per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali. Hanno diritto di partecipare al referendum tutti gli elettori. La proposta soggetta a referendum è approvata se ha partecipato alla votazione la maggioranza degli aventi diritto o, se avanzata da ottocentomila elettori, la maggioranza dei votanti alle ultime elezioni della Camera dei deputati, e se è raggiunta la maggioranza dei voti validamente espressi. La legge determina le modalità di attuazione del referendum». La proposta in questione ancorava, dunque, la soglia del quorum strutturale al numero delle sottoscrizioni raccolte per l'avvio della procedura referendaria, variando la prima in relazione alla seconda.

<sup>157</sup> Ci si può riferire, ad esempio, alla «evidente incongruenza tra la previsione di un quorum di partecipazione (pari alla maggioranza degli aventi diritto) e l'assenza di un qualsiasi quorum relativo alla validità del risultato. Ciò ha prodotto l'abnorme conseguenza che i tre *referendum* dichiarati invalidi nel 1990 per la mancata partecipazione al voto della maggioranza degli elettori abbiano ottenuto un numero di voti favorevoli nettamente superiore a quelli ricevuti dai



In generale, in materia di *referendum* abrogativo, v'è chi ha auspicato la realizzazione di riforme di più ampio raggio, che conducano, a monte, «a ripensare le origini dell'istituto referendario, per superare i limiti “culturali” della scelta fatta dai Costituenti e muovere nella prospettiva di immaginare forme di vera e propria partecipazione/deliberazione popolare valorizzando appieno le matrici democratico-pluralistiche di una simile soluzione»<sup>158</sup>.

Chi scrive è dell'avviso per cui, in realtà, per rinvigorire la democrazia diretta nella dimensione del *referendum* basterebbe anche fare meno, ma in un'ottica collaborativa: gli auspicabili interventi legislativi di cui si è detto, infatti, uniti a un utilizzo maggiormente morigerato del *referendum* (in linea con la sua natura eccezionale e residuale) e al più ampio senso di responsabilità del circuito politico-partitico (che dovrebbe evitare di infrangere surrettiziamente il vincolo referendario, o invocare l'astensionismo popolare) già potrebbero consentirgli di riprendere la via dell'espletamento della funzione specificamente assegnatagli in Assemblea costituente e che, nella storia repubblicana, solamente per pochi anni il *referendum* è davvero riuscito a svolgersi a pieno<sup>159</sup>.

## 6. Brevi considerazioni conclusive

Una breve riflessione conclusiva.

Dall'analisi svolta nelle righe che precedono è emersa evidente la *mala gestio* che, nei primi settantacinque anni di storia repubblicana, ha connotato l'impiego degli istituti di democrazia diretta, per i motivi esposti in relazione a ciascuno di essi.

L'immagine che risulta dal quadro esaminato, purtroppo, è quella di una storica e «vicendole inimicizia» tra democrazia rappresentativa e diretta<sup>160</sup>.

Eppure, tra le due forme di democrazia in questione non è affatto rinvenibile una sorte di contrasto genetico insuperabile<sup>161</sup>. Non v'è, cioè, un'ontologica avversione della democrazia diretta nei confronti di quella rappresentativa, e viceversa.

Ci si deve chiedere da dove nascano, allora, le relative tensioni.

Principalmente – sembra potersi affermare – dall'impiego non consono che di petizione, iniziativa popolare e *referendum* si è fatto nella prassi (il quale risulta legato a doppio filo alla scarsa effettività ontologica di simili istituti).

Il dato è questo e va debitamente considerato.

I tempi sono, però, oramai maturi per un'inversione di tendenza. Infatti, nell'attuale congiuntura storica, caratterizzata dalla visibile crisi della rappresentanza politica e del ruolo dei partiti<sup>162</sup>, sarebbe alquanto opportuna una ripresa di vitalità degli istituti di democrazia diretta, eventualmente

---

cinque *referendum* del 1995 conclusisi con esito abrogativo» di cui, in senso evidentemente critico, e da superare, parla M. VOLPI, *Referendum nel diritto costituzionale*, cit., 510.

<sup>158</sup> L'auspicio è stato più recentemente espresso da L. CASSETTI, *Vitalità e prospettive del referendum abrogativo. Appunti per una riflessione a partire dai quesiti in materia di magistratura*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), Paper - 11 maggio 2022, 10, ma già da altri precedentemente manifestato (cfr., *ivi*, la nota 18).

<sup>159</sup> L'idea alla base è che vi sia ancora spazio per il positivo esplicarsi dello strumento referendario, di cui, invece, A. BARBERA - A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, cit., 249, parlano nel senso dell'intervenuto esaurimento della relativa funzione. Secondo gli A., invero, il fatto che (negli ultimi anni soprattutto) abbiano registrato ripetuti insuccessi deve legarsi a doppio filo alla circostanza per cui «I *referendum*, sia, più in generale, per la loro logica binaria, sia per gli specifici quesiti in materia elettorale, hanno contribuito a bipolarizzare il sistema politico: raggiunto lo scopo sembra esaurirsi la loro funzione».

<sup>160</sup> Così qualifica i rapporti tra rappresentanza e istituti di democrazia diretta P. CARNEVALE, *I rischi dell'utopia della c.d. democrazia diretta*, cit., 1.

<sup>161</sup> È di tale avviso, ad esempio, T.F. GIUPPONI, *La “democrazia elettorale”, tra rappresentatività e governabilità*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. speciale 1/2017, 2-3, secondo cui tanto la democrazia della rappresentanza, quanto gli istituti di democrazia diretta, nella formazione dell'indirizzo politico di una società pluralistica, concorrono ad alimentare il circuito democratico-rappresentativo.

<sup>162</sup> Ben evidenziata nel periodo più recente, tra gli altri, anche da A. LANZAFAME, *Sui livelli essenziali di democrazia nei partiti*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC), n. 1/2017.

anche affidando il compito di rappresentare la volontà popolare a nuove proposte di democrazia partecipativa<sup>163</sup>.

Si fa riferimento a misure il cui impiego dovrebbe andare di pari passo con l'utilizzo degli strumenti digitali, di cui è certamente auspicabile l'implementazione, ma sempreché, ovviamente, se ne faccia un uso sapiente.

Invero, iniziative come quelle delle consultazioni popolari che si svolgono sul *web* sono certamente da salutarsi con favore, ma rischiano di perdere di senso e rilievo pratico se non accompagnate da un'adeguata campagna di informazione alla collettività. Fermo restando il problema del *digital divide*<sup>164</sup>, infatti, sono quasi certamente destinate al fallimento se non correttamente supportate da una preventiva attività di supporto<sup>165</sup>.

Altro aspetto di rilievo è poi quello delle corrette modalità di impiego delle nuove tecnologie a sostegno delle istanze dei cittadini, sia da un punto di vista qualitativo, che quantitativo, al fine di scongiurare il pericolo dell'ineffettività.

Quanto al primo profilo, occorrerebbe allora evitare la sottoposizione ai consociati di questioni tra loro eterogenee, al fine di impedire che l'effetto benefico delle nuove proposte partecipative possa essere vanificato, in tutto o in parte, dalla confusione ingenerata dalla necessità di fornire riscontro, anche se con un semplice clic, a questioni prive di qualsiasi collegamento.

Si tratta di un'esigenza che non sorge certo per effetto dell'impiego dello strumentario digitale, ma che, anzi, è assai risalente nel tempo. Già in epoca romana, ad esempio, con la *Lex Caecilia Didia de modo legum promulgandarum* venne imposto il divieto di introdurre in un unico disegno di legge una raccolta di misure non correlate, al fine di evitare che venissero approvate le c.d. *leges saturae*, ossia le leggi "variegate", aventi a oggetto materie eterogenee<sup>166</sup>. Ecco, analoga imposizione, per non frustrare le potenzialità dello strumento tecnologico e della relativa capacità di coinvolgere un elevato numero di consociati, dovrebbe caratterizzare oggi le nuove modalità partecipative.

Per le medesime finalità – passando così al secondo aspetto – sarebbero, inoltre, da evitare utilizzi numericamente smodati delle nuove opportunità di consultazione popolare rapida offerte dai mezzi digitali, anche per impedire che l'eccessivo ricorso al popolo, su qualsiasi questione, possa deviare in senso plebiscitario le caratteristiche proprie del nostro ordinamento.

Insomma, anche rispetto all'apporto popolare alla gestione della cosa pubblica, ci si ritrova oramai di fronte al c.d. dilemma digitale<sup>167</sup>, di non facile risoluzione.

---

<sup>163</sup> Ne prefigura la possibile introduzione, ad esempio, P. BILANCIA, *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), speciale 1/2017, in part. 11 ss.

<sup>164</sup> Con il termine di *digital divide* si fa riferimento al fenomeno di esclusione di talune persone dal mondo di internet, dovuto alle più disparate ragioni (di età, alfabetizzazione informativa, sociali, geografiche, ecc.). Al riguardo, P. PASSAGLIA, *Internet come ordinamento giuridico*, M. Nisticò - P. Passaglia (curr.), *Internet e Costituzione*, Torino, 2014, 18, individua cinque differenti forme di esclusione da internet: a) la determinazione autoritativa, correlata a determinate situazioni (come, ad esempio, lo stato di detenzione); b) le carenze infrastrutturali, che rendono impossibile la connessione in determinate aree; c) le difficoltà economiche che impediscono a un individuo di possedere o detenere strumenti che consentano un adeguato accesso alla rete; d) i problemi di ordine fisico che precludono al soggetto la fruizione di determinati contenuti; e) la presenza di deficit culturali dell'individuo, privo delle conoscenze informatiche sufficienti per interfacciarsi con un computer.

<sup>165</sup> Come è stato il caso, ad esempio, della consultazione popolare lanciata sul proprio sito istituzionale da Roma Capitale nel 2010 in merito alle possibili variazioni di percorso del tram 8 (nel dettaglio, in ordine allo spostamento del capolinea da Largo di Torre Argentina a Piazza Venezia), alla quale parteciparono solamente poco meno di quattromila cittadini, a fronte degli oltre due milioni e mezzo residenti nel Comune.

<sup>166</sup> La legge è stata rogata nel 98 a.C. dai consoli Cecilio Metello e Tito Didio: una delle due disposizioni di cui si componeva prevedeva il divieto di comprendere, in un'unica proposta di legge, disposizioni eterogenee al fine di evitare la votazione di proposte ritenute favorevoli insieme a proposte ritenute sfavorevoli. Sul punto, per approfondimenti anche di matrice storica, si veda R. SCEVOLA, *Osservazioni sulla 'lex Caecilia Didia de modo legum promulgandarum' (98 a.C.): il problema delle 'rogationes saturae'*, in *Scritti in onore di Alessandro Corbino*, Tricase, 2016.

<sup>167</sup> In questo caso, nella particolare declinazione del conflitto tra l'esigenza di non limitare la diffusione degli strumenti digitali e quella contrapposta di tutelare in modo adeguato la più adeguata partecipazione popolare alla vita del Paese.

Ben vengano, però, nuove forme di democrazia partecipativa supportate dalla tecnologia, a condizione, però, che se ne faccia un utilizzo corretto, ossia un impiego che (con le accortezze cui si è fatto riferimento) riesca davvero a garantire l'apporto popolare all'assunzione delle decisioni pubbliche.

Per programmare il futuro occorre, in ogni caso, tenere lo sguardo fisso al passato.

Il presupposto fondamentale per la fattiva attuazione delle nuove proposte di democrazia partecipativa cui si è fatto cenno, infatti, è che si riparta dalle fondamenta, ossia dagli istituti prefigurati nella Carta costituzionale dai padri costituenti per integrare la democrazia della rappresentanza con una più immediata forma di partecipazione popolare alla vita del Paese.

È allora in questo senso, alla luce della crisi del sistema partitico e della presa d'atto della relativa incapacità di rappresentare compiutamente ai governanti le esigenze dei governati, che dovrebbe essere precisamente e primariamente direzionato lo sforzo collettivo – del circuito partitico, del legislatore e del popolo – volto a conferire linfa nuova alla democrazia diretta e ai suoi rimedi classici.

Si tratta, infatti, di un elemento che, se debitamente impiegato, può offrire un inestimabile ausilio nella più ampia attuazione del principio democratico consacrato all'art. 1 della nostra Costituzione. Solo allora, come intervento di secondo livello, potrà iniziarsi davvero a disquisire di nuove forme di partecipazione popolare.

Loredana Mura

**Il *modus operandi* nella [sent. n. 131 del 2022](#) della Corte costituzionale sul cognome dei figli a confronto con i sistemi della UE e della CEDU\***

**ABSTRACT:** *The article relates the outcomes of Constitutional Judgment No. 131 of 2022 to those that have matured within the framework of well-known and established European systems, such as that of the EU and the ECHR. In this sense, it deals not only with the issue of the transmission of surnames to children, but also with closely related issues, such as equality and non-discrimination, personal identity and domestic violence in the light of the repercussions they have on minors and, more generally, on present and future young generations. The overall results of this survey show, therefore, that the elaboration effort made by our Constitutional Court if, on the one hand, it proves to be new and interesting, on the other hand, however, it has several limitations that make it necessary to complete it. An objective, the latter, that cannot be achieved without abandoning outdated and counterproductive operational models and, on the other hand, seeking solutions that can credibly and effectively resolve the current problems in full respect of the principles and values that revolve around the human person.*

SOMMARIO: 1. I passaggi salienti della [sent. n. 131 del 2022](#) della Corte costituzionale; la nuova regola generale sul cognome di ambedue i genitori e la sua deroga in funzione dell'interesse del figlio. – 2. *Segue.* Il disaccordo genitoriale sul cognome dei figli e il ricorso al giudice. Il mancato riferimento al disaccordo “velato” e alle sue ripercussioni sull'identità del figlio. – 3. La giurisprudenza della Corte di giustizia UE sul cognome dei figli: la tutela dell'identità individuale in funzione del “mercato interno” anziché della persona umana. – 4. *Segue.* La recente proposta di un Regolamento UE sulla creazione di un “certificato europeo di filiazione” e la rilevanza dell'identità genetica e dei legami primari del bambino. – 5. La giurisprudenza CEDU sul cognome dei figli: la resistenza degli Stati a sottoporre a controllo la loro attività sovrana e le pronunce a favore del cognome materno. – 6. *Segue.* La giurisprudenza CEDU sui conflitti familiari aventi ripercussioni sui figli e il “problema sistemico” nella condotta dello Stato italiano. – 7. *Segue.* La giurisprudenza CEDU sulla violenza domestica e la critica di “passività” e “tolleranza” mossa alle giurisdizioni italiane. – 8. Il *modus operandi* della Corte costituzionale nella [sent. n. 131 del 2022](#) alla luce degli orientamenti emersi nei sistemi UE e CEDU.

1. *I passaggi salienti della [sent. n. 131 del 2022](#) della Corte costituzionale: la nuova regola generale sul cognome di ambedue i genitori e la sua deroga in funzione dell'interesse del figlio*

Nell'affrontare quel settore particolare del nostro ordinamento che concerne la determinazione del cognome da trasmettere ai figli, la [sent. n. 131 del 2022](#) della Corte costituzionale intreccia molti degli aspetti, di metodo e di contenuto, caratterizzanti i sistemi istitutivi di corti internazionali del calibro della Corte di giustizia dell'Unione europea (CdG della UE) e della Corte EDU prevista dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Fra questi aspetti spiccano, sicuramente, quelli più sostanziali e conosciuti oggetto della giurisprudenza CEDU, cui il nostro Giudice costituzionale fa anche espresso richiamo. Benché meno visibili, e più attinenti al metodo che al contenuto, figurano tuttavia anche aspetti riguardanti la giurisprudenza della CdG della UE. Sarà opportuno, quindi, procedere ad un'analisi delle modalità e degli argomenti con cui la sentenza costituzionale *de qua* affronta il tema del cognome dei figli per poi confrontare gli esiti di tale indagine con la giurisprudenza europea, sopra citata, allo scopo di verificarne i punti di convergenza e divergenza e, infine, valutare il significato che essi assumono nel quadro di un'appropriata e organica sistemazione della materia.

Fin dall'inizio della sua trattazione, la Corte costituzionale manifesta la sua intenzione di allontanarsi dalla sua giurisprudenza pregressa, pronunciata nell'arco di un trentennio senza trovare soluzioni soddisfacenti, specie sotto l'aspetto riguardante il regime dei rapporti fra i genitori nella trasmissione del cognome ai figli. A tal riguardo essa dice di voler abbandonare l'idea dominante,

riproposta dai giudici rimettenti, di garantire alla madre il diritto di trasmettere il proprio cognome al figlio sulla base di un accordo genitoriale di deroga al patronimico, salvo tornare all'applicazione di quest'ultimo in assenza di un tale accordo. Utilizzando uno strumento straordinario – qual è l'ordinanza di *autorimessione*<sup>1</sup> – ma del tutto sconosciuto alla materia in esame, la Consulta mette subito in chiaro che nessuna soluzione può avere la pretesa di considerarsi giuridicamente credibile ed efficace se non dopo avere reso «effettiva la “legalità costituzionale”»<sup>2</sup> (p. 11.2 del *Diritto*, 1° periodo) attraverso l'attuazione, «in via pregiudiziale», di «un intervento sostitutivo della norma» (p. 8, 3° periodo; p. 11) impugnata relativa al patronimico.

Al riguardo, la stessa Corte considera che «i parametri costituzionali» sui quali poggia il *thema decidendum* «sono l'art. 2 Cost. in relazione alla tutela dell'identità del figlio, e l'art. 3» sul «principio di eguaglianza nei rapporti fra i genitori» (p. 8, 4° periodo). Con ciò la Corte intende considerare l'inestricabile «intreccio» (p. 9, 1° periodo)<sup>3</sup> che intercorre fra gli aspetti oggetto di questi due articoli costituzionali e trovare per essi una soluzione capace di rispettarli entrambi (p. 8, 5° periodo). In sostanza, si tratta di ricostruire il significato del diritto di ciascuno dei genitori a trasmettere, su basi di assoluta e inequivocabile parità, il proprio cognome ai figli in considerazione degli importanti riflessi che una siffatta circostanza è suscettibile di produrre su questi ultimi e, specificamente, sulla costruzione della loro identità personale. Nel considerare, infatti, il cognome «quale fulcro [...] dell'identità giuridica e sociale» che «collega l'individuo alla formazione sociale che lo accoglie tramite lo status filiationis» (p. 9, 4° periodo), l'art. 2 Cost. indica che la scelta del cognome da parte dei genitori «trasla sull'identità giuridica e sociale del figlio il rapporto con i due genitori» e rappresenta quindi la «proiezione sul cognome del figlio del duplice legame genitoriale» (p. 11.2, 4° periodo)<sup>4</sup>. La Corte sembra qui usare il concetto di “proiezione” per rappresentare l'idea che il diritto del figlio di crearsi un'identità propria si realizza nel vissuto con i suoi genitori attraverso meccanismi di assimilazione o di differenziazione rispetto a ciascuno di essi<sup>5</sup>. L'attribuzione del cognome in tal modo viene a rappresentare quella sorta di *imprimatur* genitoriale ossia quel *modello relazionale primario* (giuridicamente identificato con lo *status filiationis*) rappresentativo del legame che il figlio ha con ciascun genitore e che condiziona, in un senso o nell'altro, la sua educazione, la sua evoluzione umana, la sua futura vita relazionale, *ergo* influirà sulla costruzione della sua identità personale. A questo proposito, la Corte osserva che «[l']*automatismo* imposto» dalla regola del patronimico opera nei termini di un «lascito di una visione discriminatoria» (p. 10.1, 8° periodo) ai figli, vale a dire di «una disparità di trattamento» fra i propri genitori che «si riverbera e si imprime sull'identità del figlio» (p. 10.1, 3° periodo) interferendo con la libera formazione di quest'ultima e determinando «la contestuale violazione degli artt. 2 e 3 Cost.» (*ibidem*). Un'impostazione questa, che «concepita in seno alla famiglia fondata sul matrimonio, si è proiettata anche sull'attribuzione

<sup>1</sup> Nella specie, si tratta dell'[ord. \(di autorimessione\) n. 18 del 2021](#), su cui v. L. BARTOLUCCI, [La disciplina del “doppio cognome” dopo la sentenza n. 131 del 2022: la prolungata inerzia del legislatore e un nuovo capitolo dei suoi rapporti con la Corte](#), in questa [Rivista](#), 2022/III, 1075 ss.) secondo cui tale ordinanza, nel caso specifico avrebbe «ampliato il *thema decidendum* rispetto alle questioni» sottoposte alla Consulta dai giudici remittenti; C. BASSU, *Il diritto all'identità anagrafica*, Napoli, 2021, 207, secondo la quale l'ordinanza in oggetto incarna una «scelta [...] anomala e peculiare» della Corte che per le sue caratteristiche «assume la forma di una *extrema ratio* e si ritiene inserita nella dimensione fisiologica del ruolo di un giudice costituzionale in un contesto democratico»; E. FRONTONI, *Il cognome del figlio: una questione senza soluzione?* in [Osservatorio costituzionale](#), 2021, 276 ss. spec. 282 ss.; sulle ragioni che devono precedere la scelta, da parte della Corte, di questa particolare tecnica giudiziaria, v. anche G. MONACO, *Una nuova ordinanza di “autorimessione” della Corte costituzionale*, in [federalismi.it](#), 11/2021, 161 ss.

<sup>2</sup> Il corsivo, in questa come pure nelle successive citazioni estratte dalla [sent. n. 131 del 2022](#), è aggiunto.

<sup>3</sup> L'uso di questo termine sembra rievocare quel particolare approccio giurisprudenziale con cui la Corte EDU (v., *infra*, par. 5 e nota 34) attua un'interpretazione delle norme in vigore in chiave di «diritto vivente» conciliando tutti gli interessi aventi rilevanza nel caso concreto.

<sup>4</sup> Sulla rilevanza giuridica del cognome quale elemento di costruzione dell'identità individuale v. G. VIGGIANI, *Nomen Omen*, Milano, 2020, spec. 9-18, 121-183; A. Fabbricotti (a cura di), *Il diritto al cognome materno. Profili di diritto civile italiano, di diritto internazionale, dell'Unione europea, comparato ed internazionale privato*, Napoli, 2017.

<sup>5</sup> In argomento v. di recente G. ALPA, *Il diritto di essere se stessi*, Milano, 2021 (in particolare, con riferimento all'identità come «atto di autodeterminazione del singolo», v., *ivi*, 251).

del cognome al figlio nato fuori dal matrimonio, ove contemporaneamente riconosciuto» (p. 10.1, 4° periodo).

Proprio per il forte condizionamento che la scelta del cognome può generare sul figlio essa, secondo la Consulta, deve essere regolata innanzitutto con «modalità» tali da «rispecchiare e rispettare l'eguaglianza e la pari dignità dei genitori» (p. 10.1, 8° periodo). Pertanto, il Giudice delle leggi dichiara «costituzionalmente illegittimo» il principio secondo cui il figlio nato fuori o dentro il matrimonio, oppure adottato «assuma il cognome del padre» (p. 13, 4° periodo)<sup>6</sup>; quindi rimpiazza la «disposizione censurata [...] con una regola che sia il più *semplice e automatico riflesso* dei principi costituzionali coinvolti» (11.2, 2° periodo) in virtù della quale «il cognome del figlio deve comporsi con i cognomi dei genitori» (p. 11.2, 3° periodo) in base all'ordine di attribuzione da questi «concordato» (p. 11.3, 4° periodo) e fatto salvo il «loro diverso accordo» (p. 11.2, 3° periodo).

A fronte di un «contesto *divenuto paritario*» (p. 12, 4° periodo), la Corte ritiene quindi di poter soddisfare la richiesta del giudice rimettente ed attuare l'«intervento additivo avente un contenuto [...] *derogatorio*» (p. 8, 2° periodo) della nuova «regola di carattere generale» (p. 15.1, 4° periodo) relativa all'«attribuzione del cognome di *entrambi* i genitori» al figlio: «l'accordo in funzione derogatoria *presuppone*» infatti, secondo la Consulta, «il rispetto del principio di eguaglianza» (p. 11.1), dato che «senza eguaglianza mancano le condizioni logiche e assiologiche di un accordo» (p. 11.1, 3° periodo)<sup>7</sup>. In tal senso, essa autorizza i genitori ad «avvalersi [...] di uno strumento *attuativo* del principio di eguaglianza, qual è l'accordo, *per compendiare* in un unico cognome il *segno identificativo della loro unione*, capace di permanere anche nella generazione successiva e di farsi interprete di interessi del figlio» (p. 12, 4° periodo).

Secondo la Corte costituzionale, peraltro, il meccanismo dell'accordo, grazie alle sue grandi potenzialità, può operare in relazione al soddisfacimento di ulteriori e particolari esigenze che possono sorgere in sede di trasmissione del cognome quali ad esempio quella relativa alla valorizzazione del «rapporto tra fratelli e sorelle» (p. 12, 5° periodo), oltre che quella relativa alla sua capacità di «permanere anche nella generazione successiva» (p. 12, 4° periodo). Cionondimeno è la stessa Corte costituzionale sotto gli aspetti ora richiamati a ritenere di non potersi «esimer[e] dal formulare un [...] invito al Legislatore» ad intervenire – peraltro in modo «impellente» (p. 15.1, 2° periodo) – in una «duplice» direzione (p. 15): sia nel senso di «*riserva[re] le scelte*» genitoriali relative al cognome ad un momento specifico della vita di coppia (quale ad es. quello della nascita del loro primo figlio) in vista di tutelare il detto *legame di fratria* (p. 15.2); sia in vista di evitare che l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori non comporti, «nel *succedersi delle generazioni*, un meccanismo moltiplicatore che sarebbe lesivo della funzione identitaria del cognome» (p. 15.1, 5° periodo). Sotto i profili indicati, dunque, la Corte non fornisce altre informazioni. Sarebbe tuttavia del tutto logico e ipotizzabile ritenere che qualunque potrà essere la fonte normativa adottata e

---

<sup>6</sup> La Corte mantiene dunque ferma la tesi relativa alla necessità di procedere ad un'abrogazione esplicita e formale della norma sul patronimico e di tutte le altre norme ad essa ispirate: v. [sent. n. 131 del 2022](#), p. 14.1, periodi 1-2, 7-9, p. 14.2. Sulla tesi secondo cui l'abrogazione *tacita* di una norma si renda possibile in virtù del carattere aperto (e non chiuso) dell'ordinamento v. R. MANFRELLOTTI, *Abrogazione di norme e razionalità dell'ordinamento giuridico*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2011, 1 ss. Per altro verso, sulla differenza del regime di disapplicazione della norma interna a seconda che questa sia contrastante con una norma del diritto UE o con altra norma del diritto interno v. di recente G. GRECO, *Nuove regole di applicazione del diritto UE in sede nazionale?* in [Eurojus.it](#), 2022, 186; B. NASCIMBENE *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in C. Amalfitano, M. Condinanzi (a cura di), *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee*, Roma, 2022, 131. Viceversa, sulla «esclusione della possibilità per il giudice nazionale di disapplicare la norma interna contrastante con quella Cedu», v. G. GRASSO, *La disapplicazione della norma interna contrastante con le sentenze della Corte di giustizia dell'UE*, in *Giustizia Civile*, 2017, 525.

<sup>7</sup> Per una disamina delle finalità e del funzionamento del principio di eguaglianza, v. i seguenti, diversi, contributi L. FERRAJOLI, *Eguaglianza e democrazia*, in *Critica del diritto*, 2018; M. DELLA MORTE, *Costituzione ed egemonia dell'eguaglianza*, in M. della Morte (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Napoli 2016, 1 ss.; U. ROMAGNOLI, *Il principio di uguaglianza sostanziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1289. In argomento, sia, altresì, consentito rinviare al nostro *Il principio di eguaglianza nel diritto dell'Unione europea alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di assicurazioni*, in [Studi sull'integrazione europea](#), 3/2011, 555 ss.

l'ampiezza della sua portata, la disciplina del cognome dovrà necessariamente rispettare i termini della decisione in esame e, in questo senso, dimostrarsi compatibile, oltre che con il suo dettato, anche con «i parametri costituzionali» (p. 8, 4° periodo) e «con gli obblighi internazionali, di cui all'art. 117, primo comma Cost.» (p. 8, 5° periodo; p. 10.2, 2° periodo) previsti, nella specie, dalla Carta dei diritti fondamentali UE (CDFUE) del 2007 e dalla citata Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 1950; sicuramente, la detta disciplina non potrà ispirarsi alla «medesima logica discriminatoria, che è a fondamento della odierna declaratoria di illegittimità costituzionale» (p. 11.3 e p. 11.3, 2° periodo). Quelli ora accennati, invero, costituiscono aspetti di importanza cruciale nella regolamentazione dei rapporti in esame ma che, purtroppo, come meglio vedremo in sede di esame della giurisprudenza UE e CEDU, rappresentano un punto debole e di grande criticità per il nostro ordinamento.

2. Segue. *Il disaccordo genitoriale sul cognome dei figli e il ricorso al giudice. Il mancato riferimento al disaccordo "velato" e alle sue ripercussioni sull'identità del figlio*

Una volta stabilito che la nuova regola di sistema si basa sull'effettiva eguaglianza e quindi sull'accordo fra i due genitori, il Giudice costituzionale, molto realisticamente, prospetta l'ipotesi che la coppia genitoriale possa non trovarsi in sintonia sulla scelta del cognome da attribuire al figlio non solo, si badi, su quella oggetto della *deroga* alla trasmissione del doppio cognome ma, altresì, su quella concernente l'*ordine* che la regola generale impone di stabilire in caso di trasmissione di entrambi i cognomi dei genitori. A tale proposito la Consulta dichiara che, qualora manchi una volontà concorde da parte dei genitori di «identificare con il cognome di uno dei genitori il duplice legame con il figlio [...]», «devono attribuirsi i cognomi di entrambi i genitori, *nell'ordine da essi deciso*» (p. 13, 2° periodo): in altre parole, il disaccordo sulla deroga si risolve con un ritorno alla regola generale sul doppio cognome la cui applicazione, tuttavia, potrebbe dare luogo ad un ulteriore disaccordo nella coppia genitoriale. Motivo per il quale la Corte costituzionale – pur facendo salva l'ipotesi dell'introduzione di «diversi criteri che potrà il legislatore eventualmente prevedere» (p. 11.3, 5° periodo) – dichiara che «ove difetti l'accordo [...] si rende necessario dirimere il contrasto» con lo strumento «dell'intervento giudiziale» (p. 13, 3° periodo; e p. 11.3, periodi 5 e 6) che «l'ordinamento già appronta per risolvere *il contrasto fra i genitori su scelte di particolare rilevanza riguardanti i figli*» (*ibidem*) fra le quali, «del resto», figurano quelle «in merito all'attribuzione del prenome» (p. 11.3, periodi 5-6; p. 13, 3° periodo).

Al di là di queste indicazioni, tuttavia, la Corte tace circa i modi e i criteri che dovranno guidare il giudice nella composizione del disaccordo genitoriale sul cognome da trasmettere ai figli: essa si limita ad aggiungere, in modo tanto asciutto quanto categorico, che l'accordo non è «surrogabile in via giudiziale» (p. 13, 2° periodo) ovvero che l'intervento del giudice non può essere *sostitutivo* dell'accordo genitoriale. Nessuna indicazione, del pari, essa fornisce in merito alla tutela degli interessi in gioco e quindi quale, fra questi, dovrà in concreto prevalere (o, viceversa, essere sacrificato) per giungere alla determinazione del cognome da trasmettere ai figli. La Corte costituzionale non dà modo di sapere neppure quali possano essere i possibili riflessi di un tale disaccordo sul figlio e, specificamente, sulla sua identità, tanto più che un tale conflitto genitoriale si manifesta precocemente nella sua vita, al momento cruciale della sua nascita coinvolgendo quindi tutti i diversi e molteplici aspetti, fra cui quelli di ordine etico e legale, connessi al suo *status filiationis*.

Nel definire le vie di risoluzione di questa criticità familiare, la Consulta si limita dunque a fare salva l'ipotesi di un intervento legislativo lasciando così aperta la strada ai «diversi criteri che potrà il legislatore *eventualmente* prevedere» ai fini della composizione del contrasto fra i genitori (p. 11.3, 5° periodo). Nell'occasione, si badi, la Corte non si richiama a un dovere tassativo di intervento del

Parlamento<sup>8</sup> ma piuttosto, facendo perno sul concetto di “eventualità”, essa pare rimettersi al senso di opportunità di quest’ultimo. Un’interpretazione, questa, che appare tanto più plausibile quanto più si rifletta sulla circostanza, sopra ricordata, che lo stesso intervento del giudice nazionale non sia considerato come “sostitutivo” dell’accordo genitoriale e, quindi, non debba creare interferenze con l’autonomia dei genitori e il loro senso di responsabilità nei confronti del proprio figlio secondo quanto emerge da un indirizzo giurisprudenziale che va progressivamente consolidandosi sul piano europeo soprattutto CEDU.

Ma se l’atteggiamento della Corte costituzionale ora visto con riguardo alla questione del disaccordo genitoriale sul cognome può apparire alquanto defilato e discutibile, ancora più forte appare la mancanza di una sua presa di posizione con riguardo ad altri aspetti di disfunzionalità familiare di assoluta rilevanza anche ai fini che qui interessano.

A questo proposito va detto che la sentenza in parola trascura del tutto qualsiasi riferimento ai casi di *disaccordo* velato, occulto, latente o dissimulato – che equivalgono ad un *accordo* apparente, strumentale se non pure violento – nei quali l’uguaglianza, la simmetria e l’armonia genitoriale risultano essere solo ipotetiche e di facciata ma di fatto assenti, a scapito dei membri più fragili e vulnerabili del nucleo familiare. In contesti di questo tipo ogni scelta familiare, incluse quelle riguardanti i figli, si trasformano in un esercizio di potere da parte di un genitore nei confronti dell’altro volto ad ottenerne la sottomissione, il controllo e l’annientamento anche agli occhi dei figli<sup>9</sup>. In tal senso, l’imposizione del cognome (così come quella del nome) viene a rappresentare sintomaticamente uno dei primi segnali di questa forma di aberrazione familiare suscettibile di sfociare in una situazione di pericolosità e violenza tali da mettere a repentaglio non solo l’identità, l’integrità psichica, fisica e morale ma anche la vita stessa del genitore minacciato, maltrattato, vessato ecc. e, di conseguenza, quella dei suoi figli.

Benché sia la stessa Corte costituzionale ad incentrare il suo intervento sull’assunto per cui «l’unità» (p. 11.2) genitoriale, in assenza di un effettivo rapporto di eguaglianza si limita a fornire solo un «velo di *apparente* legittimazione a sacrifici imposti in una direzione solo unilaterale» (p. 10.1, 7° periodo) e ad escludere che possano ricorrere le «condizioni logiche e assiologiche» indispensabili per «un accordo» (p. 11.1, 3° periodo), per contro è proprio lei a trascurare del tutto l’ipotesi in esame secondo cui l’uguaglianza, e quindi l’accordo, risultino esistere solo su un piano “formale e teorico” ma non anche nella realtà “concreta ed effettiva” della vita familiare<sup>10</sup>. In effetti, una disuguaglianza di fatto, anche più di una diseguaglianza di diritto, può produrre quell’«asimmetria, antitetica alla parità – che, a priori, inficia le possibilità di un accordo» (p. 11.1) – che la nostra Corte ha posto alla base della sua dichiarazione di incostituzionalità della norma di automatica «attribuzione del cognome del padre»: essa, oltre a tradursi «nell’invisibilità della donna» (p. 10.1, 2° periodo), causa altresì un «oscur[amento]» (p. 10.1) (anche irreversibile) del rapporto genitoriale di quest’ultima con il proprio figlio che si traduce nel lascito di una visione discriminatoria della figura femminile suscettibile di imprimersi nell’educazione e, quindi, nell’identità del figlio (cfr. p. 10.1, 3° periodo; p. 10.1, 8° periodo). In sostanza, oltre a rendere legalmente nullo l’accordo sul cognome, una tale diseguaglianza appare di fatto lesiva dell’interesse della madre e, di riflesso, dell’interesse del figlio. Quella tradizione patriarcale che si voleva mettere al bando con l’abolizione della norma sull’automatismo del patronimico rischia, dunque, di essere abbandonata e rimossa solo su un piano meramente astratto, lasciando del tutto aperta la possibilità che essa possa riproporsi e perpetuarsi indisturbatamente nella prassi dei rapporti domestici. Trattandosi, peraltro, di situazioni clandestine che si sviluppano in un clima familiare disturbato (da mistificazione, manipolazione,

<sup>8</sup> Ciò a differenza che per altri aspetti della trasmissione del cognome visti *supra*, par. 2.

<sup>9</sup> Su queste larvate dinamiche familiari e sulle loro conseguenze sui figli, sia consentito rinviare al nostro *I rapporti disfunzionali fra i genitori e i figli nel quadro di distonia dialettica fra la Corte EDU e le Corti italiane*, in [Ordine Internazionale e Diritti Umani](#), 3/2022, 697 ss.

<sup>10</sup> Secondo la dottrina (S. TROIANO, *Cognome del minore e identità personale*, in [Jus civile](#), 3/2020, 559 ss.) «resta altamente probabile che, in una società fortemente impregnata dal privilegio patrilineare, radicato con forza nella tradizione, la maggior parte delle coppie, posta di fronte alla richiesta di compiere una scelta consensuale, continui ad orientarsi – sia pure in modo formalmente condiviso – per la perpetuazione del solo cognome paterno».



minaccia, intimidazione, dipendenza di varia natura ecc.) le ipotesi in esame non hanno una sicura e rapida prospettiva di essere denunciate, riconosciute e punite come fattispecie di reato. Per esse, pertanto, non risulta affatto adeguato il rinvio al legislatore e al giudice che la [sent. n. 131 del 2022](#) opera per i casi di disaccordo familiare di cui all’*incipit* del presente paragrafo. Una circostanza questa che rischia di restare irrisolta e, senza dubbio, di amplificare quella sensazione di precarietà (fatta di impotenza, sfiducia, abbandono, rabbia, rassegnazione) da parte di quei soggetti fragili – *in primis*, i minori – che di questi fenomeni sono vittime e meritano dunque di ricevere la più alta assistenza e tutela da parte dello Stato.

Per tutti gli aspetti fin qui segnalati, il ripristino della «legalità costituzionale» voluto dalla [sent. n. 131 del 2022](#) potrebbe non essere «effettivo» e quindi restare vano e superficiale, privo com’è di un affondo nella pratica quotidiana dei nostri rapporti familiari rischiando, così, di veicolare un segnale di tolleranza, copertura e perfino di connivenza verso questo tipo di situazioni che, viceversa, necessitano di essere smascherate, perseguite e condannate con ogni mezzo come, da diverso tempo ormai, denuncia la giurisprudenza della Corte EDU.

### *3. La giurisprudenza della Corte di giustizia UE sul cognome dei figli: la tutela dell’identità individuale in funzione delle esigenze del “mercato interno” anziché di quelle della persona umana*

Al fine di mettere a confronto la trattazione della questione del cognome effettuata dalla [sent. n. 131 del 2022](#) con quella elaborata nella giurisprudenza delle principali Corti europee, conviene prendere le mosse dalla Corte di giustizia UE.

Al riguardo, è opportuno innanzitutto osservare che il diritto UE non prevede alcuna disposizione a favore del cognome e, più in generale, dell’identità personale dell’individuo. Una circostanza questa che si spiega in parte con la natura internazionale di tipo intergovernativo (e non interindividuale) della UE ma, soprattutto, con il contenuto degli scopi del processo UE volti alla creazione di un mercato che da comune è diventato unico e poi interno nel quadro di una cooperazione sempre più stretta, volta all’integrazione degli ordinamenti degli Stati membri. L’unica forma di identità che i Trattati vigenti – in particolare, all’art. 4 par. 2 TUE del Trattato di Lisbona del 2007 – prendono in considerazione è quella nazionale degli Stati membri<sup>11</sup>. Questi ultimi, hanno inteso così salvaguardare le prerogative sovrane e le caratteristiche peculiari – istituzionali e materiali – del proprio ordinamento per metterle al riparo da una qualsiasi interferenza da parte della UE.

Nonostante, dunque, la ripetuta aspirazione ad affermare un sistema «in linea con i valori della democrazia e nel rispetto dei diritti fondamentali quali stabiliti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea [...] e negli altri strumenti applicabili, sotto il controllo di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali»<sup>12</sup> (quindi più a misura della persona umana), la UE continua a configurarsi come un’organizzazione di carattere stato-centrico finalizzata al perseguimento di obiettivi di natura economica, finanziaria e mercantile. Ciò significa non solo che gli Stati membri sono i c.d. “padroni dei Trattati”<sup>13</sup> cioè gli unici soggetti legittimati a dirigere e agire il processo di integrazione europea, titolari della sua linea politica, artefici e destinatari dei loro obblighi ma, inoltre, che gli individui e i loro diritti non rientrano in quanto tali in questo disegno di cooperazione della UE, bensì in quanto mezzi strumentali rispetto ad esso e, dunque, considerati in via secondaria ed eventuale, se e come stabilito dai Trattati.

---

<sup>11</sup> Sull’argomento, v. gli atti dell’Incontro di studio tra la Corte di Giustizia dell’Unione europea e la Corte costituzionale su *Identità nazionale degli Stati membri e primato del diritto UE – Stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali* - Lunedì 5 settembre 2022 - Palazzo della Consulta, Sala delle Conferenze, al sito [web](#) della Corte costituzionale; T. DRINÒCZI, P. FARAGUNA, *The Constitutional Identity of the EU as a Counterbalance for Unconstitutional Constitutional Identities of the Member States*, in *European Yearbook of Constitutional Law*, 2022.

<sup>12</sup> In tal senso da ultimo, la sent. della CdG (seduta plenaria) del 16 febbraio 2022, C-157/21, [Polonia/PE e Consiglio](#). Sul deficit democratico e di tutela dei diritti umani nella UE, v. S. AUER, *Freedom, democracy and constitutionalism in Europe*, in *Contemporary Political Theory*, september 2022.

<sup>13</sup> Per questa definizione v. G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell’Unione europea*, Bari, 2020, 14.

A questo proposito è bene chiarire che gli Stati membri hanno continuato nel tempo, in un succedersi continuo di decisioni ed accordi, ad organizzare la UE sul modello “costituzionale” dei propri ordinamenti interni, “proiettando” letteralmente su di essa la struttura verticistica e centralistica dei loro apparati istituzionali, la macchinosità dei loro procedimenti decisionali, il sistema gerarchico delle loro fonti, un’anacronistica concezione e organizzazione dei loro poteri sovrani; quindi anche lo stesso rapporto che essi hanno con i propri cittadini che riproduce, inequivocabilmente, lo schema tipico fra il sovrano e i suoi sudditi. Salvo poi lamentarsi del fatto che il sistema UE così stabilito risulti inadeguato, non sia all’altezza dei compiti ascritti e sia anche responsabile dell’erosione della loro sovranità. Gli Stati membri continuano, dunque, a dibattersi in questa grande contraddizione: restano invischiati in un modello ordinamentale, di stampo smaccatamente patriarcale, che non li soddisfa, che trovano inefficiente e inadeguato ma che, tuttavia, non si dimostrano affatto intenzionati a modificare.

In un sistema così congegnato, dunque, la materia del cognome non poteva che essere regolata in funzione degli obiettivi UE sopra descritti e, precisamente, alla luce di quella libertà di circolazione che include l’individuo fra i diversi fattori di produzione destinati a realizzare gli scopi comunitari. L’istituzione della cittadinanza europea non ha modificato questo approccio e la persona fisica non ha mai cessato di essere vista come un lavoratore o, ancor meglio, come “un meccanismo del mercato interno” la cui esistenza, identità ed esigenze non hanno mai ottenuto quella dignità propria, meritevole di autonomo riconoscimento e tutela giuridica dal diritto UE se non in quanto coincidente, in senso fusionale, con quella dello Stato di propria cittadinanza.

Neanche la citata Carta dei diritti fondamentali (CdfUE o Carta) nelle sue versioni prima di Nizza del 2000 e poi di Strasburgo del 2007<sup>14</sup> ha introdotto novità di rilievo sotto l’aspetto ora menzionato. Vale la pena ricordare, al riguardo, che essa non ha mai ottenuto il consenso necessario da parte degli Stati membri per poter essere incorporata nel sistema dei Trattati e diventare, pertanto, un elemento aggiuntivo e complementare in grado di condizionarne la portata e il significato. Talché, a tutt’oggi, essa costituisce un atto autonomo e separato nonostante una clausola *ad hoc* del Trattato di Lisbona del 2007, l’art. 6 TUE, 1° co., abbia attribuito ad essa «lo stesso valore giuridico dei Trattati» istitutivi<sup>15</sup>. Una tale decisione, in questa sede, non può passare inosservata. Essa, infatti, assume il solo e unico significato che l’esistenza della Carta, e dunque la sua obbligatorietà, non possono in alcun modo interferire con gli obiettivi economici della UE, ai quali resta evidentemente subordinata<sup>16</sup>. A ciò si aggiunga che la Carta «non estende in alcun modo le competenze dell’Unione definite nei trattati» (art. 6, 1° co., 2° cpv. TUE; art. 51, 2° co.) e, dunque, non prevede un ampliamento (*ratione personae, materiae, temporis, loci*) dell’ambito di applicazione del diritto UE<sup>17</sup>. In particolare, ai sensi dell’art. 52, 2° co. CdfUE «i diritti riconosciuti» dalla Carta – che abbiano peraltro un fondamento nei trattati – si esercitano «alle condizioni e nei limiti» definiti dai

---

<sup>14</sup> Si tratta, com’è noto, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea adottata da parte del Consiglio dell’Unione, del Parlamento europeo e della Commissione europea a Nizza, a margine dell’apertura ufficiale del Consiglio europeo del 7-9 dicembre 2000 e della sua nuova versione adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo.

<sup>15</sup> Sul valore della Carta, v. B. NASCIBENE, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in [European Papers](#), 2021, 82 (v. anche, *ibid.*, la nota 4).

<sup>16</sup> La dottrina (B. NASCIBENE, *Carta dei diritti cit.*) precisa al riguardo che «[l]a Corte di giustizia, nella nota sentenza *Åkerberg Fransson*, ha chiarito che “i diritti fondamentali garantiti nell’ordinamento giuridico dell’Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell’Unione, ma non al di fuori di esse” (corsivo aggiunto). Si applicano – e con ciò si precisa anche la competenza della Corte – nelle situazioni in cui la norma nazionale presenta un *collegamento* di una certa consistenza con una norma di diritto UE (primario o derivato) diversa dalla disposizione della Carta di cui si lamenta la violazione, venendo dunque forniti al giudice nazionale “tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione [della conformità della] normativa con i diritti fondamentali di cui essa garantisce il rispetto”, Al di fuori di questi limiti, la Carta si applica, ma si tratta di applicazione “volontaria”, non già vincolata ovvero obbligatoria, e quindi non gode del principio del primato (tipico del diritto UE) e della sottoponibilità al giudizio pregiudiziale della Corte». In argomento v. inoltre V. SCIARABBA, *Le questioni pregiudiziali (...o di costituzionalità), anche in tempo di COVID, non sono un passe-partout (a commento dell’ordinanza della Corte di giustizia del 10 dicembre 2020, causa C-220/20)*, in [Giustizia Insieme](#), 21 febbraio 2021.

<sup>17</sup> V. N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano, 2018, 14.

Trattati stessi<sup>18</sup>; inoltre ai sensi dell'art. 52, 4°-5° co. l'applicazione delle disposizioni della Carta è subordinata al rispetto «delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» e delle «legislazioni e prassi nazionali»; infine che, ai sensi dell'art. 6, 1° co. TUE nonché dell'art. 52, 6° co. CdfUE, l'interpretazione della Carta va condotta alla luce delle «spiegazioni»<sup>19</sup> appositamente elaborate a questo scopo.

Non meno privo di rilevanza rispetto a quanto finora detto, appare altresì il fatto che la UE non abbia mai aderito alla CEDU, benché una tale adesione fosse prevista dall'art. 6, 2° co. TUE<sup>20</sup>. Circostanza questa che lascia intendere che il proposito di conformare lo *standard* di tutela previsto dalla Carta a quello previsto dalla giurisprudenza CEDU (ai sensi dell'art. 6, 3° co. e dell'art. 52, 3° co.) sia destinato a restare scritto solo sulla Carta, lasciando all'interprete discrezionalità e ampio margine di manovra circa la reale compatibilità del diritto dell'Unione e del diritto statale con quello CEDU<sup>21</sup>.

In definitiva, l'attuazione della Carta risulta blindata da una serie di limiti, vincoli e divieti di provenienza nazionale dai quali non è dato evadere. Al di là quindi di tutti gli enunciati, dei proclami e delle formali dichiarazioni di principi a favore dei diritti umani nella UE, la Carta manca di un valore giuridico effettivo nella prassi dei rapporti correnti<sup>22</sup>.

In un contesto così configurato, la Corte di giustizia (CdG) ha dimostrato di non allontanarsi molto dalle posizioni alquanto ambigue, chiuse ed autoreferenziali degli Stati, senza dare dunque alcun originale contributo ad una affermazione dei diritti umani che non fosse così fortemente allineata alla posizione dei pubblici poteri e ai loro scopi<sup>23</sup>. Sebbene essa abbia anzitempo dichiarato che «i diritti fondamentali sono parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte stessa garantisce l'osservanza»<sup>24</sup> tuttavia, non ha esitato a dare parere negativo al progetto di adesione della UE alla CEDU in ragione del fatto che «il progetto di accordo era suscettibile di incidere negativamente sulle caratteristiche specifiche e sull'autonomia del diritto UE»<sup>25</sup>. La CdG dunque – un po' a causa dei limiti imposti alla sua competenza, in parte per deferenza nei confronti degli Stati (che, a dispetto della prescritta indipendenza della Corte in parola, restano comunque i “signori dei trattati”), depositari

---

<sup>18</sup> Su questi temi, v. (anche con riguardo alle «nuove tradizioni costituzionali» quale pretesto per sottrarsi al confronto con la CdG in sede di ricorso in via pregiudiziale) O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente” ovvero l’incidenza delle “tradizioni nazionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell’Unione*, in questa *Rivista* 2015/I, 242 ss. spec. 261.

<sup>19</sup> Si tratta delle *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (2007/C 303/02) in GUUE del 14 dicembre 2007, 17 ss. Sull'esigenza prioritaria di «individuare il perimetro entro il quale può essere invocata la protezione» della Carta v. N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali* cit., 11.

<sup>20</sup> Sulla mancata adesione alla CEDU v. C. ZANGHÌ, *La mancata adesione dell'Unione europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 1/2015, 129 ss.

<sup>21</sup> D'altro canto, i profili di contrasto fra la Carta in esame e la CEDU sono stati più volte segnalati dal «mondo della giurisdizione e degli operatori del diritto» ovvero da coloro che sono chiamati a «conosce [re] una controversia» e quindi «ad affrontare i nodi, tanti invero, da sciogliere nell'intricata rete della protezione dei diritti fondamentali»: così R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in C. Amalfitano, M. Condinanzi (a cura di), *I diritti fondamentali* cit., 49-50. V. inoltre G. BRONZINI, *La Cedu e la Carta dei diritti fondamentali: overlap e distinzioni*, in F. Buffa e M.G. Civinini (a cura di), speciale di *Questione Giustizia*, *La Corte di Strasburgo*, 2019, 30 ss.

<sup>22</sup> Con riguardo al fatto che lo *status* attualmente riconosciuto ai diritti della Carta abbia avuto «il solo scopo di sottrarre al singolo l'azionabilità dei propri diritti fondamentali avanti al giudice» v. B. NASCIBENE *Carta dei diritti* cit. e dottrina ivi indicata nota 16. Per un commento alla Carta anche con riguardo alla questione dei suoi “effetti diretti” v. E. CANNIZZARO, *La Carta dei diritti fondamentali e la determinazione della intensità della sua tutela*, in *Eurojus.it*, 7 dicembre 2020.

<sup>23</sup> Sull'«interesse dello Stato a identificare» il portatore del nome «per garantire un controllo sui consociati e «mantenere l'ordine pubblico» v. C. HONORATI, *Il diritto al nome e all'identità personale*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, Roma, 2019, 181, e 189-190.

<sup>24</sup> Così la sent. *Nold* del 14 maggio 1974.

<sup>25</sup> Così il Parere del 18 dicembre 2014, parr. 255-256.

di una vera e propria *vitae necisque potestas*<sup>26</sup> di matrice romanistica nei confronti della UE) ma in parte anche a causa della propria inerzia – ha affrontato il tema del cognome e dell'identità personale come materia riservata alla competenza sovrana degli Stati membri e, più precisamente, come una questione rientrante nella sfera di applicazione del citato principio di identità nazionale. La sua regolamentazione, in tal senso, ha finito per essere ricondotta all'angusto recinto delle leggi dello Stato di cittadinanza che, nella specie, sono quelle di DIP (Diritto internazionale privato). Con il risultato paradossale, però, che questo settore del diritto non è stato applicato secondo la sua vocazione istituzionale, quindi con le soluzioni più favorevoli ad affermare l'autonomia del privato nella scelta della propria identità individuale, bensì al mero scopo di privilegiare l'esercizio del suo diritto di circolazione nel territorio comunitario: in altre parole, nell'ottica di realizzare le esigenze economiche e di mercato della UE<sup>27</sup>. E se pure non mancano occasioni in cui la CdG si è dimostrata propensa a far prevalere il diritto del privato alla sua identità personale (v. le sentenze *Garçia Avello*<sup>28</sup> e *Freitag*<sup>29</sup>) in deroga a quello della rigida applicazione della legge nazionale, ve ne sono altre, tuttavia, in cui essa si è chiaramente mantenuta al di sotto delle sue possibilità. Una volta infatti fatte salve le ragioni (incontestabili) di salvaguardia dell'ordine pubblico (così nel caso *Sayn-Wittgenstein*<sup>30</sup>), la Corte avrebbe potuto valorizzare quel principio di base del DIP, che – come, del resto, dimostra lo stesso DIP di fonte comunitaria – è rappresentato dall'autonomia privata, per realizzare il rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri tramite l'attuazione *effettiva e coerente* delle loro specialità legislative interne. Il riconoscimento della scelta identitaria dell'individuo, in fondo, non avrebbe fatto altro che favorire in modo concreto – alla luce delle esigenze della vita di relazione e della realtà quotidiana<sup>31</sup> – quell'obiettivo di integrazione perseguito dai Trattati; in particolare, attraverso uno spontaneo coordinamento delle leggi nazionali avrebbe potuto favorire una naturale e reciproca contaminazione degli ordinamenti statali pienamente funzionale ad un tale obiettivo. Viceversa, gli Stati sembrano continuare a preferire la conservazione dello *status quo*, restare al di sotto delle loro possibilità e perpetuare un modello di statualità tradizionale, quindi accentrato; arroccato nel rigido *standard* delle sue leggi e delle sue prassi; indifferente alle concrete necessità dei suoi cittadini e alla realtà dei rapporti quotidiani; autoritario e ipercontrollante salvo che ai fini dell'adempimento di quegli obblighi (specie sui diritti umani) che, del resto, si è autoimposto e, perciò, anche impegnato a rispettare<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> Per una recente analisi di questo istituto, v. E. GIANNOZZI, *Vitae necisque potestas o ius vitae ac necis: una riflessione a partire dall'opera di Yan Thomas*, in *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, t. II, *Derecho de personas*, in Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, [Biblioteca Jurídica Digital](#), 2021, 41 ss.

<sup>27</sup> Sull'argomento v. S. MARINO, *L'identità personale alla prova delle libertà di circolazione*, in [Eurojus.it](#), 4/2020, 180; D. VITIELLO, *La disciplina del cognome nella giurisprudenza europea, un inquadramento dei valori sottostanti e del loro bilanciamento*, in A. Fabbricotti (a cura di), *Il diritto al cognome materno cit.*, spec. 87.

<sup>28</sup> Nella specie la sent. *Garçia Avello* del 2 ottobre 2003 fa valere il divieto europeo a creare un'«interferenza con il diritto a circolare liberamente» (e dunque a godere pienamente dello «status di cittadino dell'Unione»: *ivi*, par. 22) in vista di riconoscere il diritto a conservare o trasmettere il cognome ottenuto nello Stato di cittadinanza.

<sup>29</sup> Sent. *Freitag* dell'8 giugno 2017 secondo cui «l'articolo 21 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a che l'ufficio dello stato civile di uno Stato membro rifiuti di riconoscere e di trascrivere nel registro dello stato civile il nome legalmente ottenuto da un cittadino di tale Stato membro in un altro Stato membro, di cui egli parimenti possiede la cittadinanza, e corrispondente al suo nome di nascita».

<sup>30</sup> In particolare, la sent. *Sayn-Wittgenstein* del 22 dicembre 2010 fa leva (*ivi*, par. 92) sull'identità nazionale *ex art. 4 TUE* per fondare il richiamo alle leggi sull'abolizione della nobiltà in quanto lesiva dell'uguaglianza dei cittadini.

<sup>31</sup> Nella logica patriarcale ciò si direbbe “partire dal basso” e cioè dai sudditi, dal popolo, dalla massa di coloro che non è in grado di eguagliare la potenza del sovrano; eppure in una logica che voglia porre al centro l'individuo, le sue esigenze e la sua autonomia significa entrare nel “vivo” dei problemi in vista della loro *effettiva* risoluzione.

<sup>32</sup> Si tratta dell'attuazione del principio *pacta sunt servanda rebus sic stantibus* sul quale v. P. FOIS, *I valori fonti del “nuovo” diritto internazionale e il principio pacta sunt servanda*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, 15-44. Sulla rigidità della Corte costituzionale italiana al riguardo v. R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in C. Amalfitano, M. Condinanzi (a cura di), *I diritti fondamentali cit.*, 131 secondo cui la Consulta «in più occasioni ha precisato di non intendere il proprio ruolo di controllo della costituzionalità delle leggi soggetto ad alcuna limitazione, potendo essa decidere “alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche di quelli europei (ex artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), comunque secondo l'ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato”» (corsivo aggiunto).

In un sistema di questo tipo non si può certo dire che il cognome possa essere in grado di riflettere l'identità scelta dall'individuo liberamente e consapevolmente, ma solo quella voluta per lui dallo Stato, secondo il dettato delle sue leggi e delle loro prassi applicative interpretate secondo logiche tradizionali che considerano l'essere umano non come una realtà "viva", capace di scegliere e autoregolamentarsi, bensì come un semplice ingranaggio della macchina statale.

#### 4. Segue. *La recente proposta di un Regolamento UE sulla creazione di un "certificato europeo di filiazione" e la rilevanza dell'identità genetica e dei legami primari del bambino*

Un esempio recente delle dinamiche distorte, descritte al paragrafo precedente, suscettibili di innescarsi fra gli Stati e l'Unione è costituito dalla vicenda seguita alla presentazione della proposta della Commissione UE di un Regolamento relativo alla creazione di un "certificato europeo di filiazione"<sup>33</sup>. Tale iniziativa mira ad «istituire, mantenere e sviluppare uno spazio di libertà e giustizia nel quale siano garantiti la libera circolazione delle persone, l'accesso alla giustizia e il pieno rispetto dei diritti fondamentali» e quindi ad introdurre «norme comuni sulla competenza [...] sulla legge applicabile [...] sul riconoscimento o, a seconda dei casi, sull'accettazione in uno Stato membro» della filiazione stabilita «in un altro Stato membro» insieme ad un certificato europeo di filiazione (Reg. art. 1). Essa rientra quindi in quel settore del DIP che è il diritto di famiglia, di competenza condivisa fra la UE e gli Stati membri; precisamente, infatti, «a norma dell'art. 81, paragrafo 3, TFUE, l'Unione può adottare misure in materia di diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali, in particolare sulla competenza internazionale, sulla legge applicabile e sul riconoscimento della filiazione» (*Considerando 5 e 8*).

Non rientra fra gli obiettivi del presente paragrafo svolgere un'indagine approfondita di questa iniziativa UE<sup>34</sup>, tuttavia potrà essere utile in questa sede mettere in luce quegli aspetti della stessa che appaiono funzionali allo studio del tema del cognome qui in esame; in particolare, si tratterà di chiarire quell'aspetto, a questo contiguo e strettamente connesso, dell'identità personale e del ruolo che questa assume nella corretta crescita del minore e quindi nella costruzione del suo essere se stesso.

Secondo quanto da essa espressamente indicato, la proposta di cui si discute risulta concepita «come azione chiave nella strategia dell'UE sui diritti dei minori e nella strategia dell'UE per l'eguaglianza LGBTIQ» (*Considerando 12*)<sup>35</sup>. Questa circostanza ha portato a ritenere che si tratti di un'iniziativa tesa al riconoscimento automatico, quindi senza formalità aggiuntive, della genitorialità delle coppie omosessuali e, in questo senso, abbia l'obiettivo di facilitare la circolazione nel territorio UE della certificazione di nascita rilasciata da un altro Stato membro anche quando questa aggira, di fatto, le leggi di quegli Stati che vietano pratiche procreative come la maternità surrogata (d'ora in avanti m.s.) incoraggiando, quindi, di fatto il ricorso ad esse. Si tratta, invero, di una critica priva di fondamento per due ordini di ragioni. Essa infatti, in primo luogo, costituisce una chiara

---

<sup>33</sup> Si tratta precisamente della "Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione", Bruxelles, 7.12.2022, COM(2022) 695 final, 2022/0402(CNS).

<sup>34</sup> Per un'accurata analisi della proposta di Regolamento in esame e della tecnica internazionalprivatistica in essa utilizzata v. G. BIAGIONI, *Malintesi e sottintesi rispetto alla proposta di regolamento UE in tema di filiazione*; in [SIDIBlog](#), 3 aprile 2023; D. DANIELI, *La proposta di regolamento UE sul riconoscimento della filiazione tra Stati membri: alla ricerca di un equilibrio tra obiettivi di armonizzazione e divergenze nazionali*, in [SIDIBlog](#), 23 febbraio 2023; L. CARPANETO, *Filiazione, circolazione degli status e diritto internazionale privato: la nuova proposta di regolamento UE e orizzonti di sviluppo*, in [Aldricus](#), 9 gennaio 2023.

<sup>35</sup> Se è vero, infatti, che la m.s. sia una pratica diffusa ma facilmente riscontrabile nelle famiglie arcobaleno, viceversa è anche vero che i casi di ricorso ad essa riguardano, nella stragrande maggioranza, le famiglie eterosessuali (è noto, in tal senso, che l'Ucraina viene indicata come la principale meta del c.d. turismo procreativo italiano) ma che questi casi appaiono generalmente di difficile accertamento perché la loro connotazione "transnazionale" li porta ad assumere una dimensione di clandestinità. Non a caso il più noto caso di scuola registrato dalla giurisprudenza CEDU è quello *Paradiso Campanelli c. Italia* (v. *infra*, par. 5) che ha dato luogo ad un doppio grado di giudizio prima nel 2015 e poi nel 2017 e ha riguardato una coppia eterosessuale italiana.

dimostrazione del tipico fraintendimento della vocazione e delle finalità istituzionali dello strumento internazionalprivatistico che, invece, dovrebbero essere rispettate anche dalla cooperazione fra gli Stati ove non si intenda compromettere l'utilità e credibilità della materia. Il DIP mira, non a sovvertire, forzare, omologare, subordinare ecc. il sistema normativo di uno Stato a mezzo del diritto di un altro Stato, bensì a coordinare, armonizzare, ravvicinare e integrare – in un modo che, data la natura della sua base soggettiva, non potrebbe che essere concreto e quindi spontaneo, progressivo e non imposto – le normative statali in vista di eliminare quella eterogeneità esistente fra di esse che impedisce ai cittadini (nella specie quelli più vulnerabili come i minori e, per essi, gli adulti di riferimento) di esercitare la propria autonomia di scelta per avvalersi, nei fatti, dello *status* giuridico ad essi riconosciuto sul piano teorico (*Considerando* 8, 34 e 99): in questo senso, il DIP avrebbe lo scopo di consentire ai privati la ricerca delle migliori condizioni di soddisfacimento delle proprie fondamentali esigenze e delle loro legittime aspirazioni secondo quegli *standard* di tutela dei diritti umani universalmente riconosciuti<sup>36</sup>. In secondo luogo, la critica in esame rappresenta uno stravolgimento degli obiettivi specifici della proposta *de qua* che lungi dall'incoraggiare il ricorso alla m.s. o ad altre pratiche contrastanti con i diritti umani e con i valori giuridici fondamentali del foro competente, viceversa, mira a creare un substrato normativo essenziale e uniforme volto a garantire che i figli possano «god[ere] dei loro diritti» – fra i quali «il diritto all'identità e quello di essere allevati dai propri genitori – «e manten[ere] il loro status giuridico in situazioni transfrontaliere, senza discriminazioni» inclusa quella sulla nascita (*Considerando* n. 21; ma anche 2, 11, 18). In questo senso, la proposta è esplicita nel manifestare che il suo obiettivo «riguarda il riconoscimento della filiazione indipendentemente dal modo in cui il figlio è stato concepito o è nato e dal tipo di famiglia da cui proviene» e «comprende pertanto il riconoscimento della filiazione di un figlio avente genitori dello stesso sesso e anche di un figlio adottato a livello nazionale in uno Stato membro» (*Relazione*, par. 1).

Se questa precisazione da un lato, può essere idonea a chiarire l'obiettivo della proposta di sancire la parità, senza alcuna discriminazione, fra i figli nella certificazione del loro *status* di filiazione ai fini del riconoscimento dei loro diritti, dall'altro tuttavia potrebbe non essere sufficiente ad allontanare il sospetto della sua idoneità a dare copertura giuridica a pratiche di fecondazione assistita come quella della m.s. (maternità surrogata) invalidando di fatto il divieto vigente, in Paesi come il nostro, di ricorrere ad esse. L'aspetto più deleterio e inaccettabile di questa pratica riproduttiva (e di quelle ad essa assimilabili<sup>37</sup>) risiede a ben guardare nel suo obiettivo deliberato di alterare, se non pure di cancellare, la vera identità dei soggetti coinvolti, *in primis* del minore. Per realizzare un tale obiettivo la m.s. poggia su un modello operativo e relazionale basato sullo sfruttamento della situazione di vulnerabilità delle persone che si rivolgono ad essa, motivo per il quale i suoi caratteri sono stati fatti coincidere con quelli della tratta di esseri umani per fini di schiavitù<sup>38</sup>. Secondo questa tecnica, i committenti e la madre surrogata, infatti, cedono all'illusione di potere soddisfare tramite la m.s. quel particolare bisogno (di genitorialità, piuttosto che di liberalità e altruismo o, anche, di

---

<sup>36</sup> Cfr. G. ROSSOLILLO, *Art. 10 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: la continuità degli status come garanzia del rispetto della vita privata e familiare*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 3/2022, 531 ss spec. 536 con riferimento a tecniche internazionalprivatistiche che assecondano le aspettative dello Stato piuttosto che quelle dell'individuo; nel senso che la continuità degli *status* personali sia connaturata allo scopo del DIP di contribuire all'«armonia internazionale delle soluzioni» v. anche P. FRANZINA, *The place of Human Right in Private International Law of the Union in Family Matters*, in *Fundamental Rights and Best interest of the Child in Transnational Families*, in E. Bergamini C. Ragni (eds), Cambridge, 2019, 141 ss. spec. 146. Sul «superamento del metodo conflittuale» nel contesto del riconoscimento degli status acquisiti all'estero v. O. FERACI, *Art. 14 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: la circolazione transfrontaliera del rapporto di filiazione*, in *Diritti umani e Diritto internazionale privato*, 3/2022, 585 ss. spec. 593-598.

<sup>37</sup> Su questi aspetti sia consentito rinviare al nostro *Predisposizione ai rapporti di schiavitù e ruolo del Diritto internazionale privato al vaglio della giurisprudenza CEDU sulla maternità surrogata*, in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), 1/2022, 172 ss.

<sup>38</sup> Il parallelismo fra le due fattispecie della m.s. e la tratta di schiavi figura nella citata sent. della Corte EDU *Paradiso e Campanelli* cit., (2017), par. 202: per un commento, si rinvia al nostro *Predisposizione ai rapporti di schiavitù* cit., 172 ss. spec. 174 ss.

benessere economico e materiale) che le circostanze impediscono loro di realizzare direttamente; in tal modo, essi entrano a fare parte del meccanismo di funzionamento della m.s., generalmente gestito da un'organizzazione a scopo di lucro, trasformandosi, anche loro malgrado, in complici di quest'ultima. Nel prestare, quindi, il loro consenso (a volte inconsapevole) ad essere parti di un rapporto sinallagmatico (basato su una prestazione di denaro in cambio della consegna di un bambino) i detti soggetti accettano di entrare in una logica di mercificazione del bambino e di successiva falsificazione della realtà dei fatti in virtù della quale da un lato, la madre surrogata accetta di rinunciare a quel neonato che ha tenuto in grembo e partorito nonché ad ogni forma di legame con lui, mentre i committenti acconsentono a dichiararsi i genitori naturali del bambino anche quando non abbiano alcun legame genetico con lui, accettando inoltre di cancellare le sue origini genetiche e, quindi, di recidere i suoi legami primari. Oltre a questa sostituzione di ruolo – in conseguenza della quale ciascuno perde la propria identità personale per assumere l'identità di qualcun altro – questi stessi soggetti mettono in discussione il fisiologico processo evolutivo e di autoidentificazione del bambino stesso che perciò è sottoposto a un processo di vittimizzazione e di oggettificazione da cui difficilmente potrà uscire: il suo stato di assoluta inferiorità psico-fisica lo rende infatti estremamente vulnerabile, del tutto privo com'è di mezzi e difese proprie, incapace di fare scelte autonome e consapevoli bensì, al contrario, una mera proiezione della volontà, dei desideri e ideali degli adulti che ne hanno l'affidamento.

Se non intervengono pertanto fattori capaci di interrompere questo processo disfunzionale, il bambino sarà destinato ad assumere l'identità che altri hanno deciso per lui. Il diritto, in questo senso, può svolgere una funzione di contenimento e rimozione di quei fattori caratteristici della m.s. che possono causare effetti condizionanti e di disturbo all'*iter* evolutivo del minore. L'intervento dello Stato, inoltre, può creare quelle condizioni utili da un lato, affinché il minore possa sviluppare uno stile comportamentale "sano" che cessi quel processo di "reificazione" attivato dalla m.s. che lo ha reso uno strumento di gratificazione dei bisogni altrui e, al contempo, favorisca la sua capacità di perseguire il proprio specifico interesse, quindi l'autorealizzazione personale e la "padronanza di sé stesso"; dall'altro, affinché le figure affidatarie del minore possano acquisire la necessaria consapevolezza della propria condizione di vulnerabilità, delle conseguenze sui bambini delle loro scelte di m.s. e della utilità di elaborarle in vista di un recupero della propria capacità genitoriale nell'interesse del minore stesso.

Fatto sta che la proposta della Commissione UE mostra di cogliere appieno questa situazione e di assumere posizione rispetto ad essa (e quindi anche rispetto alla m.s.) avendo cura di chiarire che il suo contenuto «non impone [...] agli Stati» di riconoscere «il rapporto di filiazione tra il minore e le persone indicate come genitori nell'atto di nascita» redatto da altro Stato membro «a fini diversi dall'esercizio dei diritti che al minore derivano dal diritto dell'Unione» (considerando 4)<sup>39</sup>. Il suo obiettivo, in altre parole, non è quello di sostituirsi allo Stato nazionale nell'accertamento dell'autenticità del rapporto di filiazione, e quindi nel valutare che la genitorialità (paterna o materna) sia effettivamente quella dichiarata nel certificato dello Stato estero), bensì di utilizzare tale certificato al solo scopo di consentire al minore di circolare liberamente (con uno o entrambi i suoi genitori) nel territorio europeo con il suo bagaglio di diritti civili e sociali derivante dallo *status filiationis* in esso riconosciuto. Vale la pena sottolineare in proposito, che il Regolamento proposto lascerebbe in vigore la normativa sostanziale di accertamento della filiazione adottata da ciascuno Stato membro (considerando 5, 25, 34, 37, artt. 5, 17) e, in tal senso, anche la possibilità di eccepire la clausola di ordine pubblico artt. 22 e 31) qualora il diritto straniero ritenuto applicabile al riguardo venisse a

---

<sup>39</sup> Una posizione questa confermata dalla giurisprudenza UE: v. al riguardo la sent. della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 18 marzo 2014, causa C-363/12, Z. c. *A Government department e The Board of management of a community school* la quale ha statuito che la situazione di una madre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di m. s. non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2006/54, per quanto riguarda il riconoscimento di un congedo di adozione; né costituisce una discriminazione fondata sul sesso il fatto di negare la concessione di un congedo retribuito equivalente a un congedo di maternità a una lavoratrice che abbia avuto un figlio mediante un contratto di m.s. in qualità di madre committente.

violare aspetti di carattere fondamentale del proprio ordinamento. Sotto questo profilo, inoltre la proposta in esame si preoccupa di evidenziare la sua conformità a quella parte della giurisprudenza CEDU «che impone a tutti gli Stati nell'ambito della sua giurisdizione di riconoscere il rapporto giuridico di filiazione accertato all'estero tra un figlio nato mediante ricorso alla maternità surrogata e il genitore biologico intenzionale, e di prevedere un meccanismo di riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra il figlio e il genitore intenzionale non biologico (ad es. tramite adozione)»; circostanza questa che, ove riferita al nostro Stato, fa pienamente salvo il diritto vigente che ammette il riconoscimento del genitore non biologico tramite il procedimento dell'«adozione in casi particolari»<sup>40</sup>.

Lungi, dunque, dal favorire il riconoscimento di pratiche vietate dal diritto statale, la proposta di Regolamento in esame rappresenta, semmai, una soluzione atta a promuovere un modello e una cultura di DIP basati su un volontario, libero e graduale processo di contaminazione fra le persone e quindi fra gli ordinamenti statali e le loro istituzioni indotto dall'evidenza dei fatti quindi basato su un dato esperienziale<sup>41</sup>; dall'altro, istituisce quel processo di informazione e di sensibilizzazione della società civile necessario per togliere dalla clandestinità i casi di m.s. e sviluppare una coscienza europea incentrata sull'interesse del minore.

Come è noto, il Regolamento della Commissione UE sulla filiazione non ha potuto proseguire l'iter procedurale previsto per la sua adozione poiché non ha ottenuto il consenso necessario da parte degli Stati – fra i quali l'Italia – che hanno perso così un'altra occasione per porre ordine e coerenza fra le proprie manifestazioni di volontà sovrana a seconda che questa sia oggetto di enunciazioni formali o di attuazione nella prassi. In particolare, la divergenza esistente fra quanto da essi dichiarato sul piano formale e quanto attuato invece nella prassi si riflette innanzitutto sul principio del superiore interesse del minore. Anziché fornire al minore un esempio concreto di come lo Stato sappia prendersi cura dei suoi interessi e dei suoi diritti solennemente riconosciuti affinché possa trarne ispirazione per costruire il proprio *modus vivendi*, lo Stato, viceversa dimostra di scaricare sul minore le conseguenze di scelte (quelle delle modalità della sua nascita) delle quali non può essere considerato responsabile: così finisce (giocoforza) per proiettare su di lui quello stesso schema operativo sanzionato dalle sue leggi perché considerato antisociale, disfunzionale e inaccettabile<sup>42</sup>.

Un modello comportamentale quello ora descritto sul quale, come vedremo, ha modo di soffermarsi a lungo la Corte EDU per arrivare a considerarlo un tratto cronico disfunzionale della pratica delle nostre Istituzioni che appare del tutto incompatibile con la tutela che, invece, esse dovrebbero riservare alle persone vulnerabili e, fra queste, ai minori.

##### *5. La giurisprudenza CEDU sul cognome dei figli: la resistenza degli Stati a sottoporre a controllo la loro attività sovrana e le pronunce a favore del cognome materno*

Anche il sistema CEDU, come quello UE, ha un carattere stato-centrico che deriva la sua natura da un accordo internazionale. A sua volta, la Corte EDU, alla stregua della CdG, è chiamata ad interpretare gli obblighi della Convenzione e a favorirne l'osservanza negli ordinamenti degli Stati che di questa sono parti. Tuttavia qui l'ottica appare rovesciata: il contenuto degli obblighi CEDU ha infatti ad oggetto, non la tutela degli Stati e della loro identità nazionale, bensì la tutela della persona umana e, quindi, della sua identità individuale. È lo Stato e le sue istituzioni ad essere al servizio della persona privata e non viceversa; cosicché, ogni altra esigenza o interesse a questa estraneo assume

---

<sup>40</sup> Sul tema v. G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?* in *Questione Giustizia*, 7 giugno 2022.

<sup>41</sup> In linea con quanto ora detto nel testo, si sta facendo largo l'ipotesi di adottare il Regolamento sulla filiazione in esame con la procedura di cooperazione rafforzata lasciando liberi gli Stati che non partecipano ad essa di aderirvi successivamente.

<sup>42</sup> Sul connubio inscindibile fra «diritto e psiche» v., fra gli altri, la *Prefazione* di F. POCAR e la *Postfazione* di L. ZOJA, in P. BARBETTA, G. SCADUTO, *Diritti umani e intervento psicologico*, Firenze Giunti, 2021, IX-XI e 197-204.



un rilievo subordinato ed eventuale. Lo Stato è chiamato perciò, a rendere conto davanti alla Corte di Strasburgo dei suoi comportamenti non conformi ai principi della Convenzione, dunque, dell'inadeguatezza della tutela della persona umana che questi invece sanciscono. Il margine di apprezzamento dello Stato, in questo contesto, appare circoscritto alla possibilità di scelta, fra tutte quelle possibili, della soluzione normativa più adeguata a soddisfare questo tipo di obiettivo senza possibilità alcuna – se non per ragioni di stretto ordine pubblico – che esso possa essere negato, ostacolato o condizionato in assenza, appunto, di un debito e accertato motivo. Le esigenze di rilevanza nazionale, pertanto, possono essere fatte valere solo in quanto rispondano a quei criteri di necessità, proporzionalità e urgenza che contraddistinguono un ordinamento civile e democratico<sup>43</sup>. Un sistema così concepito come quello CEDU, pertanto, non poteva non prevedere la legittimazione attiva a favore di quei privati – portatori di interessi, propri o di soggetti rientranti nella propria sfera di responsabilità – a ricorrere a questa Corte per chiamare il proprio Stato in giudizio. Ciò, peraltro, non solo limitatamente a fattispecie di DIP collegate alla pregressa circolazione dell'individuo nel territorio europeo coperto dalla CEDU (come si è visto, invece, in sede d'esame della giurisprudenza della CdG) ma anche con riferimento a qualsiasi altra fattispecie di diritti umani avente rilevanza ai fini della Convenzione. Un tale sistema, per contro, non poteva non generare fin da subito la diffidenza degli Stati; d'altro canto, molti sono i ricorsi alla Corte di Strasburgo che si concludono con la condanna dello Stato convenuto (che spesso è il nostro) per violazione della Convenzione. Per quanto le resistenze iniziali siano state superate, tuttavia gli Stati faticano ancora oggi a sottoporre la propria condotta e attività sovrana al giudizio, e quindi alla critica, della Corte EDU. Pertanto, capita che quest'ultima diventi oggetto di pesanti attacchi e contestazioni da parte degli Stati nel chiaro proposito di screditarne l'operato e mettere in discussione il funzionamento del sistema giuridico sul quale esso poggia. La Corte di Strasburgo è stata, quindi, ripetutamente accusata – in particolare, dal nostro Stato – di atteggiarsi in modo indebito a Giudice sovranazionale, di quarto e ultimo grado rispetto alle giurisdizioni nazionali; di rovesciare l'esito dei giudizi nazionali intaccando il principio di intangibilità del giudicato; quindi, di esorbitare i termini e i limiti del proprio mandato con la conseguenza di sottrarre parti di potere sovrano ai giudici nazionali<sup>44</sup>. Con ciò alludendo ad una linea di continuità normativa (nella specie processuale) fra questi ultimi e la Corte EDU, che non ha alcun fondamento tanto nella teoria quanto nella pratica del diritto vigente. In questo contesto va altresì ricordato il mancato recepimento, da parte del nostro Stato, del Protocollo n. 16 concernente il ricorso a un nuovo meccanismo consultivo da attivare nel corso di un procedimento CEDU che potrebbe aiutare l'Italia a prevenire nuove condanne<sup>45</sup>.

Fatto sta che la visione distorta della realtà di questi rapporti si è palesata, in modo alquanto drammatico, allorché la giurisprudenza CEDU<sup>46</sup> si è dovuta occupare di settori decisamente delicati e sensibili come quello attinente alla vita privata e familiare e, in particolare, ai rapporti disfunzionali fra i genitori, nonché fra questi e i loro figli.

Venendo specificamente alla questione del cognome, va detto che la Corte di Strasburgo si è preoccupata di raccomandare l'introduzione negli Stati di tutte quelle misure necessarie a riequilibrare i rapporti fra il padre e la madre nella trasmissione del cognome ai figli. Proprio in una

---

<sup>43</sup> Cfr. sent. *Paradiso e Campanelli c. Italia* [GC] del 24 gennaio 2017, parr. 179-214.

<sup>44</sup> Per maggiori ragguagli su questi aspetti si rinvia al nostro *I rapporti disfunzionali fra i genitori e i figli* cit., 697 ss. spec. 707-709, 722-724.

<sup>45</sup> Sui caratteri del sistema CEDU e sul rapporto fra la Corte EDU e le Corti italiane v. per tutti, il numero speciale di *Questione Giustizia*, *La Corte di Strasburgo*, a cura di F. Buffa e M.G. Civinini. In particolare, sul Protocollo n. 16 v. F. BUFFA, *Il parere consultivo nel Protocollo n. 16*, ivi, 219 ss.; L. PANELLA, *La mancata ratifica italiana del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2020, 747 ss.

<sup>46</sup> Quanto ora riferito nel testo non significa che la Corte EDU sia un giudice infallibile e inappuntabile ma, piuttosto, che il suo metodo debba considerarsi pregevole nel prevedere da un lato, la possibilità di instaurare un contraddittorio e avere un rapporto interlocutorio con i diretti interessati (cittadini e istituzioni nazionali) ai problemi di causa, dall'altro, un confronto interno al suo corpo giudicante che permette alle opinioni dissenzienti di avere la rilevanza e la visibilità del «diritto possibile» e, inoltre, di dare vita ad una «giurisprudenza casistica» di natura «evolutiva» tesa a rendere «concreta ed effettiva non teorica e illusoria» la CEDU attraverso una risoluzione del caso controverso: il virgolettato è estratto dal contributo di V. ZAGREBELSKI, *Nove anni come giudice italiano a Strasburgo*, in *Questione Giustizia*, spec. 29-30.

sentenza<sup>47</sup> riguardante il nostro Stato la Corte EDU, non potendo essa stessa sostituirsi al Legislatore nazionale ed abrogare il patronimico, ha messo in evidenza la necessità irrinunciabile per lo Stato italiano di adottare una riforma che eliminasse «nella legislazione e nella prassi»<sup>48</sup> la discriminazione esistente nei confronti del cognome materno, pur senza escludere la possibilità che il patronimico potesse essere scelto come unico cognome da trasmettere al figlio. Nella successiva giurisprudenza<sup>49</sup> la Corte ha ulteriormente sottolineato e meglio argomentato l'importanza che l'azione legislativa dello Stato di adeguamento alla CEDU fosse effettiva ed efficace. In sintesi questa da un lato, avrebbe dovuto distinguere fra attribuzione del cognome al momento della nascita e in un momento a questa successivo valutando l'opportunità, in quest'ultimo caso, di dare rilevanza alla qualità del legame affettivo genitoriale oggetto della procedura di riconoscimento della filiazione<sup>50</sup>; dall'altro, avrebbe dovuto prevedere che l'adeguamento formale alla CEDU non potesse essere rimesso in discussione in fase di regolamentazione dei casi concreti: la riforma legislativa poteva infatti rivelarsi inutile se la sua interpretazione e la sua applicazione ai rapporti correnti avesse lasciato sopravvivere (se non anche ripristinato) la cultura discriminatoria nei confronti della madre che essa aveva invece lo scopo di eliminare. La Corte EDU mette quindi chiaramente in guardia gli Stati dall'agire con condotte che possano rendere vano e privo di concretezza il risultato ottenuto in sede di riforma legislativa. Ciò soprattutto allorché si tratti di proteggere soggetti particolarmente vulnerabili come i minori, per i quali occorre adottare un'attenzione particolare. Una linea argomentativa, questa, che la Corte EDU applica alla materia della trasmissione del cognome dopo averla accuratamente sviluppata nell'ambito di quell'ampia casistica giurisprudenziale relativa alle controversie familiari aventi ripercussioni sui figli sulla quale, pertanto, conviene attentamente soffermarsi.

6. Segue: *La giurisprudenza CEDU sui conflitti familiari aventi ripercussioni sui figli e il "problema sistemico" nella condotta dello Stato italiano*

In sede d'esame della [sent. n. 131 del 2022](#) si avuta occasione di osservare che fra gli aspetti che essa ha preso in considerazione figura anche quello del disaccordo genitoriale sulla scelta del cognome da trasmettere ai figli. Il verificarsi del disaccordo sul cognome, in particolare, andrebbe ad integrare quel cospicuo numero di casi caratterizzati da «situazioni di crisi della coppia» su «scelte di particolare rilevanza riguardanti i figli» citate dalla [sent. n. 131 del 2022](#)<sup>51</sup>. Un tale disaccordo quindi, potrebbe dare luogo, anche su iniziativa degli stessi genitori in crisi, ad un intervento dell'autorità giudiziaria che dal piano nazionale potrebbe spostarsi, in via sussidiaria, a quello della Corte EDU. Molti in effetti sono i procedimenti davanti a questa Corte che vedono comparire il nostro Stato come convenuto e che, spesso, purtroppo si concludono con una sentenza di condanna a carico di quest'ultimo. L'aspetto che più di tutti mostra di marcare maggiormente la distanza fra la Corte EDU e le nostre autorità giudiziarie nelle questioni riguardanti appunto i rapporti disfunzionali fra i genitori e i figli, è quello concernente l'interpretazione e l'applicazione del principio del *best interest of the child*. Secondo la Corte EDU quest'ultimo è solo uno degli interessi protetti dall'art. 8 che obbliga il giudice interno a compiere ogni sforzo per realizzare «un giusto equilibrio tra gli interessi coesistenti» in vista di «mantenere il legame familiare» o, nel caso vi sia stato un allontanamento o una separazione del figlio dal proprio nucleo familiare, per facilitarne «il riavvicinamento» e «il ricongiungimento»<sup>52</sup>. Nella logica argomentativa della Corte EDU, la conoscenza delle proprie origini familiari assume un ruolo fondamentale nella costruzione dell'identità personale

---

<sup>47</sup> Sent. *Cusan e Fazzo c. Italia* del 7 gennaio 2014.

<sup>48</sup> Sent. *Cusan e Fazzo c. Italia* cit., par. 81.

<sup>49</sup> Al riguardo v. la sent. *León c. Spagna* del 26 ottobre 2021.

<sup>50</sup> *Ibid.*, par. 74 ss.

<sup>51</sup> V. *supra*, par. 2.

<sup>52</sup> Le citazioni si riferiscono alle sentt. *A.I. c. Italia* del 1° aprile 2021, rispettivamente parr. 92, 75, 86; *Luzi c. Italia* del 5 dicembre 2019, par. 65.

dell'individuo e, quindi, nell'ottica di una crescita sana ed equilibrata del minore; questo spiega la rilevanza che, ai fini della corretta applicazione dell'art. 8 CEDU, assumono il principio del *best interest of the child* e i suoi diretti corollari attinenti al diritto del minore alla bigenitorialità quindi a conoscere le proprie radici, a conservare la rete delle sue relazioni affettive e, più in generale, a vivere nella propria famiglia d'origine e nel suo ambiente naturale. Il Giudice di Strasburgo ritiene, pertanto, che il rapporto familiare, anche laddove disfunzionale e caratterizzato da un'elevata conflittualità, non solo debba essere salvaguardato ma possa anche essere adeguatamente gestito. La rottura del legame biologico, in questa prospettiva CEDU, può dunque essere concepita unicamente quale esito di una sua evoluzione spontanea e cioè di una sua elaborazione da parte dei diretti interessati, ma non anche (se non si vuole incorrere in una violazione dell'art.8 CEDU) il risultato di un comando giurisdizionale. Ciò significa che il giudice nazionale non potrà in nessun modo ostacolare o menomare la capacità giuridica (anche processuale) dei genitori; né, tantomeno, potrà ignorare i diritti del figlio o condizionarne la volontà. Egli dovrà invece attuare un programma di intervento che, in coerenza con le esigenze del caso concreto, sia teso a creare quei presupposti giuridici e materiali che mettano gli interessati in condizione di operare le proprie scelte relative alla situazione familiare e, in particolare, consentano al minore di acquistare progressivamente quell'autonomia di giudizio necessaria a realizzare un tale scopo.

Benché quella testé illustrata sia la condotta considerata dalla Corte EDU più aderente al significato dell'art. 8 CEDU essa, tuttavia, non è quella più seguita nelle nostre realtà giudiziarie. Il principale rilievo che questa Corte muove, quindi, alle autorità italiane è quello di *non saper gestire adeguatamente i conflitti familiari* e, in tal senso, di non sapere conciliare gli interessi coinvolti secondo quanto prescritto dall'art. 8 CEDU al fine di mettere i genitori e i figli interessati nelle *condizioni* più opportune per conoscersi adeguatamente e fare quindi le proprie scelte di vita. Si tratta di un approccio attuato in chiave di «diritto vivente»<sup>53</sup>, che si basa su principi di attualità e specificità dei fatti di causa, che tuttavia stenta ad affermarsi nelle nostre aule giudiziarie. In particolare, secondo la Corte EDU i nostri Tribunali manifestano una spiccata propensione a dare, non solo un'eccessiva importanza, ma anche un'assoluta ed esclusiva rilevanza all'interesse del minore, come se questo fosse l'unico interesse in gioco e nessuno degli altri interessi coinvolti (*in primis* quelli genitoriali) possa essere considerato meritevole di tutela; su queste basi esse sono portate a considerare la “disfunzionalità”, e quindi la “conflittualità”, familiare aprioristicamente come nociva e pregiudizievole per il minore con la conseguenza di giustificare perciò stesso l'allontanamento del minore dall'ambito familiare, quando non pure la rottura irreversibile del suo legame con uno o entrambi i suoi genitori naturali e, finanche, con i suoi fratelli e sorelle<sup>54</sup>. Il giudice, in definitiva, si limita a sostituire il proprio modello familiare ideale e astratto, con quello disfunzionale e inadeguato dei genitori, privando in tal modo gli interessati, ma soprattutto il figlio, della possibilità di usare la

---

<sup>53</sup> Su questo concetto, strettamente attinente al “margine di apprezzamento” degli Stati e ai loro obblighi di piena (effettiva) attuazione del diritto CEDU nel proprio ordinamento, v., ad esempio, la sent. *G.I.E.M. S.R.L. e altri c. Italia* del 28 giugno 2018 nonché nell'allegata Opinione parzialmente concordante e parzialmente dissidente del giudice Pinto de Albuquerque, par. 18, cpv. e nell'Opinione concordante del giudice Motoc; la sent. *Belvedere alberghiera S.R.L. c. Italia* del 30 maggio 2000, par. 39 («[...] the constructive-expropriation rule was not to be found in any statutory provision but had been established by the case-law and was considered to be “living law») e par. 44 ([t]he rule established by the case-law thus constituted a clear, accessible and adequate legal norm and was an expression of the “living law”, that is to say the law effectively in force; infine, la sent. *Carbonara e Ventura c. Italia* del 30 maggio 2000 (*Req. no 24638/94*), par. 47. Fra i diversi contributi della dottrina allo studio dello strumento del “diritto vivente” v., con posizioni diverse, P. SPAZIANI, *Diritto e sentimento: le ragioni di un ritorno al principio di effettività*, in [Questione Giustizia](#), 2020; V. SPEZIALE, *Il “declino” della legge, e l’“ascesa” del diritto giurisprudenziale e i limiti all’interpretazione giudiziale*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2018; A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in [Diritti Comparati](#), aprile 2015; G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto “vivente”. Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?* in *Sociologia del diritto*, 3/2008, 7 ss. Secondo L. FERRAJOLI (*Contro la giurisprudenza creativa*, in [Questione Giustizia](#), 4/2016) l'approccio relativo al “diritto vivente” mostra una dimensione «creativa» e «discrezionale» che appare del tutto contrastante con il principio di «stretta legalità o tassatività» e quindi con «la verità» del diritto vigente.

<sup>54</sup> In tal senso la sent. *A.I. c. Italia*, cit., par. 101.

crisi familiare come occasione per compiere un percorso di elaborazione e di crescita che possa portarlo ad individuare quel modello comportamentale che, più di ogni altro, considera più adatto alle proprie esigenze e caratteristiche personali per potersi, infine, identificare con esso<sup>55</sup>. La diffusione e il forte radicamento di questo *modus operandi* nel nostro sistema giudiziario porta quindi la Corte EDU a concludere che nel nostro ordinamento esista un «problema sistemico»<sup>56</sup> che determina il suo continuo contrasto con la CEDU. «Sebbene» secondo la Corte EDU «gli strumenti giuridici previsti dal diritto italiano sembrano sufficienti [...] per permettere allo Stato di assicurare il rispetto degli obblighi positivi che l'art. 8 pone a suo carico», tuttavia le autorità italiane non compiono «sforzi adeguati e sufficienti» oppure rimangono «al di sotto di quanto ci si poteva ragionevolmente attendere», ricorrono sistematicamente a misure «automatiche e stereotipate» senza prestare attenzione alla specificità del caso concreto, agiscono «senza la rapidità e la diligenza» necessarie nel processo decisionale riguardante i diritti sanciti all'art. 8 CEDU<sup>57</sup>.

### 7. Segue: *La giurisprudenza CEDU sulla violenza domestica e la critica di “passività” e “tolleranza” mossa alle giurisdizioni italiane*

Ancora più delicato del precedente, si fa il discorso in quei casi, del tutto trascurati dalla [sent. n. 131 del 2022](#), che concernono quelle forme di disaccordo genitoriale frutto di un'unione familiare gravemente compromessa che destano forte allarme e meritano, perciò, un'accresciuta ed immediata forma di tutela<sup>58</sup>. Si tratta di *contesti familiari che prevedono e normalizzano l'uso, non solo della discriminazione, e quindi della disegualianza, bensì di tutto il repertorio della violenza (fisica, psicologica, economica, sociale ecc.) quale strumento di regolazione dei loro rapporti interni, a danno dei membri più fragili e predisposti*. Si tratta esattamente di quei casi in cui ogni scelta riguardante i figli – quindi quella del cognome alla stregua di qualsiasi altra – sia, in realtà, frutto di una forma di coartazione, prevaricazione, umiliazione, manipolazione ecc. con cui un genitore (a volte nell'indifferenza oppure con la compiacenza e l'avallo pure fattivo dell'ambiente socio-economico-culturale che lo circonda, quindi con la complicità del suo clan parentale, del suo *entourage* amicale, lavorativo ecc.) mira ad imporre il proprio potere sull'altro genitore nell'intento di controllarlo, isolarlo, sottometterlo, annichilirlo, annientarne la figura davanti ai figli, sui quali inoltre pretende di esercitare la propria autorità alla stregua di un diritto di proprietà<sup>59</sup>.

Rispetto a situazioni di tale gravità, la giurisprudenza CEDU legittima una deroga all'osservanza dell'art. 8 CEDU e del relativo obbligo di bilanciamento dei diritti del genitore con quelli del figlio, giustificando così la possibilità che il rapporto familiare inadeguato possa essere rescisso giudizialmente in modo netto e definitivo. Un ambiente familiare di questo tipo, altamente insalubre, degradato e deviato, non può considerarsi infatti di alcuna utilità al percorso evolutivo del minore; al contrario, può spingerlo verso comportamenti patologici e disadattivi che possono mettere in serio pericolo la sua coscienza etica e integrità morale, oltre che la sua salute psico-fisica e la sua vita e,

---

<sup>55</sup> Ulteriori approfondimenti nel nostro *I rapporti disfunzionali fra i genitori e i figli* cit., 697 ss., spec. 707-709, 722-724.

<sup>56</sup> In questo senso le sentt. *A.T. c. Italia* del 24 giugno 2021, par. 84; *Terna c. Italia* del 14 gennaio 2021, par. 97.

<sup>57</sup> Le citazioni si riferiscono alle sentt. *A.T. c. Italia* del 24 giugno 2021, par. 81, 86; *R.B. e M. c. Italia* del 22 aprile 2021, par. 79; *Terna c. Italia* del 14 gennaio 2021, par. 75; *R.V. e altri c. Italia* del 18 luglio 2019, par. 106.

<sup>58</sup> «Nel caso di persone vulnerabili» infatti, secondo la Corte EDU «le autorità devono dare prova di un'attenzione particolare, e devono assicurare loro una maggiore tutela»: così la sent. *A.I. c. Italia*, cit., par. 102.

<sup>59</sup> Su questo particolare atteggiamento genitoriale nei confronti del figlio, sia consentito rinviare al nostro *Predisposizione ai rapporti di schiavitù* cit., spec. 178-185. Si potrebbe parlare, anche in questo caso, del «retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico» (così, da ultimo, la [sent. n. 131 del 2022](#), in esame, p. 7.2. 3° periodo) quindi di un vero e proprio “potere di vita e di morte” sul quale, da ultimo, v. E. GIANNOZZI, *Vitae necisque potestas o ius vitae ac neci* cit., 2021, 41 ss.

perciò non lasciano al giudice altra scelta se non quella della rottura – anche brusca e radicale – del legame familiare malsano<sup>60</sup>.

Tali relazioni – che replicano lo schema tipico del rapporto fra dominante e dominato, superiore e inferiore, carnefice e vittima, padrone e schiavo – fanno capo a quel fenomeno c.d. di violenza domestica assai diffuso e comune a tutte le culture e società umane che, proprio perciò, risulta difficile riconoscere (anche da parte delle stesse vittime). A causa della loro oggettiva “diversità” rispetto all’uomo (che nella cultura dominante rappresenta ancora lo *standard* comune di riferimento), un tale fenomeno colpisce «soprattutto le donne»<sup>61</sup>: lo stato di inferiorità, subalternità e di omologazione in cui esse si trovano, sul piano *di fatto* (e talvolta anche *di diritto*), può manifestarsi in varie forme e condurle a quello stato di «invisibilità» che la stessa [sent. n. 131 del 2022](#)<sup>62</sup> si è riproposta di eliminare trascurando, però, anche solo un accenno a questo tipo di situazioni.

In questi casi, ancor più che in quelli analizzati al paragrafo precedente, un’inadeguata o intempestiva valutazione delle condizioni di criticità familiare, l’incapacità di cogliere gli indizi, segnali o indici della condotta genitoriale abusante nonché una mancata lettura delle specifiche esigenze del minore, possono condurre a esiti irreparabili e nefasti. Scelte riguardanti i figli, come quella relativa al loro cognome, potranno invero ben rappresentare la causa scatenante di una data forma di violenza e pertanto, potranno contribuire a fornire indicazioni utili a specificare *gli estremi della situazione di dissonanza e di criticità familiare* vissuta da parte dell’altro genitore e quindi dei figli coinvolti in vista di predisporre per loro adeguate forme di tutela.

Purtroppo, anche sotto questo profilo la divergenza di vedute fra la Corte EDU e le Istituzioni italiane appare notevole, con la conseguenza che numerose sono ormai le sentenze di condanna del nostro Stato per violazione della CEDU (spec. artt. 2 e 3). La Corte di Strasburgo denuncia, pertanto, la tendenza delle autorità italiane a “normalizzare” gli episodi di violenza riconducendoli ad «una situazione *tipica* di un conflitto all’interno di una coppia che si stava separando»; a sottovalutare le prove, indizi e testimonianze addotte dalla vittima; a ridimensionare gli episodi violenti fino a considerarli la conseguenza del comportamento “sbagliato” della vittima<sup>63</sup>; a negare il proprio intervento a causa di un limite, una lacuna o un «vuoto legislativo»<sup>64</sup>. Tutto ciò accade anche quando la violenza emerge dalle indagini condotte sui figli o dalle segnalazioni degli assistenti sociali e altro personale che coadiuva il giudice titolare della causa<sup>65</sup>.

Alla luce di queste osservazioni la Corte EDU conclude che le nostre autorità manifestano una forma di «passività giudiziaria» che crea «un contesto di impunità» del soggetto violento e rivela altresì il loro atteggiamento «di tolleranza o collusione con l’autore del reato»<sup>66</sup>. Sebbene il nostro ordinamento si sia dotato di una serie di riforme che lo hanno allineato alla Convenzione di Istanbul del 2011<sup>67</sup>, tuttavia, secondo la Corte di Strasburgo l’«obbligo dello Stato di indagare» che discende in particolare dall’art. 3 CEDU, «non si può considerare soddisfatto se i meccanismi di protezione previsti nel diritto interno *esistono soltanto in teoria*»<sup>68</sup>. «Il principio di *effettività*» continua la Corte EDU «implica che le autorità giudiziarie interne non devono in nessun caso essere disposte a lasciare

---

<sup>60</sup> Così le sentt. *I.M. e altri c. Italia* del 10 novembre 2022, par. 107; *Paradiso e Campanelli c. Italia*, [GC], del 2017, cit., par. 209. Su queste problematiche ci permettiamo di rinviare ancora al nostro *Predisposizione ai rapporti di schiavitù* cit., 172 ss.

<sup>61</sup> Così la sent. *Talpis c. Italia* del 18 settembre 2017 (ric. n. 41237/14), par. 145.

<sup>62</sup> V., *supra*, par. 2.

<sup>63</sup> Sulla c.d. “vittimizzazione secondaria” v. M. BOUCHARD, *La vittimizzazione secondaria all’esame della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in [Diritto penale e uomo](#), 9 giugno 2021.

<sup>64</sup> In questo senso le sentt. *De Giorgi c. Italia* del 16 giugno 2022, spec. par. 22, 26-29, 77; *Landi c. Italia* del 7 aprile 2022, par. 47-49; *M.S. c. Italia* del 7 ottobre 2022, par. 136.

<sup>65</sup> Così le sentt. *De Giorgi c. Italia* cit., spec. par. 51, 74, 77, 84; *I.M. e altri c. Italia* cit., par. 117, 136.

<sup>66</sup> Le citazioni si riferiscono alle sentt. *De Giorgi c. Italia* cit., par. 78, 81; *M.S. c. Italia* cit., par. 150, 158; *Talpis c. Italia* cit., par. 141.

<sup>67</sup> Sull’importanza del ricorso a questo strumento contro la violenza domestica v. in ultimo S. DE VIDO, *Verso un test di dovuta diligenza sensibile al genere nei casi di violenza domestica? Sulla recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3/2022, 613 ss. spec. 634-635.

<sup>68</sup> Così la sent. *M.S. c. Italia* cit., par. 160.

impunite le sofferenze fisiche o psicologiche» inflitte dal genitore violento all'altro genitore e, direttamente o indirettamente, ai loro figli<sup>69</sup>. La Corte EDU ritiene quindi che in Italia esista una «prassi» che, sebbene non sia «generalizzata»<sup>70</sup>, risulta «molto diffusa tra i tribunali civili»<sup>71</sup>; essa affonda le sue radici in «atteggiamenti socioculturali di tolleranza nei confronti della violenza domestica»<sup>72</sup> e si manifesta con una mancanza sia di «consapevolezza delle particolari caratteristiche delle cause in materia di violenza domestica», sia di una «volontà reale di fare in modo che l'autore di tali atti [sia] portato a renderne conto»<sup>73</sup>.

Di fronte a questi rilievi la Corte costituzionale avrebbe potuto cogliere l'occasione della sua pronuncia sul cognome per dare un segnale e un contributo significativi nella loro direzione. Essa avrebbe potuto fare appello alla necessità di avviare nuove iniziative per sgomberare il campo da quella mentalità patriarcale ancora così fortemente radicata nella nostra educazione, nelle nostre abitudini, nella nostra comune identità. Avrebbe potuto prendere spunto dalle sue considerazioni sull'accordo genitoriale per affermare che la sua esistenza non è necessariamente sinonimo di armonia familiare potendo celare, invece, forme di squilibrio e violenza suscettibili di compromettere il percorso di sviluppo dei figli con conseguenze anche molto gravi sul loro benessere psico-fisico. A questo proposito la Consulta avrebbe potuto fare almeno un cenno alla citata giurisprudenza CEDU, al suo fondamento nel *best interest of the child* e al suo valore paradigmatico anche in vista di considerare il diritto del minore a crescere in un contesto privo di conflittualità e intolleranza e, quindi, il suo diritto ad un «ambiente sano»<sup>74</sup> *lato sensu* che trascende l'ambito dei suoi rapporti familiari per riconnettersi a tutti gli ambiti della sua vita di relazione. Da questo principio, il Giudice costituzionale avrebbe poi potuto prendere spunto per riempire di contenuti, con il suo esempio autorevole e illuminante, quel nuovo principio di rango costituzionale che è l'interesse delle «generazioni future» e quindi per prospettare l'importanza di rinvenire soluzioni sostenibili, pacifiche e concilianti in ogni settore della convivenza umana affinché un tale interesse possa sperare di essere effettivamente soddisfatto.

La [sent. n. 131 del 2022](#), invece, come si è detto, non ha dato la benché minima rilevanza a questo generale e complesso problema, alla sua drammaticità, all'urgenza di risolverlo e con ciò, soprattutto, ha omesso di dare un importante segnale di ascolto, solidarietà e disponibilità alle vittime.

#### 8. Il modus operandi della Corte costituzionale nella [sent. n. 131 del 2022](#) alla luce degli orientamenti emersi nei sistemi UE e CEDU

Dall'analisi sopra svolta, sembra che la Corte costituzionale con la [sent. n. 131 del 2022](#) abbia attuato un cambio di passo<sup>75</sup> rispetto alla sua giurisprudenza pregressa, in grado di segnare una svolta decisiva nella materia, sia per le sue modalità procedurali che per i suoi contenuti sostanziali. Per effetto di questa inversione di tendenza, la Corte avrebbe dunque interrotto un registro normativo e istituzionale protrattosi per decenni in violazione di valori non solo fondamentali, ma anche strutturali del nostro ordinamento costituzionale. A fronte di un siffatto rilievo, non vi è dubbio che il reale

<sup>69</sup> Sent. *De Giorgi c. Italia* cit., par. 81.

<sup>70</sup> Così le sentt. *M.S. c. Italia* cit., par. 164; *Landi c. Italia* cit., par. 106.

<sup>71</sup> Sent. *I.M. e altri c. Italia* cit., par. 138.

<sup>72</sup> Sent. *Talpis c. Italia* cit., par. 145.

<sup>73</sup> Sent. *De Giorgi c. Italia* cit., parr. 85, 88. Si precisa che il corsivo, che figura in tutte le citazioni fatte nel testo, è aggiunto.

<sup>74</sup> Solo per citarne alcune v. le sentt. *Kilic v. Austria* del 12 gennaio 2023, par. 121; *A.I. c. Italia* cit., par. 98; *V.Y.R. and A.V.R. v. Bulgaria* del 13 dicembre 2022, par. 77; *Strand Lobben and Others v. Norway* del 10 settembre 2019, par. 207; *Cincimino c. Italia* del 28 aprile 2016, par. 66.

<sup>75</sup> Considerano «rivoluzionario» l'approccio adottato dalla Corte costituzionale nella [sent. n. 131 del 2022](#), F. FONTE, *Una rivoluzione in materia di attribuzione del cognome*, in [lus in itinere](#), 2022; F. SPACCASASSI, *Il cognome dei figli: questioni chiuse e problemi aperti dalla sentenza n. 131 del 2022 della Corte costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), 2022, spec. 3.

valore dell'orientamento adottato nella giurisprudenza in esame andrà apprezzato alla prova dei fatti. È fuori di dubbio che, sul piano procedurale, la nostra Corte abbia manifestato il proposito di affrontare in modo organico la sistemazione della materia utilizzando uno strumento, l'ordinanza di autorimessione, che ha consentito di integrare le carenze del *petitum* dei giudici rimettenti: si è trattato tuttavia di un *modus operandi* che, sebbene *eccezionale* e pure *inedito* in materia di cognome, non era del tutto nuovo nell'esperienza della Corte. È vero inoltre che, sul piano sostanziale, essa ha proceduto alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della “vigente” norma di sistema (il patronimico) per poi introdurre l'”accordo” genitoriale quale nuova “regola di carattere generale”<sup>76</sup>. A questo proposito, va però rimarcato che più che dare una base normativa nella materia al principio di eguaglianza, la Corte in tal modo ha vinto una tradizionale e diffusa resistenza nel nostro ordinamento ad andare oltre l'applicazione dell'eguaglianza formale prevista dal 1° comma dell'art. 3 Cost. per attuare l'eguaglianza sostanziale sancita dal 2° comma di questo articolo<sup>77</sup>. Una siffatta circostanza sembra evincersi dalle stesse parole della Corte con cui essa ha espresso il proposito di rendere «effettiva la “legalità costituzionale”»<sup>78</sup> nella materia e che perciò abbia inteso procedere (anziché ad un'abrogazione del patronimico) *ad una eliminazione di tutti quegli ostacoli che impediscono ai genitori di trasmettere, su basi di eguaglianza fra loro, il cognome ai propri figli* secondo il disposto appunto dell'art. 3 Cost. 2° comma.

Più che dare luogo ad un cambiamento radicale, pertanto, l'approccio usato nella pronuncia *de qua* sembra avere avuto l'effetto di rimuovere un «automatismo» che ha consentito da un lato, di sollevare la Consulta dalla scomoda posizione di avere abdicato, di fatto, al proprio ruolo di garante della piena osservanza della Costituzione<sup>79</sup> e, dall'altro, di scongiurare la cronicizzazione di un *vulnus* grave ad una regola basilare e imprescindibile, qual è quella eguaglianza<sup>80</sup>, che metteva in pericolo la stabilità del nostro intero ordinamento costituzionale. In questo senso, essa ha anche dimostrato di essere in grado di sapersi sottrarre agli effetti perversi dell'inerzia legislativa suggerendo anche alle giurisdizioni ordinarie che, in questi casi, il *focus* dell'attenzione dal Legislatore si sposta – *a fortiori* – all'interprete nell'ottica della ricerca del “diritto vivente”<sup>81</sup> ovvero sia della disciplina più adatta alla risoluzione del problema concreto e al debito adempimento dei propri doveri istituzionali<sup>82</sup>. Passaggi questi, da cui sarebbe auspicabile non dover tornare più indietro. In effetti, la nostra Corte è apparsa a lungo irrigidita da un insieme di meccanismi e fattori (cliché, dogmi, tabù, convinzioni, suggestioni, fobie, suggestioni ecc. quindi da stereotipi e automatismi come riporta la giurisprudenza CEDU) che, nello svalutare il proprio ruolo e quello del principio di eguaglianza, finiva non solo per mantenere ma anche dare nuovo vigore a quella mentalità conservatrice, di chiara impronta patriarcale che essa invece, a parole, diceva di voler abbandonare.

Sicuramente, va riconosciuto alla Corte costituzionale il merito di avere considerato il ruolo positivo che il nuovo regime sulla trasmissione del cognome svolge sulla costruzione dell'identità

<sup>76</sup> In proposito v. *supra*, par. 1 con riferimento ai punti 14.1, periodi 1, 2, 7, 8; 15.1, 4° periodo.

<sup>77</sup> Sull'abrogazione dell'obbligo del patronimico e sulla sua sostituzione con la regola dell'eguaglianza genitoriale, si rinvia a quanto detto *supra*, par. 1 e relative note bibliografiche.

<sup>78</sup> V. *supra*, par. 1 con riferimento alla [sent. n. 131 del 2022](#), par. 11.2. 1° periodo.

<sup>79</sup> Per una riflessione recente su questo ruolo della Corte costituzionale v. M. RUOTOLO, *Il giudice costituzionale: custode della Costituzione o dei diritti e degli equilibri istituzionali*, in [federalismi.it](#), 2022, 883 ss. Sul ruolo centrale della Corte costituzionale rispetto alle giurisdizioni ordinarie v. inoltre G. De VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccostamento e riequilibrio del sistema*, in [federalismi.it](#), 3/2021, iv ss.; sull'atteggiamento della Corte nei confronti del legislatore E. MALFATTI, *Ri-costruire la 'regola' del cognome: una long story a puntate (e anche un po' a sorpresa)*, in [Nomos](#), 1/2022, 9.

<sup>80</sup> Sulla superiorità normativa dei principi costituzionali v. F. PATERNITI, *La Corte “pedagogista” di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, in [federalismi.it](#), 16 dicembre 2020, 178 ss., spec. 200.

<sup>81</sup> *Supra*, par. 6.

<sup>82</sup> Le ragioni ora esposte potrebbero quindi indurre a riflettere sulla reale ed effettiva opportunità di ogni ulteriore intervento (benché definito “impellente” dalla stessa [sent. n. 131 del 2022](#)) del Legislatore in materia di cognome: cfr. sul punto L. BARTOLUCCI, [La disciplina](#), cit., 1083 ss.

personale da parte dei figli e, perfino, di quella delle “nuove e successive generazioni”<sup>83</sup>, nel chiaro intento di evidenziare lo stretto nesso di causa-effetto esistente fra l’orientamento del Legislatore, le scelte genitoriali sul cognome e le loro conseguenze sui figli. Sotto questo profilo, inoltre, la [sent. n. 131 del 2022](#) ha mostrato di prendere le distanze dal modello tradizionale della UE e di voler interloquire proficuamente con la giurisprudenza della giurisprudenza CEDU creando così i presupposti affinché questo approccio possa avere importanti ricadute e riprodursi con un effetto moltiplicatore sul piano tanto istituzionale che della società civile. In particolare, essa mostra di prendere le distanze da quella logica patriarcale che vede l’identità dei figli come il riflesso e il prolungamento di quella altrui (nella specie di quella paterna e di quella della legge statale che la rappresenta) anziché come il frutto di una scelta libera e consapevole, ovvero di un percorso di crescita e di evoluzione personale.

A fronte di questi segnali positivi, il Giudice delle leggi ha tuttavia ommesso di considerare un problema assai serio e ineludibile, quello della violenza domestica, che colpisce la nostra società su scala globale ed ha gravi ripercussioni sulle donne e sui figli; perciò, merita la massima attenzione e un grande dispiegamento di forze. In effetti, trascurando ogni riferimento ai casi di disuguaglianza e asimmetria *di fatto* nella coppia genitoriale, la [sent. n. 131 del 2022](#) ha sottovalutato l’importanza che, ai fini di un’individuazione precoce dei segnali della disfunzionalità familiare, può rappresentare il disaccordo, e più segnatamente l’accordo simulato o del tutto inesistente, sulla scelta del cognome da trasmettere ai figli. Una tale omissione sembra quasi ricalcare quell’atteggiamento che si è visto essere diffuso e abituale fra le nostre istituzioni che è quello di minimizzare, normalizzare ed anche assecondare le situazioni di violenza con la conseguenza quindi di ritardarne o non disporne affatto la presa in carico e permetterne la recrudescenza. Un comportamento, questo, che oltre a colpevolizzare la vittima e ad esacerbare la sua condizione di precarietà e di abbandono, contribuisce a favorire la trasmissione e la proliferazione di una cultura della violenza che, com’è noto, non è solo fisica.

Sotto questo profilo, dunque, la Corte costituzionale avrebbe potuto utilmente e ulteriormente interagire con le Corti europee, anche per mettere ordine fra i messaggi contraddittori e contrastanti provenienti dalla loro giurisprudenza e dalle tendenze in atto nei sistemi di cui sono espressione. A questo riguardo avrebbe potuto distinguere fra i diversi e opposti modelli operativi con cui esse mostrano di risolvere le varie problematiche attinenti all’attuale vita di relazione, e quindi anche scegliere con quale di essi identificarsi. In altre parole, la il nostro Giudice delle leggi avrebbe potuto comprendere se il suo *modello di riferimento* si identificasse più con quello CEDU o con quello UE, quindi se intendesse mantenere una linea più conservatrice e involuta o, invece, adottare una visione più aperta e coerente con i nostri valori costituzionali, come tale incentrata sull’autonomia di scelta e sulla responsabilità personale; nell’occasione avrebbe potuto capire inoltre se e quando la *critica* rappresenti un’opportunità e un’occasione di crescita, di elaborazione e risoluzione dei problemi o, invece, un mero atto di irriverenza e di lesa maestà. Non c’è dubbio, alla luce dell’analisi fin qui svolta, che fino a che non si prenderà coscienza di questa circostanza e del ruolo significativo che svolge l’elaborazione delle nostre radici *lato sensu* (cioè non solo quelle familiari ovvero quelle sociali, nazionali, internazionali, ecc.) nella formazione della nostra identità – quindi nella scelta del nostro stile di vita e modo di essere – non si potrà arrivare ad eliminare quegli stereotipi, automatismi, dogmi e ogni altra forma di sbarramento mentale che limitano le nostre potenzialità e ci impediscono di risolvere i problemi in modo, non semplicemente virtuale ma piuttosto, nella realtà in cui essi hanno origine e manifestano le loro particolarità.

---

<sup>83</sup> Sull’uso di questa definizione nella [sent. n. 131 del 2022](#), v. *supra*, par. 1. Un tale riferimento dimostra che il tema relativo al rapporto genitori-figli è suscettibile di intrecciare, in una trama fitta e unitaria, un ampio e articolato spettro di valori costituzionali come quello, sopra citato, sancito all’art. 9 Cost.



**Marco Podetta**

**Il tentativo di attuazione dell'autonomia differenziata:  
dal disegno di legge Calderoli alla legge di bilancio per il 2023\***

**ABSTRACT:** *This paper analyzes some issues related to the implementation of the so-called differentiated regionalism in the light of the relevant provisions of the 2023 budget law for 2023 and the Calderoli draft law presented at the beginning of the XIX Legislature. In particular, the research tries to highlight the need to strengthen the role of the Parliament, the inadequacy of the funding mechanism, and the incorrect method of determining the essential levels of services and the financial resources.*

SOMMARIO: 1. L'autonomia differenziata: i problemi aperti dai recenti interventi in campo normativo. – 2. Il rafforzamento del ruolo del Parlamento nella procedura di attuazione dell'articolo 116, comma 3, della Costituzione. – 3. L'inadeguatezza del meccanismo di finanziamento delle funzioni differenziabili. – 4. L'errata modalità di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e delle risorse finanziarie.

*1. L'autonomia differenziata: i problemi aperti dai recenti interventi in campo normativo*

Pochi mesi dopo l'insediamento del Governo Meloni, successivamente alla diffusione di alcuni "appunti di lavoro" contenenti le bozze di un disegno di legge in materia di attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, nel marzo 2023 è stato presentato in Parlamento il disegno di legge d'iniziativa governativa<sup>1</sup> recante «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario»<sup>2</sup>. La presentazione del disegno di legge faceva seguito alla



<sup>1</sup> XIX Legislatura, A.S. 615. Il disegno di legge di iniziativa governativa, su proposta del Ministro senza portafoglio per gli affari regionali e le autonomie Roberto Calderoli, è stato presentato in Senato il 23 marzo 2023 e annunciato nella seduta n. 52 del 23 marzo 2023. Per i riferimenti alle "bozze" del testo si vedano: L. SPADACINI, M. PODETTA, *L'autonomia differenziata: spunti a partire dalla c.d. Bozza Calderoli e dall'ultima Legge di bilancio*, in [Astrid Rassegna](#), n. 2/2023, 1, e G. LAURI, *Le "proposte Calderoli" sull'autonomia differenziata (e una controproposta)*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 3/2023, 2 ss. Per alcuni commenti sulle "bozze" si vedano, inoltre: P. BALDUZZI, *Falsa partenza per l'autonomia differenziata*, in [lavoce.info](#), 18 novembre 2022; O. CHESSA, *In tema di "autonomia differenziata": sui profili procedurali del DDL Calderoli come "legge generale di attuazione"*, in [Astrid Rassegna](#), n. 5/2023, 1 ss.; G. M. NAPOLITANO, *Finalmente i livelli essenziali delle prestazioni sociali? La legge di bilancio 2022 tra ambiguità e nuovi sviluppi*, in [Diritti Regionali](#), n. 1/2023, 51 ss.; S. STAIANO, *Anti-mitopotesi. Breve guida pratica al regionalismo differenziato con alcune premesse*, in [federalismi.it](#), n. 29/2022, 182 ss. Per una recente più completa ricostruzione delle vicende che hanno portato alle richieste di attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, si veda M. GORLANI, *Regionalismo differenziato e materie oggetto di trasferimento: valutazioni politiche e criticità tecniche, organizzative e finanziarie*, in [Italian Papers on Federalism](#), n. 1/2023, 46 ss.; A. RUGGERI, *L'autonomia regionale inappagata, la sua "differenziazione" e l'uso congiunturale della Costituzione*, in [Diritti Regionali](#), editoriale 14 maggio 2023.

<sup>2</sup> Nonostante la rubrica del disegno di legge faccia riferimento alle sole Regioni ordinarie, il disegno di legge di attuazione dell'autonomia differenziata, al secondo comma dell'articolo 10, conformemente ad autorevole dottrina (v. per esempio M. CECCHETTI, *La differenziazione delle forme e condizioni di autonomia regionale nel sistema delle fonti*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2002, 143 ss.), sembra estendere l'applicabilità dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione anche alle Regioni ad autonomia speciale, laddove afferma che si applica «l'articolo 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3». Quest'ultimo, in effetti, dispone che, «sino all'adeguamento dei rispettivi statuti», le disposizioni previste dalla riforma costituzionale del Titolo V della parte II della Costituzione introdotte nel 2001, «si applicano anche alle Regioni a statuto speciale ed alle province autonome di Trento e di Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite». Tuttavia, il riferimento alle «altre Regioni» contenuto nell'articolo 116, comma terzo, della Costituzione suggerisce che solo le Regioni a statuto ordinario possono beneficiare di forme particolari di autonomia, in quanto i commi precedenti dell'articolo 116 si occupano dell'autonomia delle Regioni a statuto speciale. Inoltre, l'estensione dell'autonomia differenziata alle Regioni speciali aggiungerebbe ulteriore asimmetria e potrebbe portare a una rincorsa delle Regioni speciali per l'estensione delle loro competenze. Infine, la clausola "generale" di maggior favore contenuta nell'articolo 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001 non può prevalere sulla disciplina speciale contenuta nell'articolo 116, comma terzo, della Costituzione, che

previsione, nella legge di bilancio per l'anno 2023, di alcune disposizioni volte a introdurre un procedimento per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, proprio in vista della possibile stipulazione di intese con le Regioni nell'ambito dei menzionati processi di devoluzione asimmetrica<sup>3</sup>.

La duplice iniziativa normativa riporta all'attenzione del dibattito politico e scientifico alcune problematiche che riguardano l'attuazione del cosiddetto regionalismo differenziato, riaprendo questioni di caratura costituzionale sulle quali non si è registrato accordo in dottrina fin dall'introduzione, nel 2001, della nuova disciplina costituzionale<sup>4</sup>.

La questione da affrontare in via prioritaria è quella circa la necessità di una normativa di attuazione del terzo comma dell'articolo 116 della Costituzione prima di provvedere all'adozione delle leggi di recepimento delle intese che la disposizione costituzionale prevede. Anche se potrebbe essere opportuno definire alcuni punti fermi ancor prima di dar corso alle richieste di differenziazione regionale, data la laconicità<sup>5</sup> – almeno per alcuni aspetti – del disposto costituzionale introdotto nel 2001, tuttavia l'idea di utilizzare una legge ordinaria per disciplinare la procedura di approvazione di una legge rinforzata presenta problemi di coerenza rispetto al sistema delle fonti. In effetti, l'unico modo per regolare in maniera completa le modalità di attuazione del terzo comma dell'articolo 116 sarebbe quello di ricorrere a una legge costituzionale<sup>6</sup>, ma sarebbe probabilmente sufficiente, o comunque più semplice date le circostanze attuali, affidare gli aspetti procedurali più delicati ai Regolamenti parlamentari<sup>7</sup>, dal momento che la legge di procedura non

---

dovrebbe essere intesa come riferita alle sole competenze attribuite dalla legge costituzionale a tutte le Regioni ordinarie. Secondo A. RUGGERI, *La “specializzazione” dell'autonomia regionale: i (pochi) punti fermi del modello costituzionale e le (molte) questioni aperte*, in questa *Rivista*, 2019/III, 604, «la “specializzazione” è [...] prefigurata in seno al *genus* delle Regioni di diritto comune, le sole alle quali è data appunto la opportunità di differenziarsi in parte dalle Regioni della loro stessa natura». Sul punto vedi, ora, G. AMATO, F. BASSANINI, G. MACCIOTTA, S. PAPARO, L. SPADACINI, G. TARLI BARBIERI, C. TUBERTINI, *L'autonomia regionale “differenziata” e la sua attuazione: questioni di procedura e di metodo*, in *Astrid Rassegna*, n. 7/2023, 12.

<sup>3</sup> Legge 29 dicembre 2022, n. 197, articolo 1, commi 791-801. Sul punto vedi G. M. SALERNO, *Con il procedimento di determinazione dei LEP (e relativi costi e fabbisogni standard) la legge di bilancio riapre il cantiere dell'autonomia differenziata*, in *federalismi.it*, editoriale dell'11 gennaio 2023.

<sup>4</sup> Per la dottrina precedente al disegno di legge Calderoli, sul tema dunque del regionalismo differenziato in generale, si possono menzionare alcuni dei contributi più recenti: P. COSTANZO, *Le Regioni tra tendenze evolutive e prospettive future*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2018, n. 3, 1-12B. CARAVITA, *Un doppio binario per l'approvazione del regionalismo differenziato?* in *federalismi.it*, n. 13/2019, 2 ss.; D. GIROTTO, *L'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario. Tentativi di attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. e limiti di sistema*, Torino, 2019; F. Pastore (a cura di), *Il regionalismo differenziato*, Atti del convegno di Cassino del 5 aprile 2019, Padova, 2019; A. POGGI, *A vent'anni dalla revisione costituzionale del Titolo V: un bilancio con lo sguardo rivolto al futuro*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2021, 77 ss.; A. RUGGERI, *La “specializzazione” dell'autonomia regionale: i (pochi) punti fermi del modello costituzionale e le (molte) questioni aperte*, cit., 600 ss.; A. SPADARO, *Appunti sul “regionalismo differenziato”: una buona idea che può diventare un disastro*, in *federalismi.it*, n. 19/2019, 2 ss.; G. TARLI BARBIERI, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso? Appunti sulla (presunta) attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, o. 1 ss.; L. VANDELLI, *Il regionalismo differenziato tra peculiarità territoriali e coesione nazionale*, in *Astrid Rassegna*, n. 11/2018, 1 ss.; G. VIESTI, *Verso la secessione dei ricchi? Autonomie regionali e unità nazionale*, Laterza, Bari, 2019; ID., *Regionalismo differenziato. Uno Stato a pezzi*, in *il Mulino*, 29 Agosto 2022; M. VILLONE, *Italia, divisa e diseguale. Regionalismo differenziato o secessione occulta?* Editoriale Scientifica, Napoli 2019; L. VIOLINI, *Una forma di Stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l'attuazione dell'art. 116, III comma, Cost.*, Giappichelli, Torino, 2021.

<sup>5</sup> *Rectius*: «l'enunciato esibisce una formidabile duttilità strutturale» (A. RUGGERI, *La “specializzazione” dell'autonomia regionale: i (pochi) punti fermi del modello costituzionale e le (molte) questioni aperte*, cit., 600). Parla di «laconica formulazione» della disposizione di cui all'articolo 116, comma terzo, della Costituzione anche M. GORLANI, *Regionalismo differenziato e materie oggetto di trasferimento: valutazioni politiche e criticità tecniche, organizzative e finanziarie*, cit., 46.

<sup>6</sup> Sulla preferibilità di una legge costituzionale si veda S. STAIANO, *Autonomia differenziata, la lezione del 2001: no a riforme fatte per paura*, in *Diritti Regionali*, n. 3/2019, 6: «La via maestra sarebbe [...] quella di comporre le norme di attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost. in una legge costituzionale, approvata secondo il procedimento dell'art. 138 Cost.».

<sup>7</sup> In questo senso, si veda ora G. AMATO, F. BASSANINI, G. MACCIOTTA, S. PAPARO, L. SPADACINI, G. TARLI BARBIERI, C. TUBERTINI, *L'autonomia regionale “differenziata” e la sua attuazione: questioni di procedura e di metodo*, cit., 5 ss.

potrà comunque fungere da parametro di legittimità per le future leggi di attribuzione di ulteriori forme e condizioni di autonomia<sup>8</sup>.

Nonostante i suoi limiti, la proposta di legge in questione, qualora venisse approvata, sarebbe invece adeguata a vincolare le attività amministrative del Governo<sup>9</sup>, compresa la negoziazione delle intese. Inoltre, l'intervento legislativo potrebbe giustificarsi in relazione all'opportunità di definire regole necessarie e comuni a tutte le richieste di differenziazione, non tanto per quanto riguarda la procedura per la loro concessione, ma soprattutto per gli aspetti sostanziali comuni ad ogni richiesta, come la previsione di un sistema generale per il finanziamento delle competenze devolute. Indipendentemente dal grado di vincolatività della fonte normativa prescelta quanto alla procedura, infatti, è importante riconoscere l'interconnessione giuridico-economica tra il finanziamento delle funzioni devolute a una singola Regione e il finanziamento (per le stesse funzioni) delle altre Regioni o dello Stato, per i territori per i quali quest'ultimo continuerà ad essere competente, così come l'importanza del coordinamento con il sistema tributario complessivo delle disposizioni volte a finanziare le funzioni differenziate, nonché l'equità del meccanismo individuato, che rileva ai fini della compatibilità con la previsione costituzionale che richiede che le capacità impositive riconosciute alle Regioni (anche in relazione alle funzioni differenziate) siano sottoposte a un sistema di perequazione territoriale<sup>10</sup>. La complessità della materia è, del resto, evidenziata dall'anticipazione, rispetto alla formalizzazione del disegno di legge Calderoli, di un diverso ma connesso intervento legislativo, per il tramite della legge di bilancio per il 2023. Essa, con i commi da 791 a 798 dell'articolo 1, ha infatti come accennato predisposto un meccanismo per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP) anche «Ai fini della completa attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione» (comma 791).

## *2. Il rafforzamento del ruolo del Parlamento nella procedura di attuazione dell'articolo 116, comma 3, della Costituzione*

Diversamente dalle bozze che l'hanno preceduto, il disegno di legge Calderoli, con riferimento al procedimento da seguire per approvare la legge a maggioranza assoluta di cui all'articolo 116, comma 3, della Costituzione, non prevede più, almeno esplicitamente, la non emendabilità della proposta frutto dell'intesa fra Stato e Regione sottoposta all'esame parlamentare. Tuttavia, l'insuscettibilità di emendamenti del testo frutto dell'intesa sembra doversi ricavare implicitamente<sup>11</sup>. In effetti, l'articolo 2, comma 6, del disegno di legge prevede che, «Con lo schema di intesa definitivo, il Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per gli affari regionali

---

<sup>8</sup> Sulla inadeguatezza di una legge ordinaria e la necessità di ricorrere a modifiche dei Regolamenti delle Camere, si veda di recente R. CALVANO, *Il Monstrum del regionalismo differenziato e le sue vittime*, in [laCostituzione.info](https://www.costituzionale.info), 26 aprile 2023.

<sup>9</sup> G. AMATO, F. BASSANINI, G. MACCIOTTA, S. PAPARO, L. SPADACINI, G. TARLI BARBIERI, C. TUBERTINI, *L'autonomia regionale "differenziata" e la sua attuazione: questioni di procedura e di metodo*, cit., 17.

<sup>10</sup> In effetti, «rispetto all'effettivo coordinamento fra differenziazione ed autonomia finanziaria [...] il testo [...] presenta alcune, significative, lacune e criticità», anche secondo R. DI MARIA, *La procedura per la attuazione del c.d. "regionalismo differenziato": dalla marginalizzazione delle assemblee elettive e degli Enti locali, alla perplessa definizione dei l.e.p.*, in [Italian Papers on Federalism](https://www.italianpapers.com), n. 1/2023, 32. Anche per M. GORLANI, *Regionalismo differenziato e materie oggetto di trasferimento: valutazioni politiche e criticità tecniche, organizzative e finanziarie*, cit., 52, «Sorprensamente, questo aspetto della questione, pur centrale, è rimasto sin qui in secondo piano». Così anche G. AZZARITI, *Presidenzialismo e autonomia differenziata: un'altra Costituzione*, in [queste istituzioni](https://www.questeistituzioni.it), n. 4/2022, 3 ss.

<sup>11</sup> In senso conforme, si veda G. AMATO, F. BASSANINI, G. MACCIOTTA, S. PAPARO, L. SPADACINI, G. TARLI BARBIERI, C. TUBERTINI, *L'autonomia regionale "differenziata" e la sua attuazione: questioni di procedura e di metodo*, cit., 20. Anche secondo R. DI MARIA, *La procedura per la attuazione del c.d. "regionalismo differenziato": dalla marginalizzazione delle assemblee elettive e degli Enti locali, alla perplessa definizione dei l.e.p.*, cit., 36, il testo del disegno di legge dove essere interpretato nel senso che è «più verosimile che le Camere semplicemente approvino – o no – il disegno di legge e che, quindi, possano soltanto accogliere o respingere l'intesa congiuntamente licenziata dal Governo e dalla Regione».

e le autonomie, delibera un disegno di legge di approvazione dell'intesa, che vi è allegata». L'intesa, dunque, non è nemmeno trasfusa nel testo di legge (giacché, per l'appunto, deve essergli solamente allegata), così da rendere evidente che la procedura supposta dal disegno di legge non consente l'approvazione di modifiche parlamentari ad essa.

Essendo una procedura di natura negoziale<sup>12</sup>, l'inemendabilità del testo che recepisce l'intesa pare in effetti l'unica via percorribile, non foss'altro perché una qualsiasi sua modificazione comporterebbe una variazione dell'accordo raggiunto, che richiederebbe (salvo il caso che la Regione "accettasse" le modifiche intervenute) una rinegoziazione di quest'ultimo nel suo complesso<sup>13</sup>.

In questo senso, in effetti, l'emendabilità da taluno proposta<sup>14</sup>, finisce per non distinguersi nettamente dalla soluzione opposta: se si sostiene che, prevista l'emendabilità del disegno di legge, l'eventuale approvazione di emendamenti sospende il procedimento legislativo e impone al Governo di rinegoziare, ciò non prefigura un procedimento sostanzialmente difforme da quello che, nel caso in cui la maggioranza parlamentare sia in dissenso sul testo dell'intesa, preveda, attraverso strumenti di indirizzo, che il Governo rinegozi con la Regione – rispetto a un punto o a un altro – sulla base di istruzioni parlamentari eventualmente anche dettagliate (per quanto, in tutti i casi, non potrà trattarsi di indirizzi giuridicamente vincolanti, il cui mancato rispetto sarà caso mai sanzionabile *ex post* con la mancata approvazione del testo che dovrebbe recepirli<sup>15</sup>). Insomma, il testo finale che potrà essere approvato dal Parlamento non potrà che coincidere con quello dell'intesa, nel testo originario o in quello rinegoziato dal Governo sulla base degli indirizzi parlamentari (espressi prima del procedimento legislativo, ovvero durante, se si addivenisse ad una procedura legislativa che li prevedesse).

Quindi, alla conclusione dell'inammissibilità di emendamenti al disegno di legge che recepisce l'intesa<sup>16</sup>, è necessario pervenire anche a prescindere dal fatto che il richiamo all'"intesa" nell'articolo 116 della Costituzione sembra richiamare quello presente nell'articolo 8, che prelude a una procedura legislativa che non consente la presentazione di emendamenti e che riguarda gli accordi con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, sul presupposto che, in entrambi i casi, la

---

<sup>12</sup> Essa è definita come «un patto politico» da A. RUGGERI, *La "specializzazione" dell'autonomia regionale: i (pochi) punti fermi del modello costituzionale e le (molte) questioni aperte*, cit., 602. Secondo A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3 della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, n. 1/2007, 159, l'intesa tra lo Stato e la Regione deve essere ricondotta «ad un atto bilaterale di tipo negoziale». Parla di «principio di bilateralità» E. GIANFRANCESCO, *L'attuazione dell'art. 116, comma 3, cost. tra nodi problematici e prospettive evolutive del regionalismo italiano*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 2/2019, 13.

<sup>13</sup> Del resto, è noto più in generale il «sostanziale monopolio statale-governativo negli strumenti della cooperazione» (G. RIVOSCECHI, *Consigli regionali e raccordi intergovernativi*, in *Astrid Rassegna*, n. 16/2009, 12).

<sup>14</sup> In questo senso si veda A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, cit., 165. Sull'emendabilità o meno del disegno di legge di recepimento dell'intesa, si vedano, tra gli altri, D. CASANOVA, *Osservazioni sulla procedura parlamentare di approvazione del c.d. regionalismo differenziato ex art. 116, terzo comma, Cost.*, in *Diritti Regionali*, n. 3/2019, 29, e A. MORELLI, *Dinamiche del regionalismo differenziato e declinazioni congiunturali dell'autonomia territoriale*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. 2/2019, 25.

<sup>15</sup> Ricorda in proposito E. GIANFRANCESCO, *L'attuazione dell'art. 116, comma 3, cost. tra nodi problematici e prospettive evolutive del regionalismo italiano*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 2/2019, 15, che «l'atto di indirizzo esplica, infatti, i suoi effetti all'interno del rapporto fiduciario Governo-Parlamento ma non ha effetto direttamente conformativo del testo normativo». L. SPADACINI, *L'autonomia differenziata: considerazioni a margine del disegno di legge Calderoli e delle disposizioni della legge di bilancio per il 2023*, in *federalismi.it*, n. 10/2023, 2 ss., ritiene, tuttavia, che la previsione di un procedimento legislativo per le leggi di recepimento delle intese che consenta emendamenti parlamentari finisca per coincidere con un procedimento legislativo che escluda l'emendabilità ma sia preceduto da procedure d'indirizzo, perché anche nella prima ipotesi di fatto gli emendamenti non possono che avere la portata di indirizzi al Governo in vista di una rinegoziazione dell'intesa.

<sup>16</sup> La tesi è condivisa da molti autori, tra i quali, si ricordano: A. D'ATENA, *L'art. 116, u.c., alla prova dell'applicazione. Profili procedurali*, in *Rassegna parlamentare*, n. 1/2018, 188; E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116, comma 3 Cost.*, cit., 15; S. MANGIAMELI, *L'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna*, al sito dell'[ISSIRFA](http://ISSIRFA), Studi e documenti, novembre 2017, par. 4.3.

procedura legislativa è preceduta da negoziazioni tra le parti interessate, vale a dire lo Stato da un lato e le confessioni religiose o le Regioni dall'altro<sup>17</sup>.

Neppure pare priva di possibili obiezioni la tesi ingegnosa<sup>18</sup> per cui non osterebbe alla natura negoziale del processo la previsione di una procedura legislativa che parta da una iniziativa regionale in senso proprio, e, dunque, del Consiglio regionale interessato, da presentare alle Camere. In quest'opzione, il carattere negoziale della procedura dovrebbe essere salvaguardato attraverso la previsione di un procedimento legislativo che si conclude con l'approvazione conforme, da parte delle Camere, del testo di iniziativa regionale o che, in caso di modifiche parlamentari, esso sia restituito al Consiglio regionale per una successiva approvazione conforme, e così via, fino al momento dell'approvazione di un identico testo da parte delle Assemblee nazionali e di quella regionale. Tale procedura, che dovrebbe in ogni caso essere prevista dai Regolamenti parlamentari (nonché da quelli delle Assemblee regionali), in ogni caso, sembra contrastare con la previsione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, secondo cui l'intesa non può derivare dalla procedura legislativa prescelta, perché la legge di devoluzione delle competenze è approvata, secondo la lettera della disposizione costituzionale, «sulla base» dell'intesa. E tale espressione induce a ritenere che l'intesa deve precedere l'iter legislativo.

Piuttosto, dato che il processo di attuazione dell'autonomia differenziata può portare alla riduzione delle competenze delle Assemblee legislative nazionali, è importante considerare come garantire il loro coinvolgimento effettivo nel processo decisionale, senza il quale la procedura delineata difficilmente potrebbe considerarsi in linea con il modello di Stato democratico-parlamentare previsto dalla nostra Costituzione. In effetti, «Il principio della centralità del Parlamento in questa procedura costituzionale [...] trova chiaramente ragione e fondamento nella circostanza che le materie, su cui è possibile attribuire maggiore autonomia, spettano “in via di regola generale” allo Stato (art. 117, commi 2 e 3, Cost.) e su di esse, pertanto, esiste una riserva di attribuzione delle Camere (art. 70, Cost.)»<sup>19</sup>. Peraltro, la possibilità che oggetto della legge di

---

<sup>17</sup> L'accostamento della procedura *de qua* a quella prevista dall'articolo 8 della Costituzione, pure da molti sostenuto, è nella stessa misura criticato in dottrina. Sostengono il possibile parallelismo, per esempio, M. CECCHETTI, *Le fonti della “differenziazione regionale” ed i loro limiti a presidio dell'unità ed indivisibilità della Repubblica*, in S. Pajno, G. Verde (a cura di), *Studi sulle fonti del diritto*, II, Giuffrè, Milano, 2010, 153, ID., *La differenziazione delle forme e condizioni di autonomia regionale nel sistema delle fonti*, cit. 153, D. MONE, *Autonomia differenziata come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116, comma 3 Cost., conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2019, 344, G. PICCIRILLI, *Gli “Accordi preliminari” per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, in *Diritti Regionali*, n. 2/2018, 1 ss. È contrario ad un simile accostamento M. VILLONE, *Italia, divisa e diseguale. Regionalismo differenziato o secessione occulta?* Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2019, 92 ss. Di opinione convergente con quest'ultimo è M. PERINI, *Il procedimento parlamentare di approvazione della legge di differenziazione: spunti propositivi*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019, 10 s., secondo cui «La regolamentazione dei rapporti tra Stato e confessioni acattoliche, in primo luogo, ha a che fare con la garanzia del principio di libertà e autonomia individuali», mentre «l'art. 116, commi 3 e 4, Cost., ha a che fare con il principio di legalità (costituzionale), quello di autonomia pubblica, la ripartizione delle funzioni statali e, dunque in definitiva, col principio di autorità». La ricostruzione non sembra convincente, dal momento che l'articolo 8 della Costituzione potrebbe più propriamente interpretarsi come disposizione a tutela di autonomie “sociali” e quella di cui all'articolo 116 a tutela di autonomie territoriali.

<sup>18</sup> Sostenuta tra gli altri da A. ANZON DEMMING, *Quale “regionalismo differenziato”?* in *Le Istituzioni del Federalismo*, n.1/2008, 57, O. CHESSA, *Autonomia negativa, autonomia positiva e regionalismo differenziato: come uscire dalla crisi del principio autonomistico*, in J. M. Castellà Andreu, S. Pajno, G. Rivosecchi, G. Verde (a cura di), *Autonomie territoriali, riforma del bicameralismo e raccordi intergovernativi: Italia e Spagna a confronto*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 180 s., ID., *Sui profili procedurali del DDL Calderoli*, in *Astrid Rassegna*, n. 5/2023, 1 ss., F. FURLAN, *Il regionalismo asimmetrico a pochi passi dalla meta: quali le questioni ancora aperte?* in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, 6, e G. PICCIRILLI, *Gli “Accordi preliminari” per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, cit., 17 ss.

<sup>19</sup> M. PERINI, *Il procedimento parlamentare di approvazione della legge di differenziazione: spunti propositivi*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019, 4. Similmente, tra gli altri: O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, in *Astrid Rassegna*, n. 14/2017, 12; R. DICKMANN, *Note in tema di legge di attribuzione di “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia” ai sensi dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, in *federalismi.it*, n.

recepimento dell'intesa sia il trasferimento di una competenza legislativa assegnata al Parlamento nazionale finisce per conferire all'articolo 116, comma 3, della Costituzione un carattere derogatorio<sup>20</sup> rispetto al normale procedimento costituzionale richiesto per la modifica delle attribuzioni legislative del Parlamento ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione. Anche letta in questa ottica la disposizione non può certo ammettere l'attribuzione di un ruolo marginale alle Camere nazionali.

Tenendo presente quanto appena esposto (e senza dimenticare la possibilità del Parlamento di respingere in seguito il contenuto dell'intesa raggiunta, ad esempio se le sue indicazioni non fossero state accolte), è necessario dunque coinvolgere preventivamente il Parlamento nel processo decisionale mediante un atto di indirizzo rivolto al Governo<sup>21</sup>. Quest'ultimo, del resto, è l'unico organo autorizzato a gestire e concludere la fase negoziale preliminare alla stesura del disegno di legge da sottoporre alle Camere<sup>22</sup>. Questo tipo di coinvolgimento, in ogni caso, dovrebbe essere strutturato con modalità tali da garantire il rispetto della forma di Stato democratico-parlamentare sancita dalla nostra Costituzione<sup>23</sup>.

Proprio su questo aspetto, il disegno di legge risulta invece non risolutivo, poiché prelude – allo stato dell'arte – a un coinvolgimento parlamentare troppo limitato, che si sostanzierebbe solo nell'emissione entro sessanta giorni di un parere da parte delle Camere su un primo schema di intesa preliminare negoziato fra Stato e Regione (su cui, con il medesimo termine, sarebbe dapprima chiamata a pronunciarsi la Conferenza unificata Stato Regioni città ed autonomie locali)<sup>24</sup>. Questa procedura richiama in parte quella utilizzata per l'adozione dei decreti legislativi, per i quali spesso è richiesto il parere parlamentare (*sub specie* di parere delle commissioni parlamentari competenti). Tuttavia, in quel caso, il coinvolgimento parlamentare riguarda solo il trasferimento temporaneo di competenze legislative limitate ad oggetti specifici sui quali il Parlamento ha già espresso la propria opinione stabilendo i principi e i criteri direttivi. Al contrario, i trasferimenti di competenza previsti dall'articolo 116, comma 3, della Costituzione possono durare a tempo indeterminato (sebbene la bozza ammetta la possibilità di intese con un limite di durata), riguardano settori molteplici e non sono preceduti dalla definizione di principi o criteri direttivi<sup>25</sup>.

Queste peculiarità, dovrebbero dunque suggerire che un primo atto di indirizzo parlamentare sia richiesto fin da subito, allo scopo di guidare il Governo già dalle prime fasi della gestione delle

---

5/2019, 8; M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 6/2019, 22 ss.

<sup>20</sup> Si rinvia sul punto a M. CECCHETTI, *Attualità e prospettive della "specialità" regionale alla luce del "regionalismo differenziato" come principio di sistema*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 23/2008, 11, A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, cit., 146 ss., e F. PIZZETTI, *Le intese per l'attuazione dell'art. 116*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2001, 2.

<sup>21</sup> In proposito, si veda M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit., 27, che sulla base dell'inammissibilità di possibili emendamenti al disegno di legge di recepimento dell'intesa, afferma l'opportunità di atti di indirizzo parlamentari che abbiano «efficacia orientativa, vincolante al massimo sul piano politico».

<sup>22</sup> Sull'inevitabilità del ruolo del Governo nella negoziazione con le Regioni, si vedano P. GIANGASPERO, *Ancora sul processo di differenziazione dell'autonomia regionale ordinaria: le prospettive di applicazione dell'art. 116, comma 3, Cost. tra principio negoziale, vincoli procedurali ed impatto sul sistema delle fonti del diritto*, in *le Regioni*, n. 2/2018, 168 ss., e A. RUGGERI, *La "specializzazione" dell'autonomia regionale: i (pochi) punti fermi del modello costituzionale e le (molte) questioni aperte*, cit., 607.

<sup>23</sup> Anche secondo E. TIRA, *L'attuazione del regionalismo differenziato e il ruolo del Parlamento nella stipula delle intese ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione*, in *Nomos*, n. 3/2020, 14 ss., sarebbe proprio necessario un coinvolgimento preventivo del Parlamento nella fase della negoziazione.

<sup>24</sup> Così la relazione al disegno di legge: «sul ruolo del Parlamento, a fronte del testo costituzionale che si limita a fare riferimento alla sola legge di approvazione di un'intesa già conclusa, l'idea di fondo è quella di valorizzare il coinvolgimento delle Camere fin dalla fase preliminare degli schemi di intesa, i quali saranno esaminati da parte dei competenti organi parlamentari, che potranno esprimersi con atti di indirizzo entro sessanta giorni, secondo i regolamenti di ciascuna Camera». In proposito, si vedano i commi 4 e 5 dell'articolo 2.

<sup>25</sup> Il paragone con la decretazione legislativa è presente anche in G. AMATO, F. BASSANINI, G. MACCIOTTA, S. PAPARO, L. SPADACINI, G. TARLI BARBIERI, C. TUBERTINI, *L'autonomia regionale "differenziata" e la sua attuazione: questioni di procedura e di metodo*, cit., 19.

trattative per la definizione dello schema di intesa preliminare. Da questo punto di vista, pertanto, sarebbe stato necessario prevedere l'immediata trasmissione dell'atto d'iniziativa regionale relativo alla richiesta di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia non solo al Presidente del Consiglio e al Ministro per gli affari regionali e le autonomie, come previsto nel disegno di legge Calderoli<sup>26</sup>, ma anche direttamente al Parlamento.

Inoltre, per quanto riguarda il coinvolgimento parlamentare successivo alla definizione dello schema di intesa preliminare previsto dal disegno di legge, non appare sufficiente un mero rinvio agli atti di indirizzo previsti dai Regolamenti parlamentari. Sarebbe infatti necessario individuare una forma di partecipazione parlamentare che non si esaurisca in un rapido coinvolgimento delle Assemblee, come attualmente previsto dai Regolamenti. Occorrerebbe organizzare un coinvolgimento della Commissione bicamerale per gli affari regionali, ma anche delle Commissioni competenti per materia<sup>27</sup> e, solo all'esito del procedimento, del *plenum* delle Camere stesse. In particolare, la Commissione bicamerale potrebbe raccogliere i pareri delle singole Commissioni e, data la sua natura strutturalmente idonea a fondere le volontà delle due Camere, elaborare un unico parere da presentare a Camera e Senato, che si esprimerebbero poi separatamente in via definitiva<sup>28</sup>.

Si tratta di una procedura ben più complessa di quella attualmente prevista dai Regolamenti parlamentari per gli atti di indirizzo, ma necessaria per rendere effettiva la partecipazione parlamentare ad atti di una complessità così elevata come quella che caratterizzerà inevitabilmente le intese (e ciò è, del resto, attestato dalle bozze di intese finora circolate<sup>29</sup>). Tale nuova procedura, quindi, richiederebbe come anticipato un inevitabile intervento di modifica dei Regolamenti parlamentari<sup>30</sup>, a ciò non potendo provvedere certamente la legge ordinaria di procedura in cui si concreta il disegno di legge Calderoli.

In questo modo, la procedura diventerebbe più complessa all'aumentare della diversità degli ambiti coinvolti nell'intesa, richiedendo il coinvolgimento di più Commissioni di merito. Si tratta di una conseguenza che non dovrebbe essere vista in modo negativo, perché fungerebbe da disincentivo procedurale (per le Regioni) a richiedere devoluzioni indiscriminate. Per tale via, si risponderebbe anche a una critica legittima avanzata avverso il riconoscimento dell'autonomia differenziata: la clausola del terzo comma dell'articolo 116 della Costituzione dovrebbe infatti permettere alle Regioni di richiedere la competenza differenziata su alcune materie specifiche e non su tutte (come invece attualmente fatto in particolare dalla Lombardia e dal Veneto). Si dovrebbe trattare, cioè, di richieste costruite in base a peculiarità territoriali, specificamente caratterizzanti la Regione richiedente<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> Si veda l'articolo 2, comma 1, del disegno di legge Calderoli, il quale prevede solo che «L'atto d'iniziativa [...] è trasmesso al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro per gli affari regionali e le autonomie che, acquisita entro trenta giorni la valutazione del Ministro dell'economia e delle finanze, [...] avvia il negoziato con la Regione»).

<sup>27</sup> Con riguardo al ruolo da riconoscere alle Commissioni permanenti nel procedimento, si veda A. D'ATENA, *A proposito della "clausola di asimmetria" (art. 116 u.c. Cost.)*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, 322 ss.

<sup>28</sup> Sul ruolo della Commissione bicamerale, per quanto con riferimento ad un eventuale suo coinvolgimento nella procedura legislativa, si veda M. PERINI, *Il procedimento parlamentare di approvazione della legge di differenziazione: spunti propositivi*, cit., 18.

<sup>29</sup> In merito, si veda G. PICCIRILLI, *Gli "Accordi preliminari" per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, cit., 1 ss.

<sup>30</sup> Infatti, si tratta di «una fattispecie del tutto priva di regolamentazione» secondo M. PERINI, *Il procedimento parlamentare di approvazione della legge di differenziazione: spunti propositivi*, cit., 13. L'Autore (p. 14) considera anche l'ipotesi, invero assai problematica, di un impiego in via analogica delle disposizioni, previste dai Regolamenti, per l'applicazione dell'originario testo dell'articolo 123 della Costituzione, ora abrogato, secondo un suggerimento rintracciabile altrove in dottrina: E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116, comma 3 Cost.*, cit., 10; A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, cit., 163. Sul procedimento adottato per l'approvazione degli statuti ordinari secondo il testo costituzionale precedente la riforma del 2001, si veda F. BASSANINI, V. ONIDA, *Gli statuti regionali di fronte al Parlamento: rilievi critici su una vicenda parlamentare*, Milano, Giuffrè, 1971.

<sup>31</sup> È stato correttamente sostenuto che l'art. 116 della Costituzione non si presta a richieste regionali generiche volte ad ottenere trasferimenti di materie in blocco, perché si tratta piuttosto di «uno strumento di rifinitura, per ritagliare funzioni aggiuntive su misura per specifiche esigenze di singole realtà regionali» (G. C. DE MARTIN, *A voler prendere*

Tuttavia, anche sulla base della suddetta critica, non pare possibile limitare il numero di materie di cui può essere contestualmente richiesta la devoluzione, né tantomeno legittimare l'eventuale previsione nella legge di procedura di un divieto di richiederne più di un certo numero. La procedura illustrata sarebbe dunque utile a garantire una maggiore partecipazione parlamentare, rendendo altresì proceduralmente più complicate, per quanto non impossibili, le richieste di devoluzione che riguardassero troppi ambiti di competenza contemporaneamente.

### 3. *L'inadeguatezza del meccanismo di finanziamento delle funzioni differenziabili*

Con riferimento alle bozze di intesa circolate nella XVIII Legislatura, si è riscontrata la presenza di diverse disposizioni finanziarie, che avrebbero richiesto un quadro comune di principi e regole generali stabilito a monte. Ciononostante, il disegno di legge Calderoli non propone alcuna disciplina finanziaria generale per individuare le risorse da assegnare, benché esse producano effetti sull'intero sistema di gestione delle risorse finanziarie. La proposta di legge si limita infatti a prevedere la creazione di una Commissione paritetica Stato-Regione per ognuna delle intese e che ciascuna di esse deve stabilire le modalità di finanziamento delle funzioni aggiuntive assegnate di volta in volta<sup>32</sup>.

Inoltre, il disegno di legge si riferisce, quale fonte di finanziamento regionale, solo alle «compartecipazioni al gettito di uno o più tributi erariali»<sup>33</sup>, escludendo la possibilità di ricorrere a tributi propri (il che è solo in parte comprensibile<sup>34</sup>) e, soprattutto, a quote del fondo di perequazione<sup>35</sup>. Invece, sarebbe necessario individuare anche una disciplina finanziaria comune a monte delle intese, che queste dovrebbero rispettare per evitare sperequazioni ingiustificate tra le diverse Regioni differenziate. Non si tratta solo di garantire meccanismi e quote di finanziamento omogenei, ma anche di evitare di stabilire definitivamente il “costo” delle funzioni aggiuntive assegnate e di trasformarlo in una quota di gettito riferita al territorio delle Regioni differenziate, senza la possibilità di una revisione futura in mancanza di consenso comune delle Regioni

---

*sul serio i principi costituzionali sulle autonomie territoriali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019, 356). Nello stesso verso, tra gli altri, si veda L. VANDELLI, *Il regionalismo differenziato*, *ibid.*, 578.

<sup>32</sup> Come previsto sempre dal testo dell'articolo 4, commi 1 e 2, del disegno di legge A.S. 615.

<sup>33</sup> Articolo 5, comma 2. In proposito, la relazione introduttiva spiega soltanto che «Il finanziamento delle funzioni attribuite, le cui modalità sono definite dall'intesa, avviene attraverso compartecipazioni al gettito di uno o più tributi erariali a livello regionale, in modo tale da consentire l'integrale finanziamento delle funzioni attribuite, nel rispetto dell'articolo 17 della legge n. 196 del 2009 e dell'articolo 119, quarto comma, della Costituzione». In generale, però, il finanziamento delle funzioni pubbliche attribuite alle Regioni – ivi comprese quelle differenziate – si svolge su tre canali: a) entrate e tributi propri; b) compartecipazioni; c) fondo di perequazione. Le compartecipazioni, tuttavia, per quanto non rinunciabili, non rappresentano la prima scelta cui ricorrere. Esse, infatti, comprimono l'autonomia finanziaria di entrata delle Regioni e con essa il principio di responsabilità che dovrebbe coinvolgere chi dispone circa le spese. Non a caso, è stato sostenuto da G. ARACHI, P. LIBERATI, *Responsabilizzazione dei governi regionali e perequazione fiscale*, in *Ie*, n. 1/2009, 235, che «le compartecipazioni ai tributi erariali possono essere considerate dei sostituti dei trasferimenti», specie per il modo come sono state utilizzate fino ad oggi, ossia con aliquote differenziate, in violazione delle previsioni costituzionale: l'articolo 119 della Costituzione, infatti, «presuppone che il sistema delle [...] entrate [delle Regioni] è tale da produrre tra tali enti una sperequazione fiscale (che, appunto, va perequata). Ciò fornisce un minimo di indicazioni sul modo di costruire le compartecipazioni dirette, nel senso che viene esclusa una costruzione di queste ad aliquote differenziate» (A. BRANCASI, *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali: note esegetiche sul nuovo art. 119 della Costituzione*, in *le Regioni*, n. 1/2003, 70).

<sup>34</sup> È vero che le maggiori competenze non potranno essere finanziate da tributi propri in senso stretto, perché altrimenti le funzioni differenziate devolute sarebbero a esclusivo carico della fiscalità di quella Regione, i cui contribuenti, comunque, continuerebbero a concorrere al finanziamento di quelle funzioni negli altri territori regionali. Ciò non toglie, però, che imposte gestite per le altre Regioni dallo Stato possano essere trasferite alle Regioni differenziate, divenendo, almeno in senso lato, tributi propri delle Regioni differenziate. Ovviamente ciò non potrebbe che avvenire nell'ambito dei principi di perequazione di cui all'articolo 119 della Costituzione.

<sup>35</sup> Sul rapporto tra finanziamento regionale, autonomia differenziata e fondo perequativo, si veda in particolare A. FILIPPETTI, F. TUZI, *La finanza regionale e il lento percorso verso l'autonomia*, in *Italian Papers On Federalism*, n. 1/2020, 17.



interessate e dello Stato<sup>36</sup>. Il fabbisogno per fare fronte alle ulteriori funzioni dovrebbe, dunque, da subito essere individuato con l'applicazione di regole fissate in una disciplina quadro che dovrebbero concettualmente permettere di calcolarlo in riferimento alle spese complessive dello Stato e alle modalità di finanziamento delle stesse, considerando contestualmente molte diverse variabili (fra le quali, *in primis*, il peso del ricorso all'indebitamento). Questo "costo" non potrebbe peraltro essere individuato una volta per tutte, dovendo necessariamente essere ricalcolato al mutare delle citate complesse variabili per evitare sperequazioni fra le Regioni differenziate e quelle ordinarie.

Il problema consiste, dunque, nell'evitare di adottare nuovamente il controverso modello di finanziamento "fisso" (eventualmente rivisto a scadenze variabili), utilizzato attualmente per il regime di specialità regionale e finora ipotizzato nelle bozze di intese in circolazione, il quale porta a gravi incongruenze<sup>37</sup>.

Ad esempio, se lo Stato dovesse ridurre la sua spesa in ambiti coperti dalle intese per i territori delle Regioni non differenziate per finanziare altre spese statali (o per ridurre il deficit), le Regioni differenziate non subirebbero alcuna conseguenza in termini di risorse destinate a quelle funzioni. Tuttavia, potrebbero comunque trarne vantaggio in termini di maggiori spese in altri settori o di riduzione del debito nazionale al quale non hanno contribuito.

Al contrario, se lo Stato dovesse ridurre la sua spesa in ambiti estranei alle intese (o aumentare il ricorso al deficit) per aumentare la sua spesa in ambiti coperti dalle intese, le Regioni differenziate ne subirebbero le conseguenze (in termini di minori spese in altri settori o di maggiore debito al cui pagamento dovrebbero contribuire), ma non ne trarrebbero alcun vantaggio in termini di risorse destinate a quella funzione.

Facendo un altro esempio, se i fabbisogni in un'area coperta dalle intese diminuissero, le quote di gettito basate sui fabbisogni calcolati al momento della stipula dell'intesa comporterebbero un surplus ingiustificato per le Regioni differenziate, che godrebbero del risparmio senza contribuire al beneficio dell'intera comunità nazionale. Al contrario, se i fabbisogni in un'area coperta dalle intese aumentassero, le quote di gettito basate sui fabbisogni calcolati al momento della stipula dell'intesa comporterebbero un disavanzo ingiustificato per le Regioni differenziate, che potrebbero subire tagli anche in altre aree non coperte dalle intese, effettuati dallo Stato per coprire le maggiori spese nelle Regioni ordinarie.

Contrariamente alla prospettiva adottata finora, insomma, sarebbe opportuno considerare la possibile e (probabilmente) inevitabile variazione delle quote di imposta destinate alle Regioni differenziate per finanziare le funzioni devolute.

Tali quote d'imposta, infatti, dovrebbero poter cambiare anche in seguito a una decisione unilaterale dello Stato, il quale è pur sempre in grado di intervenire sull'imposta di riferimento, ad esempio aumentando o diminuendo l'aliquota generale ovvero ampliando o riducendo la base imponibile.

Inoltre, a questi problemi di coordinamento del sistema di assegnazione delle risorse alle Regioni differenziate si aggiunge la necessità, sancita nell'articolo 119 della Costituzione come principio fondamentale di uguaglianza sostanziale, di attuare la perequazione «per i territori con minore capacità fiscale per abitante». Tuttavia, è importante notare che tale perequazione deve essere calcolata sulla base della diversità della capacità fiscale per abitante, mentre il sistema di distribuzione tra le Regioni del fondo sanitario nazionale, cui le disposizioni della legge di bilancio

---

<sup>36</sup> In merito si veda M. BORDIGNON, *Autonomia differenziata: tre i punti da riscrivere*, in [lavoce.info](http://lavoce.info), 4 aprile 2023: «a tempo zero, primo anno di devoluzione, nessuno ci perde e nessuno ci guadagna. Benissimo. Ma cosa succede negli anni successivi? Dal Ddl sembrerebbe che la regione si tiene la stessa percentuale da zero all'infinito».

<sup>37</sup> In proposito, si veda: E. BUGLIONE, *Aspetti finanziari della specialità delle regioni a statuto differenziato*, in A. Ferrara, G.M. Salerno (a cura di), *Le nuove specialità nella riforma dell'ordinamento regionale*, Giuffrè, Milano, 2003, 204 ss.; P. GIARDA, *Le regole del federalismo fiscale nell'articolo 119: un economista di fronte alla nuova Costituzione*, in *le Regioni*, n. 6/2001, 1473 s.; G. MACCIOTTA, *Competenze e finanziamento delle regioni a statuto speciale e delle forme di autonomia differenziata*, in A. Zanardi (a cura di), *Per lo sviluppo. Un federalismo fiscale responsabile e solidale*, il Mulino, Bologna, 2006, 170 ss.

per il 2023 in materia di LEP sembrano ispirarsi, è costruito in verità all'opposto<sup>38</sup>. In questo ambito, infatti, è noto che lo Stato stabilisce l'ammontare delle risorse da destinare alle Regioni, che poi le dividono tra di loro in modo da garantire un finanziamento pro capite simile. Solo alla fine il risultato viene trasformato in aliquote di compartecipazione differenziate per ciascuna Regione<sup>39</sup>. Nel sistema attuale, quindi, la perequazione non si basa sulla diversità della capacità fiscali per abitante, ma sulla ripartizione delle risorse messe a disposizione dallo Stato. La perequazione prevista dall'articolo 119 della Costituzione, però, è un meccanismo che mira a compensare le diversità di capacità fiscale tra le Regioni, al fine di garantire una distribuzione equa delle risorse e, solo indirettamente, una parità di accesso ai servizi pubblici tra tutti i cittadini italiani, indipendentemente dalla loro collocazione geografica. Inoltre, il sistema di perequazione attualmente esistente non si innesta su un sistema di autonomia finanziaria di entrata e di spesa sulla base di tributi propri e compartecipazioni come richiesto dalla Costituzione. Al contrario, si inserisce in un sistema di trasferimenti statali, che pregiudica non solo l'autonomia delle Regioni ma anche il sistema della responsabilità politica. In altre parole, lo Stato riscuote le tasse e le Regioni spendono le risorse, senza avere una reale autonomia decisionale sui propri introiti e spese<sup>40</sup>. Ne consegue un sistema di perequazione completamente opaco, essendo implicito nella costruzione dei fabbisogni in ciascun settore, anziché essere frutto di una valutazione delle minori capacità di prelievo delle Regioni con capacità fiscale per abitante inferiore, al fine di compensare tale divario con le altre Regioni ma all'interno di un sistema, ai sensi del disposto costituzionale, in cui alle spese regionali dovrebbe provvedersi con risorse raccolte principalmente con tributi sostanzialmente regionali.

In conclusione, l'autonomia finanziaria delle Regioni rappresenta insomma ancora oggi una problematica irrisolta, che richiede una revisione del sistema di perequazione delle risorse tra le Regioni, al fine di garantire una distribuzione equa e trasparente delle risorse assieme a una maggiore autonomia decisionale alle Regioni stesse. L'inattuazione del disposto dell'articolo 119 della Costituzione che prevede la perequazione tra le Regioni, o la sua maldestra attuazione in ambiti specifici (come in quello sanitario), rende per di più complicata anche l'attuazione dell'articolo 116, comma 3, che riguarda le funzioni devolute alle Regioni, il quale richiama espressamente proprio la prima disposizione<sup>41</sup>.

#### *4. L'errata modalità di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e delle risorse finanziarie*

Le criticità evidenziate in merito al riparto delle risorse finanziarie tra lo Stato e le Regioni, se non opportunamente affrontate e almeno parzialmente risolte, rischiano di ripercuotersi anche sulla

---

<sup>38</sup> Sulle differenze tra sistemi di finanziamento regionale organizzati sulla base dei bisogni (come quello attualmente vigente in campo sanitario) o sulla base delle capacità fiscali (come nell'articolo 119 della Costituzione), si veda P. GIARDA, *Le regole del federalismo fiscale nell'articolo 119: un economista di fronte alla nuova Costituzione*, in *le Regioni*, n. 6/2001, 1446 ss. Per una diversa impostazione, si vedano A. BRANCASI, *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali: note esegetiche sul nuovo art. 119 della Costituzione*, in *le Regioni*, n. 1/2003, 70 ss., S. PAJNO, *Le autonomie territoriali tra principio di sussidiarietà e principio di corrispondenza tra funzioni e risorse*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 7/2023, 223 ss., e A. ZANARDI, *Federalismo fiscale tra autonomia e solidarietà*, in A. Zanardi (a cura di), *Per lo sviluppo. Un federalismo fiscale responsabile e solidale*, Bologna, il Mulino, 2006, 30.

<sup>39</sup> Si tratta di un meccanismo che opacizza il *quantum* e il *quomodo* della perequazione (si veda C. ABBAFATI, F. SPANDONARO, *Costi standard e finanziamento del Servizio sanitario nazionale*, in *Politiche sanitarie*, n. 2/2011, 52).

<sup>40</sup> Ricostruisce con efficacia la relazione costituzionale tra principio autonomista e principio democratico anche in relazione alla determinazione delle entrate e delle spese S. PAJNO, *Le autonomie territoriali tra principio di sussidiarietà e principio di corrispondenza tra funzioni e risorse*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 7/2023, 223 ss.

<sup>41</sup> Come esplicitato dallo stesso testo dell'articolo 116, comma 3, della Costituzione, in base al quale «Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia [...] possono essere attribuite [...] nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119». Il punto è sottolineato da M. GORLANI, *Regionalismo differenziato e materie oggetto di trasferimento: valutazioni politiche e criticità tecniche, organizzative e finanziarie*, cit., 46 ss. Conformemente, si veda R. ANGELINI, *Autonomia differenziata e tenuta della finanza pubblica*, in [Mondoperaio](http://Mondoperaio), n. 4/2023, 44.

procedura di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, la quale viene fissata nella legge di bilancio per il 2023<sup>42</sup> come presupposto necessario all'attuazione dell'articolo 116, comma 3, della Costituzione. Al pari, il disegno di legge Calderoli subordina il trasferimento delle funzioni ulteriori, oggetto di devoluzione, all'individuazione dei LEP da parte dello Stato<sup>43</sup>.

Nonostante tali previsioni possano essere viste con favore, se si osserva la procedura delineata dalla legge di bilancio per il 2023, si nota immediatamente che il compito di determinare i LEP viene affidato ad una Cabina di regia governativa<sup>44</sup>, la quale prevede un coinvolgimento delle autonomie territoriali (peraltro molto limitato). Ciò non costituisce un problema, anzi, essendo la determinazione dei LEP una competenza esclusiva statale, ai sensi dell'articolo 117, comma 2, della Costituzione, con evidenti riflessi sulle funzioni regionali, il coinvolgimento dei livelli di governo inferiori deve essere visto con favore, seppur collocato all'interno di una procedura che, nel complesso, non appare soddisfacente. Infatti, accanto alla Cabina di regia governativa richiamata si affianca la Commissione tecnica per i fabbisogni standard, il cui lavoro congiunto dovrebbe portare all'azione di appositi schemi di DPCM sui quali, prima della loro adozione, si dovrebbe acquisire l'intesa della Conferenza unificata Stato Regioni città ed autonomie locali e, successivamente, il parere della Commissione parlamentare per le questioni regionali (dunque in questo caso con un rilevante coinvolgimento delle autonomie locali, apprezzabile, come detto poc'anzi, anche perché forse non dovuto).

Tanto il disegno di legge Calderoli quanto le disposizioni della legge di bilancio in materia, definiscono i LEP quali «soglia di spesa costituzionalmente necessaria»<sup>45</sup>, espressione questa che lascia intendere una criticabile prospettiva assunta in entrambi i testi da un duplice punto di vista. In primo luogo, si tratta di una prospettiva che confonde i LEP con il contenuto costituzionalmente protetto dei diritti, ancorché tracce di questa impostazione si trovino anche nella giurisprudenza costituzionale<sup>46</sup>. In secondo luogo, si tratta di una prospettiva, in effetti, favorita da una polemica volta a ostacolare l'attivazione dell'articolo 116, comma 3, della Costituzione, che ha investito l'individuazione preliminare dei LEP della funzione di mascherare i problemi di perequazione fiscale tra i territori. Problemi, questi ultimi, che stando alle disposizioni dell'articolo 119 della Costituzione dovrebbero trovare una soluzione diversa, a carico, specialmente, del fondo

---

<sup>42</sup> In particolare, come già ricordato, tale procedura è prevista dalle disposizioni di cui all'articolo 1, commi 791-801, della legge 29 dicembre 2022, n. 197.

<sup>43</sup> A.S. 615, articolo 1, comma 2: «L'attribuzione di funzioni relative alle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, relative a materie o ambiti di materie riferibili ai diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, è consentita subordinatamente alla determinazione, nella normativa vigente alla data di entrata in vigore della presente legge o sulla base della procedura di cui all'articolo 3, dei relativi livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale».

<sup>44</sup> Legge 29 dicembre 2022, n. 197, articolo 1, comma 791: «L'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, relative a materie o ambiti di materie riferibili, ai sensi del comma 793, lettera c), del presente articolo, ai diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale, è consentita subordinatamente alla determinazione dei relativi livelli essenziali delle prestazioni (LEP)». Conformemente, l'articolo 4, comma 1, del disegno di legge Calderoli prevede che «Il trasferimento delle funzioni, con le relative risorse umane, strumentali e finanziarie, concernenti materie o ambiti di materie riferibili ai LEP [...], può essere effettuato [...] soltanto dopo la determinazione dei medesimi LEP».

<sup>45</sup> L'espressione «di spesa» è sottintesa nell'articolo 1, comma 2, del disegno di legge Calderoli.

<sup>46</sup> Il disegno di legge Calderoli riprende testualmente la definizione data dalla Corte costituzionale nella sua giurisprudenza più recente (il riferimento è alla [sentenza n. 220 del 2021](#)), diffusa anche in dottrina (si veda da ultimo R. ANGELINI, *Autonomia differenziata e tenuta della finanza pubblica*, in [Mondoperaio](#), cit., 45, secondo cui per LEP si intende «la previsione della spesa costituzionalmente necessaria costituente il nucleo invalicabile per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale»). Tuttavia, la dottrina ha sottolineato la distinzione tra nucleo costituzionalmente protetto dei diritti e livelli essenziali delle prestazioni: *ex multis*, si vedano E. BALBONI, *Il concetto di "livelli essenziali e uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 6/2001, 1103 ss., e R. BIFULCO, *"Livelli essenziali", diritti fondamentali e statuti regionali*, in T. Groppi, M. Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Giappichelli, Torino, 2001, 135 ss.

perequativo statale di cui al terzo comma<sup>47</sup>. Difatti, individuare nei LEP la soglia di spesa costituzionalmente necessaria al fine di individuare delle voci di spesa per singole funzioni regionali inerenti ai LEP, significa tradire le disposizioni costituzionali in materia di impianto tributario regionale. Come già ricordato, la funzione perequativa deve essere realizzata unicamente attraverso il relativo fondo statale e no, in via surrogata, attraverso l'individuazione di uno specifico ammontare di risorse individuato sulla base della previa determinazione dei LEP, con conseguente previsione di aliquote differenziate rispetto alle compartecipazioni<sup>48</sup>.

L'articolo 117, comma 2, lettera m), della Costituzione, in effetti, allude alla necessità di garantire certi livelli di prestazione con riferimento ai diritti sociali e civili<sup>49</sup> e, a tal fine, la determinazione di tali livelli essenziali è rimessa alla competenza legislativa esclusiva statale (con la conseguenza che lo Stato potrà determinare aggravii di spesa a carico della finanza regionale). Tuttavia, l'assicurazione di tali livelli, da un lato, non si esaurisce senz'altro nell'individuazione delle risorse necessarie per farvi fronte (e peraltro richiede un meccanismo di accertamento che i livelli essenziali individuati dalla legge siano effettivamente raggiunti), dall'altro lato, non è detto invece che richieda necessariamente appositi stanziamenti statali, perché potrebbe ben essere assicurata attraverso una diversa allocazione del complesso delle risorse garantite alle Regioni attraverso il sistema di finanziamento con tributi propri, compartecipazioni e destinazioni del fondo perequativo.

In sostanza, se si fosse attuato correttamente l'articolo 119 della Costituzione, il ruolo dei LEP *ex* articolo 117 sarebbe molto più chiaro e meno confuso con il sistema di trasferimento delle risorse. Una corretta attuazione dell'articolo 119 della Costituzione prevederebbe infatti un sistema di integrale finanziamento delle funzioni pubbliche attribuite alle Regioni senza vincoli di destinazione<sup>50</sup>, nel quale la perequazione è garantita da un apposito fondo volto a compensare i territori con minore capacità fiscale. In un sistema siffatto, dunque, i LEP servirebbero a vincolare le Regioni nel senso di imporre loro la garanzia dei livelli essenziali individuati dalla legge dello Stato, in un contesto nel quale (al netto degli altri limiti) potrebbe esprimersi la propria autonomia (anche in termini di maggiore o minore pressione fiscale in relazione a politiche di maggiore o minore spesa pubblica e in termini di allocazione delle risorse a favore o meno di questa piuttosto che di altra funzione tra quelle loro attribuite).

Invece, nel così diverso contesto in essere (di sostanziale generalizzata elusione dell'articolo 119 della Costituzione e di mancata previsione di un meccanismo di trasferimento delle risorse specificamente individuato per le funzioni devolute ai sensi dell'articolo 116, comma 3, della Costituzione), dal disegno di legge Calderoli e dalla legge di bilancio emerge una concezione dei

---

<sup>47</sup> A. BRANCASI, *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali: note esegetiche sul nuovo art. 119 della Costituzione*, in *le Regioni*, n. 1/2003, 70.

<sup>48</sup> P. GIARDA, *Le regole del federalismo fiscale nell'articolo 119: un economista di fronte alla nuova Costituzione*, cit., 1438 ss. Con una diversa prospettiva, si veda G. ARACHI, P. LIBERATI, *Responsabilizzazione dei governi regionali e perequazione fiscale*, cit., 235.

<sup>49</sup> Ad esempio: entro quanti giorni al massimo deve essere svolto un accertamento clinico urgente, così come uno non urgente, in ambito sanitario; quanti studenti al massimo, così come in media, può avere una classe in ambito scolastico; ogni quanti abitanti deve essere istituito un ufficio di giudice di pace; ecc.

<sup>50</sup> Sul principio di autosufficienza delle finanze regionali in vista dell'integrale soddisfazione dei propri "bisogni" si vedano, in particolare, F. GALLO, *Il nuovo art. 119 della Costituzione e la sua attuazione*, in F. Bassanini, G. Macciotta (a cura di), *L'attuazione del federalismo fiscale*, il Mulino, Bologna, 2003, 178 ss., e F. BASSANINI, *Una riforma difficile (ma necessaria): il federalismo fiscale alla prova della sua attuazione*, in *Astrid Rassegna*, n. 14/2010, 5. Per la giurisprudenza, si veda, in particolare, la [sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2004](#), in cui si afferma che le fonti di finanziamento "ordinarie" degli enti territoriali «consentono – vale a dire devono consentire – agli enti di "finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite"». Quanto ai divieti di vincoli di destinazione delle risorse regionali, a partire dalla [sentenza n. 370 del 2003](#), la Corte costituzionale ha affermato che «lo Stato può erogare solo fondi senza vincoli specifici di destinazione, in particolare tramite il fondo perequativo di cui all'art. 119, terzo comma, della Costituzione». Su questo punto, per la dottrina, si veda P. GIARDA, *Le regole del federalismo fiscale nell'articolo 119: un economista di fronte alla nuova Costituzione*, cit., 1446 ss.

LEP che li vorrebbe individuati sulla base di un accertamento dei costi e dei fabbisogni standard a legislazione e spese vigenti.

I LEP vengono cioè nella sostanza concettualizzati in termini di strumento di misurazione del fabbisogno finanziario dei diversi territori regionali (sia di quelli ordinari che quelli differenziati) nelle materie per cui è possibile procedere a stipulare le intese di cui all'articolo 116, comma 3, della Costituzione. Il timore, dunque, è che essi vengano erroneamente trasformati da prestazioni sostanziali da garantire (delle quali, cioè, occorre assicurare l'esigibilità<sup>51</sup>) a mere quote di compartecipazione al gettito di tributi erariali maturato nel territorio regionale (come già ricordato manca un riferimento a possibili tributi propri delle Regioni differenziate), sul modello già impiegato in materia di riparto del fondo sanitario nazionale<sup>52</sup>. Per dirla diversamente, il rischio è che i LEP, sulla base del meccanismo individuato dalla legge di bilancio e dal disegno di legge Calderoli, degradino a indici tecnico-amministrativi serventi solo alla allocazione di risorse finanziarie, da trasformare in aliquote diversificate di compartecipazione a tributi erariali, dove la diversificazione delle aliquote risponderebbe alle necessità di perequazione in modo non dissimile a quanto avviene per il fondo sanitario nazionale.

Questa diversa concezione dei LEP comporta una serie di conseguenze, da valutare non solo in termini di opportunità politica ma anche probabilmente di legittimità costituzionale.

Innanzitutto, l'impiego dei LEP sostanzialmente solo ai fini dell'individuazione dell'ammontare delle risorse da accordare alle Regioni differenziate finisce per spostare l'attenzione esclusivamente sulla congruità del quantitativo economico assegnato alle Regioni differenziate per gestire gli ulteriori ambiti devoluti piuttosto che sulla assicurazione delle prestazioni che la legislazione statale ha individuato come fondamentali<sup>53</sup>.

Inoltre, si è scelto di utilizzare a livello generalizzato il modello attualmente impiegato in materia sanitaria che si pone in forte tensione con il disposto dell'articolo 119 della Costituzione, eluso laddove si procede di fatto ancora ad un trasferimento di risorse dal livello Statale a quello regionale, sostanzialmente soltanto mascherato *ex post* (una volta determinate cioè le somme da devolvere) in forme di compartecipazioni al gettito di tributi erariali riferibile al loro territorio, con conseguente opacizzazione dei meccanismi della responsabilità politica, che invece dovrebbero far coincidere (per quanto possibile) il soggetto che impone i tributi con quello che assicura i servizi concernenti i diritti civili e sociali. Ma l'articolo 119 della Costituzione sembra così violato anche sotto un altro profilo, dato che i LEP vengono di fatto impiegati anche per individuare la voce di spesa cui quelle risorse devono essere destinate in sede regionale. La disciplina introdotta nel 2001, infatti, prevede che il finanziamento delle funzioni regionali avvenga attraverso fondi (tributi propri, compartecipazioni e partecipazione al fondo perequativo) che non abbiano vincoli di destinazione, mentre nello schema prescelto i LEP vengono trasformati in "soglie" di spesa regionali necessarie in certi settori, ossia di fatto proprio in vincoli di destinazione.

Un altro grave problema riguarda la loro "spoliticizzazione"<sup>54</sup>, figlia soprattutto della procedura pensata per la loro determinazione, di carattere squisitamente amministrativo.

---

<sup>51</sup> Quanto all'esigibilità dei LEP si veda C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2011, 3371 ss., e G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019, 251 ss.

<sup>52</sup> Del resto, «la vera novità dei costi standard è quella dell'«esondazione» verso la sfera della determinazione delle quote di risorse pubbliche essenziali per la sanità» (C. ABBAFATI, F. SPANDONARO, *Costi standard e finanziamento del Servizio sanitario nazionale*, cit., 53). Nel senso della valorizzazione della dimensione finanziaria dei LEP a scapito di quella garantista dei diritti, invero, si è pronunciata la stessa Corte costituzionale, ad esempio con la [sentenza n. 220 del 2021](#): «In questa prospettiva i LEP rappresentano un elemento imprescindibile per uno svolgimento leale e trasparente dei rapporti finanziari fra lo Stato e le autonomie territoriali [...]. Oltre a rappresentare un valido strumento per ridurre il contenzioso sulle regolazioni finanziarie fra enti».

<sup>53</sup> In tema di esigibilità dei LEP si rinvia a G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, cit., 251.

<sup>54</sup> Si vedano in questo senso C. ABBAFATI, F. SPANDONARO, *Costi standard e finanziamento del Servizio sanitario nazionale*, cit., 53, per cui le valutazioni di cui si tratta comportano «una decisione eminentemente politica (in quanto coinvolge giudizi di valore sui livelli di solidarietà desiderati)».

In questo senso, se è vero che la Corte costituzionale nelle [sentenze n. 88 del 2003](#) e [n. 134 del 2006](#) si è pronunciata per la legittimità del ricorso alla fonte amministrativa negli ambiti di competenza legislativa esclusiva statale (in particolare con riferimento ai LEA in ambito sanitario<sup>55</sup>), resta il fatto che così facendo se ne mette in ombra la natura “politica”, che sembra invece desumersi dalla collocazione costituzionale della loro previsione (nell’articolo 117 della Costituzione, che li assegna alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, e non nell’articolo 119 in materia di riparto delle risorse finanziarie<sup>56</sup>). È peraltro paradossale che la determinazione di prestazioni qualificate come «costituzionalmente necessari[e]» venga demandata integralmente a organi amministrativi (con il limitato intervento parlamentare di cui si è detto), mentre dovrebbe essere affidata alle Camere almeno con riferimento alle scelte politiche di fondo<sup>57</sup>, lasciando solo il resto all’attuazione in sede amministrativa (e dunque – presumibilmente – con la fonte prescelta nella legge di bilancio, ossia il DPCM).

In sostanza, l’assenza di una apposita e soddisfacente disciplina dei rapporti finanziari tra Stato e Regioni per la mancata attuazione, in generale, dell’articolo 119 della Costituzione e, nello specifico, della compensazione perequativa delle diverse capacità fiscali ivi prevista, unita alla mancanza di una disciplina quadro dei rapporti finanziari tra lo Stato e le Regioni per le materie da devolvere in misura differenziata, comporta molti rischi con riferimento al processo di individuazione dei LEP ipotizzato nel disegno di legge Calderoli e nella legge di bilancio.

Da un lato, esso sembra “snaturare” i LEP, perché non è volto a individuare realmente i livelli essenziali delle prestazioni che lo Stato intende assicurare su tutto il territorio, essendo piuttosto finalizzato a individuare un meccanismo utile a stabilire la quantità delle risorse finanziarie da trasferire a legislazione e costi vigenti<sup>58</sup>.

Dall’altro lato, lo stesso rischia di scaricare indebitamente sui LEP i problemi di solidarietà infraterritoriale, che l’articolo 119 della Costituzione vorrebbe invece risolti a monte, con l’istituzione di un apposito fondo perequativo, rendendo il meccanismo di riequilibrio tra i territori molto opaco e non conforme all’autonomia finanziaria regionale che la Carta costituzionale vorrebbe realizzare.

---

<sup>55</sup> In proposito, si veda ora R. ARCANO, I. MAROCCIA, G. TURATI, *Cosa insegna l’esperienza dei LEA per l’autonomia differenziata*, in [Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani](#), 31 marzo 2023, 1 ss. Per un caso specifico, si veda F. PALLANTE, *La legge della Regione Piemonte a sostegno delle Rsa: un’incostituzionale sottrazione di risorse vincolate all’attuazione dei Lea*, in [federalismi.it](#), n. 12/2021, 212 ss.

<sup>56</sup> In questo senso si veda la [sentenza della Corte costituzionale n. 282 del 2002](#), ove si intende il riferimento costituzionale ai LEP come strettamente connesso al riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni: si tratta «di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull’intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle». In merito, si veda M. BELLETTI, *I “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali...” alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile*, in *Le Istituzioni del federalismo*, n. 3-4/2003, 615 ss.

<sup>57</sup> Si dovrebbe considerare la materia come coperta da una riserva di legge almeno relativa. Nello stesso senso, si veda recentemente, R. CALVANO, *Appunti sulle fonti del diritto del periodo 2020-2023, tra crisi, emergenze e squilibri della forma di governo*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 1/2023, 47. Sul tema della riserva di legge in questo ambito si vedano, inoltre, G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell’evoluzione interpretativa*, CEDAM, Padova, 2007, M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell’art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 2002, 352 ss., C. PINELLI, *Sui “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali” (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.)*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2002, 892 ss., e F. PIZZOLATO, *La procedura per la determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociale*, in E. Balboni (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2008, 309 ss.

<sup>58</sup> Secondo L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, in [Rivista Gruppo di Pisa](#), n. 3/2012, 4, si tratta di una dicotomia interpretativa che riflette «un approccio “minimalista”, volto a mettere in luce il carattere, per così dire, “tecnico-amministrativistico”, dei LEP, o un approccio “massimalista”, attento, invece, a valorizzarne la natura a tutti gli effetti “politicocostituzionalistica”».

Angelo Licastro

**La salvaguardia dello «status» nazionale delle confessioni religiose  
alla prova del principio eurounitario della libertà di stabilimento\***

**ABSTRACT:** *The Court of Justice of the European Union has ruled that the grant of public subsidies to denominational private schools may be reserved for churches and religious societies recognized by a Member State. The Court has held that the recognition requirement under national law complies with EU law and in particular with article 49 TFEU (on the right of establishment), read in conjunction with Article 17(1) TFEU. According to the Author, this is the first time that the principle enshrined in Article 17(1) TFEU impacts on the scope of application of the basic principles of EU free market law.*

SOMMARIO: 1. Un intervento della Corte di giustizia che va al cuore delle possibili influenze tra i principi del libero mercato all'interno dell'ordinamento dell'Unione e i modelli nazionali di trattamento delle confessioni religiose. - 2. I termini della questione sorta nell'ambito del procedimento principale. - 3. La posizione della Corte di giustizia riguardo all'eventuale incidenza esclusiva sulla materia controversa dell'articolo 17 TFUE. - 4. La posizione della Corte di giustizia riguardo alla concreta incidenza sulla materia controversa delle garanzie del libero mercato all'interno dell'Unione europea. - 5. Considerazioni conclusive.

1. *Un intervento della Corte di giustizia che va al cuore delle possibili influenze tra i principi del libero mercato all'interno dell'ordinamento dell'Unione e i modelli nazionali di trattamento delle confessioni religiose*

Nell'abbozzare, ormai diversi anni orsono, una «mappa delle effettive intersezioni tra religioso e comunitario», sensibile dottrina non ha mancato di segnalare le possibili influenze sulla sfera ecclesiastica del diritto di stabilimento e del principio della libera prestazione di servizi sanciti dal diritto dell'Unione europea<sup>1</sup>.

La Corte di giustizia si è ora pronunciata per la prima volta su una vicenda tutta incentrata sui rapporti tra tali principi di derivazione sovranazionale e quello, pure esso avente preciso innesto nell'ambito del diritto dell'Unione, concernente la salvaguardia dei diversi sistemi nazionali riguardanti il trattamento delle confessioni religiose<sup>2</sup>. A seguito della pronuncia dei Giudici di Lussemburgo<sup>3</sup>, cui si riferisce il presente contributo, si è così passati dalla prospettiva astratta di una evenienza (ipoteticamente) caratterizzata dalle suddette «intersezioni», alla valutazione di una vicenda nella quale ci si è concretamente confrontati con una tale situazione, dalla quale sembra emergere, ancora più chiaramente che nel passato, come il processo di integrazione tra i Paesi membri dell'Unione<sup>4</sup> possa realmente mettere in crisi i tratti identitari concernenti i modelli nazionali di relazioni tra Stato e confessioni religiose.

A onor del vero, non era mancato in passato qualche intervento della Corte di giustizia su vicende, aventi (indirette) implicazioni di carattere religioso, in cui si erano poste questioni legate alla tutela della libera prestazione dei servizi. Mi riferisco alla pronuncia adottata dalla Corte sulle questioni pregiudiziali sollevate dalla *High Court* di Dublino, nell'ambito di una controversia tra l'associazione irlandese *Society for the Protection of Unborn Children* e alcuni responsabili di associazioni



<sup>1</sup> M. VENTURA, *Diritto e religione in Europa: il laboratorio comunitario*, in *Pol. dir.*, 1999, rispettivamente 587, 580 e 589.

<sup>2</sup> Si tratta del principio sancito dall'art. 17, par. 1, TFUE, a norma del quale «L'Unione rispetta e non pregiudica lo status di cui le chiese e le associazioni o comunità religiose godono negli Stati membri in virtù del diritto nazionale».

<sup>3</sup> Corte di giustizia UE, sez. III, 2 febbraio 2023, [C-372/21](#), *Freikirche der Siebenten-Tags-Adventisten in Deutschland KdöR c. Bildungsdirektion für Vorarlberg*.

<sup>4</sup> La bibliografia è sul punto sterminata. Per una visione di sintesi mi limito a richiamare P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*<sup>6</sup>, Giappichelli, Torino, 2022.

studentesche attive in Irlanda nella diffusione di specifiche informazioni concernenti la pratica medica legale di interruzioni della gravidanza presso cliniche estere (in particolare del Regno Unito, a quel tempo, come l'Irlanda, Stato membro dell'Unione)<sup>5</sup>. In quella occasione, la Corte escluse che il divieto di diffondere le informazioni in questione potesse ritenersi lesivo della libertà di prestazione dei servizi, atteso il troppo tenue nesso tra l'attività delle associazioni studentesche e le interruzioni di gravidanza praticate nell'altro Stato membro<sup>6</sup>.

Tuttavia, va ribadito come il collegamento tra i fatti aventi rilevanza religiosa, per come declinati al livello nazionale, e il principio della libera prestazione dei servizi, di derivazione comunitaria, apparisse allora del tutto indiretto, mentre la vicenda ora esaminata dalla Corte di giustizia ci porta al cuore sia dei principi riguardanti l'autonomia degli Stati nel trattamento da riservare alle diverse confessioni religiose, sia di quelli riguardanti l'attuazione dei principali obiettivi legati al funzionamento di un mercato comune propri dell'ordinamento (comunitario prima e ora) dell'Unione, con tutti i problemi legati alle reciproche interferenze tra questi due diversi ambiti.

## 2. I termini della questione sorta nell'ambito del procedimento principale

È indispensabile ricostruire innanzitutto, anche con alcuni rapidissimi cenni sull'assetto giuridico riguardante il trattamento dei gruppi confessionali nei due ordinamenti statali coinvolti, i termini della controversia portata all'attenzione della Corte di giustizia tramite il meccanismo del rinvio pregiudiziale.

Una confessione religiosa avente in Germania lo *status* di corporazione di diritto pubblico<sup>7</sup> chiede alla competente autorità scolastica austriaca<sup>8</sup> la concessione di un finanziamento per un istituto scolastico operante in Austria e ad essa affiliato. Si invoca a tal fine l'applicazione dell'articolo 17 della legge federale austriaca sull'istruzione privata<sup>9</sup>, concernente il diritto delle scuole private confessionali di ricevere finanziamenti pubblici<sup>10</sup>.

Ai sensi di tale disposizione, a differenza delle altre scuole private (mi riferisco, in ogni caso, alle scuole a statuto pubblico, ossia sostanzialmente riconosciute come paritarie), in relazione alle quali

---

<sup>5</sup> Corte di giustizia UE, 4 ottobre 1991, [C-159/90](#), *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd e Stephen Grogan e altri*, in *Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia UE*, 1991, I, 4733-4742.

Non si era invece posto alcun problema legato alla libera prestazione dei servizi (in senso stretto) nel caso *Van Duyn* (Corte di giustizia UE, 4 dicembre 1974, [C-41/74](#), *Yvonne Van Duyn e Home Office*, in *Raccolta*, cit., 1974, 1337-1352) riguardante una cittadina olandese cui viene rifiutato l'ingresso nel Regno Unito, e impedito quindi di ricoprire il posto di segretaria presso la comunità di Scientology di East Grinstead, per motivi di ordine pubblico, sebbene la dottrina individui in esso uno dei precedenti più significativi del tipo di approccio, da parte dei giudici di Lussemburgo, a fattispecie non prive di implicazioni di carattere religioso, focalizzato esclusivamente sui principi del «libero mercato comunitario»: M. VENTURA, *Diritto e religione in Europa*, cit., 604; M. PARISI, *La tutela giurisdizionale del fenomeno religioso in Europa*, in G. MACRÌ, M. PARISI, V. TOZZI, *Diritto ecclesiastico europeo*, Laterza, Roma-Bari, 2006, 190.

<sup>6</sup> La Corte affermò pertanto che «il diritto comunitario non si oppone a che uno Stato membro in cui l'interruzione della gravidanza per intervento medico è proibita vieti ad associazioni studentesche di diffondere informazioni sull'identità e l'ubicazione di cliniche di un altro Stato membro in cui sono lecitamente praticate interruzioni volontarie della gravidanza, nonché sulle modalità per entrare in contatto con tali cliniche, quando le cliniche di cui trattasi non sono in alcun modo all'origine della diffusione di dette informazioni» ([punto 32](#)).

<sup>7</sup> Si tratta della «Freikirche der Siebenten-Tags-Adventisten» (Chiesa libera avventista del settimo giorno), che gode in Germania della qualifica di «Körperschaft des öffentlichen Rechts» (persona giuridica di diritto pubblico) (K.d.ö.R.).

<sup>8</sup> *Bildungsdirektion für Vorarlberg* (Direzione dell'istruzione del Vorarlberg).

<sup>9</sup> *Bundesgesetz über das Privatschulwesen* del 25 luglio 1962 e successive modificazioni.

<sup>10</sup> A parte il punto riguardante il riconoscimento della confessione (di cui si dirà subito nel testo), l'affiliazione rispettava tutti gli altri requisiti previsti dall'art. 17, par. 2, della legge austriaca del 1962. In base a questa disposizione, infatti, per «scuole private confessionali» si intendono non soltanto le scuole direttamente gestite da una confessione religiosa, ma anche le scuole gestite da associazioni, fondazioni e fondi che sono riconosciute come scuole confessionali dall'autorità superiore ecclesiastica competente, come appunto nel presente caso. Il finanziamento viene di fatto erogato mediante l'assegnazione di insegnanti dipendenti dello Stato federale o di un *Land*.



la concessione di finanziamenti da parte della Confederazione non ha carattere obbligatorio<sup>11</sup>, riguardo alle scuole (private) confessionali (sempreché dotate di statuto pubblico, nel senso precisato) *devono* essere concessi i finanziamenti per le spese del personale, secondo precisi criteri stabiliti dalla legge. Come ribadito in altra occasione dalla Suprema Corte amministrativa austriaca<sup>12</sup>, tale diverso trattamento tra scuole confessionali e scuole private non confessionali non è lesivo del principio di eguaglianza, in quanto le prime agevolano i genitori degli alunni nell'esercizio del diritto loro garantito dall'articolo 2 del Protocollo addizionale n. 1 del 1952 alla CEDU<sup>13</sup>.

Sempre ai sensi di quanto previsto dall'articolo 17 della legge austriaca sulle scuole private, a beneficiare delle sovvenzioni sono però soltanto *le Chiese e le associazioni religiose legalmente riconosciute* («Den gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften») nello Stato, ossia elevate alla dignità di *entità pubblicistiche* ai sensi della (risalente ma ancora vigente) legge 20 maggio 1874, concernente il riconoscimento giuridico delle associazioni religiose<sup>14</sup>.

Restano, pertanto, escluse dalla fruizione dei finanziamenti sia i singoli dirigenti scolastici delle scuole private confessionali, sia tutte le altre comunità confessionali, anche quelle registrate come tali in un apposito albo (tenuto dal Ministro dell'istruzione e degli affari culturali) ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 gennaio 1998<sup>15</sup>, che si limita ad assicurare alla confessione il riconoscimento della personalità giuridica come *entità di diritto privato*: i requisiti per il riconoscimento sono in questo caso meno rigorosi di quelli prescritti dalla legge del 1874 (in particolare, a seguito dell'integrazione di quest'ultima operata dall'art. 11 della medesima legge 9 gennaio 1998)<sup>16</sup>, ma ciò si riflette sulle prerogative che ne conseguono a favore della confessione, ben più limitate, come chiarito dalla stessa Corte costituzionale austriaca<sup>17</sup>, di quelle derivanti dal riconoscimento operato ai sensi della legge del 1874.

---

<sup>11</sup> Art. 21 della *Bundesgesetz über das Privatschulwesen*, cit.

<sup>12</sup> *Verwaltungsgerichtshof*, 28 marzo 2002, 95/10/0265.

<sup>13</sup> L'art. 2 del Prot. Add. n. 1 alla CEDU del 1952 è così formulato: «Il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di assicurare tale educazione e tale insegnamento in modo conforme alle loro convinzioni religiose e filosofiche».

Solo in parte coincidente è la previsione dell'art. 14, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («La libertà di creare istituti di insegnamento nel rispetto dei principi democratici, così come il diritto dei genitori di provvedere all'educazione e all'istruzione dei loro figli secondo le loro convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche, sono rispettati secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio»).

<sup>14</sup> *Gesetz betreffend die gesetzliche Anerkennung von Religionsgesellschaften*. In Austria, la veste "pubblicistica", rivestita dalle principali denominazioni confessionali, serve a evidenziare i cardini di un sistema che rifiuta di considerare la religione come un affare meramente privato, riconoscendone piuttosto la funzione sociale: R. POTZ, *État et Églises en Autriche*, in G. Robbers (a cura di), *État et Églises dans l'Union européenne*<sup>2</sup>, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, versione online, traduzione francese di C. Schmidt-König, Trèves, 2008, 430.

<sup>15</sup> *Bundesgesetz über die Rechtspersönlichkeit von religiösen Bekenntnisgemeinschaften*.

<sup>16</sup> La disposizione ha previsto requisiti aggiuntivi per il riconoscimento di una comunità confessionale conformemente alla legge del 1874, prescrivendo un sufficiente radicamento nello Stato, unitamente a una minima diffusione nell'ambito della popolazione austriaca.

Più in particolare, per essere riconosciuto, il gruppo deve ormai possedere i seguenti requisiti: nella sua dottrina religiosa, nelle cerimonie, nei suoi statuti e nella denominazione non deve figurare alcun elemento illegale o contrario alla morale; deve essere garantita l'istituzione e l'esistenza di almeno una comunità di culto; la comunità confessionale deve esistere in Austria da almeno 20 anni (dei quali dieci in forma organizzata e almeno cinque come comunità confessionale dotata di personalità giuridica) oppure essere integrata sotto il profilo organizzativo e dottrinale in un'associazione religiosa attiva a livello internazionale che esiste da almeno 100 anni ed essere già attiva in Austria in forma organizzata da almeno dieci anni oppure essere integrata sotto il profilo organizzativo e dottrinale in un'associazione religiosa attiva a livello internazionale che esiste da almeno 200 anni; il gruppo deve riunire un numero di membri pari almeno al due per mille della popolazione austriaca; la comunità confessionale deve essere rispettosa nei confronti della società e dello Stato; non deve causare perturbazioni illecite nei rapporti con le Chiese e le associazioni religiose legalmente riconosciute e con altre comunità religiose esistenti.

<sup>17</sup> *Verfassungsgerichtshof*, 3 marzo 2001, B1713/98.

È pacifico che la Confessione avventista tedesca, richiedente il finanziamento, è titolare dello *status* di corporazione di diritto pubblico in Germania<sup>18</sup>, ma non è riconosciuta in Austria ai sensi della legge 20 maggio 1874<sup>19</sup>, dove è invece registrata ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 gennaio 1998, cit. Sul piano, dunque, della normativa nazionale non ricorrono certamente i requisiti per invocare il diritto a ottenere il finanziamento per la scuola riconosciuta come confessionale.

Nel giudizio principale svoltosi davanti ai giudici austriaci, cui la Confessione si rivolgerà a seguito del diniego alla richiesta di finanziamento opposto dall'autorità scolastica<sup>20</sup>, essa insiste anzitutto sulla necessità che venga adottata una interpretazione della normativa austriaca sulle scuole private conforme al diritto dell'Unione e, in particolare, al divieto di discriminazione in base alla nazionalità sancito dall'articolo 18 TFUE<sup>21</sup>.

Il Tribunale amministrativo federale<sup>22</sup> nega, tuttavia, che l'ordinamento dell'Unione europea imponga la parità di trattamento delle chiese e delle comunità religiose riconosciute in Austria e di quelle riconosciute dagli altri Stati membri. E lo fa ponendo l'accento sul principio sancito dall'articolo 17 TFUE, di salvaguardia, da parte dell'ordinamento dell'Unione, dello *status* di cui godono le chiese e le associazioni o comunità religiose negli Stati membri ai sensi del diritto nazionale<sup>23</sup>.

Contro tale decisione, la Confessione propone ricorso per cassazione dinanzi alla Suprema Corte amministrativa<sup>24</sup>, che solleva la questione pregiudiziale decisa dalla Corte di giustizia.

Per superare l'ostacolo derivante dalla impossibilità di vedersi applicare l'articolo 17 della legge concernente le scuole private, la Confessione invoca stavolta l'applicazione dell'articolo 56 TFUE<sup>25</sup>, in base al quale, com'è noto, «le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione». Come chiarito dalla Corte di giustizia in più occasioni, «rappresentano restrizioni alla libera prestazione dei servizi le misure nazionali che vietano,

---

<sup>18</sup> Anche in Germania le confessioni possono essere riconosciute come entità pubblicistiche o essere registrate come associazioni di diritto privato: cfr. A. LICASTRO, *Il diritto statale delle religioni nei Paesi dell'Unione europea. Lineamenti di comparazione*<sup>2</sup>, Giuffrè, Milano, 2017, 47; G. ROBBERS, *État et Églises en République fédérale d'Allemagne*, in G. Robbers (a cura di), *État et Églises dans l'Union européenne*, cit., 85.

La posizione costituzionale delle confessioni religiose è in gran parte definita dagli articoli da 136 a 139 e 141 della Costituzione di Weimar del 1919 (*Weimarer Reichsverfassung*), che costituiscono parte integrante della vigente Legge fondamentale del 1949 (*Grundgesetz*, art. 140). Lo *status* di corporazione di diritto pubblico è riconosciuto non soltanto alle Chiese principali ma anche a molti gruppi confessionali minori.

<sup>19</sup> Le confessioni attualmente riconosciute in Austria come entità di diritto pubblico sono le seguenti: Comunità religiosa alevita in Austria; Chiesa vetero-cattolica d'Austria; Chiesa apostolica armena in Austria; Chiesa evangelica delle Confessioni di Augusta ed Elvetica; Chiesa metodista unita in Austria; Chiese libere in Austria; Chiesa greco-orientale (ortodossa) in Austria; Comunità religiosa islamica in Austria; Società religiosa israeliana; Testimoni di Geova in Austria; Chiesa cattolica; Chiesa di Gesù Cristo dei santi degli ultimi giorni (Mormoni) in Austria; Chiesa copta ortodossa in Austria; Chiesa neo-apostolica in Austria; Società religiosa buddista austriaca; Chiesa siro-ortodossa in Austria.

<sup>20</sup> Direzione dell'istruzione del Vorarlberg, decisione del 3 settembre 2019, in cui si afferma che lo *status* giuridico goduto in Germania da parte della Confessione richiedente il finanziamento è irrilevante, poiché per «chiese e comunità religiose legalmente riconosciute» ai sensi della legge sulle scuole private si devono intendere solo quelle riconosciute ai sensi della legislazione austriaca.

<sup>21</sup> Secondo le prospettazioni della Confessione ricorrente, se non si vuole violare il divieto di discriminazione basata sulla nazionalità, per «comunità religiosa legalmente riconosciuta» ai sensi dell'art. 17 della legge sulle scuole private bisogna intendere tutte le comunità religiose riconosciute in uno Stato membro dell'Unione europea.

<sup>22</sup> *Bundesverwaltungsgericht*, sent. [26 febbraio 2020](#), W129 2224307-1.

<sup>23</sup> *Bundesverwaltungsgericht*, sent. 26 febbraio 2020, cit., [punto 3.4](#). Stranamente, l'argomentazione tratta dall'art. 17 TFUE – centrale nell'economia della (tanto coincisa quanto efficace) motivazione della pronuncia del Tribunale austriaco – non viene richiamata nella ricostruzione operata dalla pronuncia della Corte di giustizia 2 febbraio 2023, cit. (cfr. [punto 9](#)).

<sup>24</sup> *Verwaltungsgerichtshof*, [1° giugno 2021](#), Ro 2020/10/0018.

<sup>25</sup> *Verwaltungsgerichtshof*, 1° giugno 2021, cit., [punto 28](#).

ostacolano o rendono meno attrattivo l'esercizio di tale libertà»<sup>26</sup>. In tal modo, il riconoscimento ottenuto in Germania (Stato membro diverso da quello destinatario della prestazione) finirebbe col proiettarsi nello Stato in cui viene fornita la prestazione del servizio: se la prestazione del servizio in Austria viene infatti consentita in presenza di condizioni più restrittive di quelle previste in Germania si incorre nel divieto di cui alla predetta disposizione.

La Suprema Corte amministrativa deve quindi interrogarsi, anzitutto, sulla configurabilità come «servizio», ai sensi delle disposizioni del diritto dell'Unione, della prestazione dell'insegnamento reso dalla scuola confessionale.

Rifacendosi alla distinzione adottata dalla stessa Corte di giustizia in *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania c. Ayuntamiento de Getafe*<sup>27</sup>, e ritenuto trattarsi, nel caso di specie, di una scuola finanziata essenzialmente con fondi privati, ritiene di potere superare positivamente ogni incertezza sul punto, ma solleva dei dubbi a proposito della ricorrenza di un solido «collegamento transfrontaliero» che possa giustificare l'operatività delle regole comunitarie<sup>28</sup>: la scuola è pur sempre gestita da una associazione registrata in Austria, ma potrebbe rilevare la circostanza della richiesta di finanziamento proveniente da una confessione stabilita in altro Stato membro.

Inoltre, l'elemento atto a qualificare l'attività di insegnamento come prestazione di un «servizio» ai sensi del diritto dell'Unione pone anche un problema di individuazione del corretto termine di comparazione in relazione al quale accertare una eventuale discriminazione ai danni della scuola confessionale: è possibile individuare tale termine nelle scuole private prevalentemente finanziate

---

<sup>26</sup> Corte di giustizia UE, sez. I, 22 novembre 2018, C-625/17, *Vorarlberger Landes- und Hypothekbank AG c. Finanzamt Feldkirch*, [punto 29](#) (e giurisprudenza ivi cit.).

<sup>27</sup> Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 27 giugno 2017, causa [C-74/16](#), *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania c. Ayuntamiento de Getafe*, punti 48-49. In quella occasione, la Corte aveva ravvisato una attività di carattere economico in presenza di corsi finanziati “essenzialmente” da fondi privati non erogati dallo stesso ente gestore, ossia, di regola, da rette pagate dai fruitori del servizio: cfr. A. LICASTRO, A. RUGGERI, *Diritto concordatario versus diritto eurounitario: a chi spetta la primauté? (a margine della pronuncia della Corte di Giustizia del 27 giugno 2017, C-74/16, in tema di agevolazioni fiscali per le “attività economiche” della Chiesa)*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), n. 26 del 2017, 9 s. Il principio sarà ribadito in Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 6 novembre 2008, [C-622/16 P a C-624/16 P](#), *Scuola Elementare Maria Montessori Srl c. Commissione europea*, punto 105: «i corsi impartiti da istituti di insegnamento finanziati, essenzialmente, mediante fondi privati non provenienti dal prestatore dei servizi stesso costituiscono servizi, posto che, infatti, lo scopo perseguito da tali istituti consiste nell'offrire un servizio in cambio di una remunerazione».

Su questi temi, cfr. altresì M. ALLENA, *Imu, enti ecclesiastici e aiuti di Stato: riflessioni a margine delle sentenze del Tribunale UE di primo grado, in attesa della decisione della Corte di Giustizia*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), n. 8, 2017, 1 ss.; G. D'ANGELO, *Il favor fiscale dell'ente ecclesiastico-religioso “imprenditore sociale” nella prospettiva del divieto europeo di aiuti di Stato: conferme problematiche dalla recente giurisprudenza UE in tema di esenzione ICI/IMU*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 3/2016, 661 ss.; F. DE GREGORIO, *Brevi note in materia di esenzione Imu per gli istituti religiosi. Attualità ed orientamenti interpretativi*, in *Dir. e pratica tributaria*, n. 4, 2017, 2, 1713 ss.; C. ELEFANTE, *Fiscalità di vantaggio ed economia sociale religiosa nella dinamica dei rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno. Principi consolidati ed applicazioni controverse*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 3, 2017, 665 ss.; F. FERNANDEZ MARIN, *Profili unioniali dell'efficacia e limiti dell'esenzione dell'imposta comunale sulle costruzioni, gli impianti e le opere a favore della Chiesa cattolica tra il diritto di concorrenza dell'UE e il diritto internazionale*, in *Giurisprudenza delle imposte*, n. 4, 2017, 6; M. ORLANDI, *La scuola elementare Montessori e Pietro Ferracci, contro i privilegi delle associazioni religiose*, in [Il Diritto dell'Unione europea](#), n. 4, 2018, 771 ss.; M. ROBLES, *Proprietà ecclesiastiche ed esenzioni fiscali sotto la lente degli “aiuti di stato”*, in [GIUSTIZIA CIVILE.com](#), n. 2, 2018, 17; A. TORRES GUTIÉRREZ, *Las exenciones fiscales de la Iglesia Católica en el Impuesto sobre Construcciones Instalaciones y Obras en España y su incompatibilidad con la normativa europea sobre ayudas de Estado*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 3, 2017, 649 ss. (ivi ampi riferimenti alla dottrina spagnola).

<sup>28</sup> Come bene preciserà l'Avvocato generale, «è assodato che le norme dell'Unione in materia di libera circolazione, comprese quelle relative alla libertà di prestazione dei servizi e alla libertà di stabilimento, non si applicano a una fattispecie i cui elementi si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro. Tali norme possono quindi essere validamente invocate soltanto in situazioni caratterizzate da un elemento transfrontaliero. Tale requisito discende dalla finalità stessa delle disposizioni sul mercato interno, ossia la liberalizzazione degli scambi nell'Unione» (*Conclusioni dell'Avvocato generale N. Emiliou* presentate il 7 luglio 2022 nella causa C-372/21, *Freikirche der Siebenten-Tags-Adventisten in Deutschland KdöR con l'intervento di: Bildungsdirektion für Vorarlberg*, [punto 32](#)).

con fondi pubblici, atteso che esse, secondo il già richiamato criterio seguito dalla Corte di giustizia, non possono essere considerate come fornitori di un «servizio» ai sensi del diritto dell'Unione<sup>29</sup>?

Sul fronte poi della garanzia di salvaguardia del regime nazionale dei culti di cui all'articolo 17 TFUE, traspaiono, dalla posizione del giudice del rinvio, tutte le perplessità che, sin dalla sua elaborazione, la disposizione in questione ha posto e che le applicazioni giurisprudenziali non sono finora riuscite ad appianare<sup>30</sup>.

Per un verso, infatti, viene giustamente osservato come non sia irragionevole considerare la materia del finanziamento delle scuole confessionali affiliate a chiese e comunità religiose legalmente riconosciute come rientrante nella regolamentazione «dei rapporti» tra lo Stato membro e le chiese stesse, che l'Unione europea, con il predetto articolo 17, si è impegnata a *rispettare* e a *non pregiudicare* (o, per usare le parole presenti nei precedenti della Corte di giustizia, nei confronti della quale l'Unione è *neutrale*)<sup>31</sup>; per altro verso, argomentando ancora da quei precedenti, l'applicabilità dell'articolo 17 TFUE alla fattispecie può non implicare che non sia necessario compiere una verifica di compatibilità delle norme nazionali in esame con il diritto dell'Unione.

Infine, quanto alla garanzia della libera prestazione di servizi (art. 56 TFUE), appare abbastanza evidente al giudice del rinvio che, per la Confessione priva del riconoscimento in Austria come entità di diritto pubblico, la mancata garanzia di potere fruire dei finanziamenti ai fini del mantenimento della scuola a essa affiliata renda «meno allettante» la prestazione del servizio in uno Stato membro diverso da quello in cui la medesima Confessione ha la propria sede<sup>32</sup>. Meno chiara risulta invece la

---

<sup>29</sup> *Verwaltungsgerichtshof*, 1° giugno 2021, cit., [punto 32](#).

<sup>30</sup> In dottrina, sui problemi posti da tale disposizione, cfr. AA.VV., *Le confessioni religiose nel diritto dell'Unione europea*, a cura di L. De Gregorio, Il Mulino, Bologna, 2012; D. DURISOTTO, *Istituzioni europee e libertà religiosa. Cedu e Ue tra processi di integrazione europea e rispetto delle specificità nazionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, 301 ss.; A. LICASTRO, *Unione europea e «status» delle confessioni religiose tra tutela dei diritti umani fondamentali e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2014; ID., *L'influenza della Carta di Nizza sui sistemi nazionali europei di disciplina del fenomeno religioso: verso un diritto ecclesiastico dell'Unione?* in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta, Giappichelli, Torino, 2016, 325 ss.; M. LUGATO, *L'Unione europea e le Chiese: l'art. 17 TFUE nella prospettiva del principio di attribuzione, del rispetto delle identità nazionali e della libertà religiosa*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 2/2014, 305 ss.; V. MARANO, *L'art. 17 TFUE e il ruolo delle Chiese in Europa*, in *Ephemerides iuris canonici*, 2015, n. 1, 21 ss.; F. MARGIOTTA BROGLIO, M. ORLANDI, *Articolo 17 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, in AA.VV., *Trattati dell'Unione europea*<sup>2</sup>, a cura di A. Tizzano, Giuffrè, Milano, 2014, 454 ss.; S. MONTESANO, *Brevi riflessioni sull'art. 17 TFUE e sul progetto di Direttiva del Consiglio recante disposizioni in materia di divieto di discriminazione*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), n. 18 del 2015, 1 ss.; M. VENTURA, *L'articolo 17 TFUE come fondamento del diritto e della politica ecclesiastica dell'Unione europea*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 2/2014, 293 ss.; ID., *Dynamic Law and Religion in Europe. Acknowledging Change. Choosing Change*, European University Institute Working Paper, Religio West Project, 2013.

<sup>31</sup> Anche chi, nella dottrina italiana, ha espresso riserve e forti perplessità sul principio sancito dall'art. 17 TFUE, ha ribadito che rientra nella sua tipica sfera applicativa «la tradizionale materia «ecclesiastica» (e... filosofica)», intesa in un senso così comprensivo da porre problemi di coordinamento interno allo stesso articolo, più precisamente tra i primi due e il terzo paragrafo della disposizione, sul «dialogo» dell'Unione con le confessioni religiose: F. MARGIOTTA BROGLIO, *Confessioni e comunità religiose o «filosofiche» nel Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *Le confessioni religiose nel diritto dell'Unione europea*, cit., 36. Per approfondimenti sia consentito il rinvio ad A. LICASTRO, *Unione europea e «status» delle confessioni*, cit., 197 ss. Che l'articolo 17 TFUE esprima «la neutralità dell'Unione nei confronti dell'organizzazione, da parte degli Stati membri, dei loro rapporti con le chiese e le associazioni o comunità religiose», lo hanno ormai ripetutamente affermato, in piena coerenza con la *ratio* della disposizione, i Giudici di Lussemburgo: Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 22 gennaio 2019, [C-193/17](#), *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*, punto 33 (mio il corsivo); ID., 17 aprile 2018, [C-414/16](#), *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, punto 58; ID., 11 settembre 2018, [C-68/17](#), *IR c. JQ*, punto 48. Da ultimo, Corte di giustizia UE, sez. II, 13 gennaio 2022, [C-282/19](#), *YT e altri c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca - MIUR, Ufficio Scolastico Regionale per la Campania*, punto 50.

<sup>32</sup> Mi pare che la Corte di giustizia incappi, sul punto, in una erronea ricostruzione dei (presupposti di diritto inerenti ai) fatti di causa, laddove afferma che «il giudice del rinvio si chiede se la normativa nazionale *che vieta* alla Chiesa avventista tedesca di beneficiare – contrariamente alle Chiese e alle associazioni religiose riconosciute in Austria – di sovvenzioni per una scuola privata situata in tale Stato membro costituisca un ostacolo alla libera prestazione di servizi,

circostanza se la restrizione alla libera prestazione dei servizi all'interno del mercato unico europeo possa essere giustificata da «obiettivi relativi a motivi imperativi d'interesse generale», sulle cui basi, in forza di una giurisprudenza consolidata, la Corte di giustizia esclude una violazione della norma del citato articolo 56 TFUE, a condizione che la medesima restrizione sia proporzionata, ossia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito senza eccedere quanto è necessario per il suo conseguimento<sup>33</sup>.

Bisogna quindi accertare se superi un tale tipo di verifica, da un lato, l'obiettivo perseguito dal legislatore – nel differenziare, quanto al regime del finanziamento pubblico, tra scuole private confessionali e scuole private non confessionali – di agevolare l'esercizio del diritto dei genitori di cui all'articolo 2 del già citato Protocollo n. 1 alla CEDU, e, dall'altro – quanto al trattamento di favore riservato, nell'ambito delle scuole confessionali, a quelle affiliate alle chiese e comunità religiose riconosciute – la circostanza che il riconoscimento è basato anche sul numero dei membri del gruppo confessionale e conseguentemente sulla possibilità concreta che una parte corrispondentemente ampia della popolazione scelga queste scuole, realizzandosi così l'effetto dell'offerta formativa integrata<sup>34</sup>.

### 3. La posizione della Corte di giustizia riguardo all'eventuale incidenza esclusiva sulla materia controversa dell'articolo 17 TFUE

La prima questione pregiudiziale concerne in sostanza l'eventuale incidenza esclusiva dell'articolo 17 TFUE sulla specifica controversia esaminata<sup>35</sup>. Nel rispondere a essa, la Corte di giustizia affronta però in realtà anche due profili tecnici la cui soluzione, a rigore, appare a sua volta pregiudiziale rispetto alle conseguenze derivanti dall'eventuale applicabilità dell'articolo 17 TFUE alla fattispecie.

---

garantita dall'articolo 56 TFUE» (Corte di giustizia, 2 febbraio 2023, cit., [punto 16](#), mio il corsivo; cfr. anche il successivo [punto 31](#), dove si ribadisce che le Chiese stabilite in altri Stati membri che riconoscono istituti scolastici privati situati in Austria «non possono beneficiare di sovvenzioni a favore degli istituti di cui trattasi ai fini del pagamento dello stipendio del personale docente necessario all'attuazione dei programmi didattici di dette scuole», mio il corsivo).

In realtà, come si è chiarito più sopra e come precisato anche nelle Conclusioni dell'Avvocato generale (*Conclusioni dell'Avvocato generale N. Emiliou* presentate il 7 luglio 2022, cit., [punto 63](#)), non sussiste alcun divieto di finanziamento, in quanto le scuole confessionali non affiliate a chiese o comunità religiose riconosciute rientrano nel calderone delle «altre scuole private». Cfr. B. SCHINKELE, *The application of the freedom of religion principles of the European Convention on Human Rights in Austria*, in AA.VV., *Religious Freedom in the European Union*, a cura di A. Emilianides, Peeters, Leuven-Paris-Walpole MA, 2011, 69: «Section 17 Private School Act provides for a subsidy for human resources for private schools granted public law status and run by a legally recognized church or religious society (denominational private schools), in so far as certain requirements are fulfilled. In particular, the number of students per class may not be smaller than the normal number in a comparable public school. In contrast, other private schools under public law (non-denominational private schools) have no right to claim a subsidy towards the cost of personnel (Section 21 Private School Act). A subsidy may simply be granted on the basis of a discretionary decision of the administrative body according to the Federal Law on Finances». Come bene chiarito dal Giudice del rinvio (*Verwaltungsgerichtshof*, 1° giugno 2021, cit., [punto 41](#)), la differenza essenziale tra la scuola privata gestita dalla Confessione avventista richiedente il finanziamento e quella affiliata a una confessione riconosciuta in Austria è la *mancaza di un diritto alla sovvenzione (der fehlende Rechtsanspruch auf Subventionierung)*, che consiste nel finanziamento dei posti di insegnamento.

<sup>33</sup> Cfr. Corte di giustizia UE, sez. I, 11 giugno 2015, C-98/14, *Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató kft e altri c. Magyar Állam*, [punti 58 ss.](#)

<sup>34</sup> *Verwaltungsgerichtshof*, 1° giugno 2021, cit., [punto 45](#).

<sup>35</sup> La prima questione pregiudiziale risulta formulata in *Gazz. Uff.* nei precisi termini seguenti: «Se, alla luce dell'articolo 17 TFUE, rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e, in particolare, dell'articolo 56 TFUE, una situazione in cui un'associazione religiosa riconosciuta e stabilita in uno Stato membro dell'Unione europea chieda, in un altro Stato membro, sovvenzioni a favore di una scuola privata da essa riconosciuta come confessionale e che viene gestita in tale altro Stato membro da un'associazione registrata in detto Stato membro conformemente al diritto dello stesso»; cfr. Corte di giustizia UE, 2 febbraio 2023, cit., [punto 18](#).

Ribadita nei fatti la correttezza della ricostruzione operata dal giudice del rinvio secondo cui i corsi resi da istituti scolastici finanziati prevalentemente con fondi privati costituiscono «servizi» e «attività economica» ai sensi del diritto dell'Unione, i Giudici di Lussemburgo chiariscono anzitutto che una tale qualificazione non viene meno una volta che l'istituto scolastico sia beneficiario del finanziamento pubblico. È vero che, a questo punto, l'attività della scuola non è più suscettibile della valutazione in termini economici di servizio reso dietro corrispettivo, ma ai fini della soluzione delle questioni sollevate dalla controversia in esame «l'unica circostanza rilevante è che la scuola privata per la quale è richiesta la sovvenzione possa essere considerata come esercente un'attività economica alla data in cui tale richiesta è presentata»<sup>36</sup>.

In secondo luogo, viene superato anche il dubbio prospettato dal giudice del rinvio in ordine alla tenuità del collegamento transfrontaliero della vicenda: per la Corte è sufficiente, a tal fine, la circostanza che la Confessione richiedente il finanziamento sia stabilita in uno Stato membro diverso da quello in cui è situato l'istituto scolastico che la prima riconosce come scuola confessionale, il che basta appunto a chiamare in causa le garanzie del diritto dell'Unione sulla libera circolazione<sup>37</sup>.

Se fin qui l'argomentare della Corte appare sufficientemente motivato e convincente, meno lineare appare la risposta al dubbio concernente l'incidenza della clausola di salvaguardia dello *status* riconosciuto dal diritto nazionale alle confessioni religiose di cui all'articolo 17 TFUE sulla specifica controversia.

Il senso complessivo del quesito posto dal giudice del rinvio era se l'articolo 17 TFUE fosse effettivamente applicabile a una situazione come quella di specie e, in caso di risposta affermativa a tale dubbio, quali effetti ne sarebbero derivati in fase di applicazione del diritto dell'Unione<sup>38</sup>. In certo senso la Corte dà invece per scontata l'applicabilità della norma dell'articolo 17 TFUE alla fattispecie considerata e, mantenendosi il più possibile fedele alla formulazione del quesito, ribadisce in sostanza che la predetta disposizione «non può essere invocata per sottrarre, in via generale, all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione l'attività delle Chiese o delle associazioni e comunità religiose qualora essa consista nella prestazione di servizi dietro remunerazione su un determinato mercato»<sup>39</sup>.

In pratica, si vuole così sottolineare che la disposizione dell'articolo 17 TFUE non ha la forza di «attrarre» completamente e *in via esclusiva* nel proprio campo di applicazione una attività delle chiese avente le accennate caratteristiche. Dalla risposta data alla prima questione pregiudiziale si ricava dunque per un verso che, in una controversia come quella in esame, ha senso invocare l'articolo 17 TFUE, fermo restando che l'effetto della disposizione non è quello di estromettere *completamente* la fattispecie dall'influenza del diritto dell'Unione concernente la libera prestazione dei servizi.

La risposta al quesito è tutta formulata *in negativo*, chiarendo cosa la disposizione dell'articolo 17 TFUE *non* comporta *in via generale*; l'applicabilità della norma resta, come si diceva, sottintesa, implicitamente assunta, per poi essere ripresa, come si vedrà a breve, nella risposta alla seconda questione pregiudiziale.

Deve essere parso superfluo in definitiva interrogarsi, adottando l'*iter* logico seguito in *Cresco Investigation*, se la materia del finanziamento delle scuole confessionali affiliate a chiese e comunità religiose legalmente riconosciute rientri nei «rapporti» tra lo Stato membro e le chiese stesse, e dunque goda della protezione offerta dalla clausola di salvaguardia di cui all'articolo 17 TFUE, attraverso la quale, secondo le stesse parole della Corte di giustizia, l'Unione esprime la propria neutralità «nei confronti dell'organizzazione, da parte degli Stati membri, dei loro rapporti con le

---

<sup>36</sup> Corte di giustizia UE, 2 febbraio 2023, cit., [punto 23](#).

<sup>37</sup> Corte di giustizia UE, 2 febbraio 2023, cit., [punto 24](#).

<sup>38</sup> *Verwaltungsgerichtshof*, 1° giugno 2021, cit., [punto 38](#): «Es wäre daher im Rahmen der ersten Vorlagefrage zu klären, ob Art. 17 AEUV tatsächlich auf einen Sachverhalt wie den vorliegenden anzuwenden ist und bejahendenfalls, welche Auswirkungen dies in Bezug auf die Anwendung des Unionsrechts hat». In pratica, l'art. 17 TFUE viene chiamato in causa sia nella prima questione pregiudiziale sia nella seconda (nonostante in quest'ultima non risulti espressamente menzionato).

<sup>39</sup> Corte di giustizia UE, 2 febbraio 2023, cit., [punto 19](#).

chiese e le associazioni o comunità religiose»<sup>40</sup>. È del resto proprio per questo tipo di materie che la norma dell'articolo 17 TFUE era stata pensata, sin dalla sua versione iniziale contenuta nella Dichiarazione n. 11 allegata al Trattato di Amsterdam<sup>41</sup>; né essa appare eversiva rispetto a struttura e obiettivi dell'ordinamento dell'Unione, notoriamente in perenne tensione tra esigenze di «armonizzazione» e salvaguardia del «pluralismo» (come espresso dalle diverse realtà nazionali), limitandosi in fondo a imporre di tener conto della varietà culturale dell'approccio ai problemi della libertà religiosa tipica delle tradizioni costituzionali degli Stati d'Europa.

È in ogni caso abbastanza singolare che l'asserto della Corte risulti sorretto unicamente dal riferimento al precedente *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, nella cui intera motivazione (non solo, dunque, nei punti esplicitamente richiamati), chi volesse approfondire la questione non riuscirebbe a individuare neppure un minimo cenno alla disposizione citata.

Il silenzio della Corte sull'articolo 17 TFUE in quella occasione era, peraltro, apparso alquanto sorprendente a fronte delle articolate considerazioni svolte sul punto dall'Avvocato generale<sup>42</sup>, che, nelle sue conclusioni, aveva sottolineato la «dimensione nuova» di quella controversia, «in quanto tocca, in definitiva, il rapporto tra Stato e Chiesa cui il diritto primario dell'Unione presta, con l'articolo 17 TFUE, particolare attenzione»<sup>43</sup>, ribadendo che «nell'interpretare e applicare il diritto dell'Unione» lo *status* delle Chiese «deve essere rispettato e non può essere pregiudicato»<sup>44</sup>. Sempre secondo l'Avvocato generale, se si «volesse ricondurre in blocco l'attività svolta dalle chiese nell'ambito sociale, culturale o educativo, alla normale attività economica, si negherebbe il carattere peculiare delle attività di cui trattasi e, così facendo, in definitiva, anche il particolare status delle chiese»<sup>45</sup>.

#### 4. La posizione della Corte di giustizia riguardo alla concreta incidenza sulla materia controversa delle garanzie del libero mercato all'interno dell'Unione europea

Sulla base delle accennate premesse, (anche) nell'esame della seconda questione pregiudiziale non si poteva prescindere dal riservare un adeguato rilievo al principio sancito dall'articolo 17 TFUE.

A rigore, il giudice del rinvio, nel secondo quesito, non vi aveva fatto alcun cenno<sup>46</sup>, ma dall'insieme delle due questioni, come già accennato, si desumeva chiaramente che non ci sarebbe stato spazio per una lettura della vicenda condotta alla luce di una considerazione (esclusiva del principio di cui all'art. 17 TFUE o a sua volta) esclusiva dei principi del diritto dell'Unione concernenti le garanzie del libero mercato. Salvo valorizzare quanto – in via principale e, invero, senza alcuna esitazione<sup>47</sup> – era stato prospettato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni, ossia che una confessione, già nel momento in cui richiede di potere accedere al finanziamento pubblico per la scuola affiliata, si pone fuori dalle regole comunitarie concernenti la libera prestazione dei

---

<sup>40</sup> Corte di giustizia UE, 22 gennaio 2019, cit., [punto 33](#). Analogo criterio seguirà Corte di giustizia UE, 13 gennaio 2022, cit., [punti 50-51](#).

<sup>41</sup> Cfr. diffusamente A. LICASTRO, *Unione europea*, cit., 121 ss.

<sup>42</sup> Cfr. A. LICASTRO, A. RUGGERI, *Diritto concordatario versus diritto eurounitario*, cit., 3 s.

<sup>43</sup> *Conclusioni dell'Avvocato generale J. Kokott* presentate il 16 febbraio 2017 nella causa C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania c. Ayuntamiento de Getafe*, [punto 4](#).

<sup>44</sup> *Ibidem*, [punto 33](#) (corsivo presente nell'originale).

<sup>45</sup> *Ibidem*, [punto 45](#).

<sup>46</sup> La seconda questione pregiudiziale risulta così formulata in *Gazz. Uff.*: «Se l'articolo 56 TFUE debba essere interpretato nel senso che osta a una disposizione nazionale che prevede, come condizione per la sovvenzione di scuole private confessionali, che il richiedente sia riconosciuto come chiesa o associazione religiosa dal diritto nazionale».

<sup>47</sup> *Conclusioni dell'Avvocato generale N. Emiliou* presentate il 7 luglio 2022, cit., [punto 58](#): «Una conclusione diversa sarebbe [...] non soltanto difficilmente conciliabile con la definizione di “servizi” di cui all'articolo 57 TFUE [...] ma, soprattutto, estenderebbe in modo eccessivo l'ambito di applicazione delle norme sulla libera circolazione, ponendosi in tal modo in contrasto con la loro stessa ragion d'essere».

servizi: le norme dell'Unione concernenti tale materia, secondo questa ricostruzione, non possono essere invocate «in riferimento a un'attività economica nel caso in cui tale attività, per effetto della rimozione dell'asserita restrizione, perderebbe necessariamente il suo carattere»<sup>48</sup> (nel nostro caso, a seguito dell'ingresso della scuola nel sistema integrato pubblico/privato). Una soluzione, tuttavia, come si è già visto, disattesa dalla Corte di giustizia.

Accolta e operata dalla Corte una precisazione senza dubbio importante dal punto di vista concettuale – essendosi sostituito, da questo momento in poi, con il riferimento, tecnicamente più corretto, alla «libertà di stabilimento», quello, inesatto, alla «libertà di prestazione dei servizi»<sup>49</sup> – ma priva sostanzialmente di qualsiasi impatto sui risvolti più interessanti della vicenda in esame, si tratta ora di stabilire in che modo l'articolo 49 TFUE, «letto in combinato disposto con l'articolo 17, paragrafo 1, TFUE»<sup>50</sup>, incida sulla specifica controversia di cui trattasi.

Dal punto di vista dei *principi del libero mercato* all'interno dell'Unione può essere dato per pacifico che una situazione come quella in esame introduca delle restrizioni destinate a ripercuotersi negativamente su alcuni operatori del settore dell'istruzione. Altrettanto pacificamente deve ammettersi che la causa di queste restrizioni è da rinvenire nel fatto che un operatore professionale nel settore dell'istruzione avente sede in uno Stato membro non si vede riconosciuto in un altro Stato membro un particolare «*status* promozionale»<sup>51</sup> attribuito ad altri operatori professionali del medesimo settore dell'istruzione ivi stabiliti (nonostante tale operatore possieda sostanzialmente quello *status* ai sensi del diritto dello Stato membro di origine). Con l'ulteriore aggravante – se così si può dire – che quel riconoscimento implica (in qualche misura) ovvie ripercussioni sull'esercizio della libertà fondamentale di religione.

La Chiesa avventista tedesca si trova chiaramente “svantaggiata” rispetto alle confessioni riconosciute in Austria, non potendo, a differenza di queste ultime, rivendicare il diritto di beneficiare di finanziamenti a favore degli istituti scolastici a essa affiliati ai fini del pagamento dello stipendio del personale docente necessario all'attuazione dell'offerta didattica, con conseguente, palese, restrizione della libertà di stabilimento garantita dai trattati dell'Unione<sup>52</sup>.

Per altro, così come per la libera prestazione di servizi, anche per la libertà di stabilimento, secondo una giurisprudenza consolidata, una restrizione è ammessa a condizione, in primo luogo, di essere giustificata da una *ragione imperativa di interesse generale* (compresi i motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica di cui all'art. 52, par. 1, TFUE) e, in secondo luogo, di rispettare il *principio di proporzionalità*<sup>53</sup>. Relativamente alla vicenda considerata, quanto al primo punto, viene ritenuto pienamente valido dalla Corte di giustizia l'obiettivo perseguito dal legislatore nazionale di agevolare i genitori degli alunni nel godimento del diritto sancito dall'articolo 2 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU<sup>54</sup>, garantendo così anche una offerta qualitativamente elevata del servizio, in termini non dissimili da quanto era stato prospettato dallo stesso giudice del rinvio<sup>55</sup>.

---

<sup>48</sup> *Conclusioni dell'Avvocato generale N. Emiliou* presentate il 7 luglio 2022, cit., [punto 57](#).

<sup>49</sup> La Corte chiarisce a questo riguardo che «la scuola per la quale la Chiesa avventista tedesca richiede una sovvenzione si trova in Austria ed è gestita da un'associazione registrata in tale Stato membro, che assicura una presenza stabile e continuativa nel territorio di quest'ultimo. Pertanto, una situazione di questo tipo rientra nella libertà di stabilimento, garantita dall'articolo 49 TFUE, e non nella libera prestazione di servizi garantita dall'articolo 56 TFUE» (Corte di giustizia UE, 2 febbraio 2023, cit., [punto 26](#)). Sulla distinzione, cfr. la chiara precisazione fatta dall'Avvocato generale (*Conclusioni dell'Avvocato generale N. Emiliou* presentate il 7 luglio 2022, cit., [punto 30](#)).

<sup>50</sup> Corte di giustizia UE, 2 febbraio 2023, cit., [punto 27](#) (mio il corsivo).

<sup>51</sup> Per questa espressione, J. PASQUALI CERIOLO, *Accesso alle intese e pluralismo religioso: convergenze apicali di giurisprudenza sulla “uguale libertà” di avviare trattative ex art. 8 Cost., terzo comma*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), n. 26, 2013, 1 e *passim*.

<sup>52</sup> Corte di giustizia UE, 2 febbraio 2023, cit., [punti 31-32](#).

<sup>53</sup> Corte di giustizia UE, 2 febbraio 2023, cit., [punto 33](#).

<sup>54</sup> Corte di giustizia UE, 2 febbraio 2023, cit., [punto 36](#).

<sup>55</sup> Una più ampia indicazione di obiettivi «legittimi», alcuni dei quali riferiti ai requisiti per il riconoscimento delle confessioni, era stata individuata dall'Avvocato generale: *Conclusioni dell'Avvocato generale N. Emiliou* presentate il 7 luglio 2022, cit., [punti 71-72](#).



Il finanziamento delle scuole private confessionali è funzionale a quell'obiettivo, con conseguenti possibili restrizioni della libertà di stabilimento per quelle scuole che non sono inquadrare all'interno del modello di istruzione interconfessionale esistente in Austria. Resta da stabilire se la distinzione tra scuole confessionali affiliate a confessioni religiose «riconosciute» ai sensi della legge del 1874 e tutte le altre (scuole confessionali) sia una misura proporzionata (ossia idonea e non eccedente quanto necessario) a conseguire il predetto obiettivo.

Quanto al requisito della *idoneità* della misura, la Corte compie in pratica una valutazione di ragionevolezza e individua un criterio oggettivo (sostanzialmente consistente nella fruibilità delle azioni svolte da una confessione sufficientemente radicata nel territorio da parte di soggetti ulteriori rispetto alla ristretta cerchia dei fedeli e dunque, in questo senso, con risvolti di interesse generale ossia di rilevanza “pubblicistica”) che renda legittima la differenziazione di *status* riservata nel diritto interno austriaco rispettivamente alle confessioni riconosciute e a quelle prive di tale riconoscimento.

In relazione all'altro requisito la cui ricorrenza è anch'essa necessaria ai fini della proporzionalità della misura, ossia al suo carattere *non eccedente quanto necessario* al conseguimento dell'obiettivo, fa nuovamente capolino nell'argomentare della Corte il principio stabilito dall'articolo 17 TFUE, in forza del quale, in situazioni come quelle di cui al procedimento principale, l'articolo 49 TFUE, «non può essere interpretato nel senso che impone a uno Stato membro di riconoscere lo status di cui beneficiano dette Chiese, associazioni o comunità religiose in forza del diritto di altri Stati membri»<sup>56</sup>.

A commento di tali argomentazioni sviluppate dalla Corte, va anzitutto detto come appaia alquanto arduo individuare la ragione per la quale l'articolo 17 TFUE debba intervenire solo in relazione all'accertamento del requisito della necessità della misura e non invece in relazione all'accertamento degli altri requisiti atti a giustificare la restrizione alla libertà di stabilimento.

In secondo luogo, la Corte di giustizia non sembra avvedersi che il tipo di valutazioni da essa condotte al fine di accertare la ricorrenza del requisito della idoneità della misura, sebbene non prive di una loro intrinseca coerenza, sono però a essa precluse, perché rappresentano proprio quel tipo di apprezzamento, riservato allo Stato membro, che il principio di salvaguardia dello *status* nazionale riconosciuto alle confessioni religiose, di cui al già più volte menzionato articolo 17 TFUE, vieta di compiere. Al contrario, i Giudici di Lussemburgo si spingono addirittura a valutare il tipo di mezzo di prova di cui può avvalersi il gruppo confessionale, ai sensi della normativa austriaca, per dimostrare il séguito minimo di fedeli necessario al fine di ottenere il riconoscimento<sup>57</sup>.

Ancora più a monte, non è dato comprendere perché il principio appena richiamato, essendo esso stesso (ormai indiscutibilmente, a differenza di quanto avveniva per la Dichiarazione n. 11 allegata al Trattato di Amsterdam) parte del diritto primario dell'Unione europea, ed essendo formulato in forma prescrittiva e incondizionata («L'Unione rispetta e non pregiudica...»), non possa essere considerato come dotato dell'attitudine di giustificare direttamente una restrizione alla libertà di stabilimento. Il che, beninteso, non varrebbe a estromettere automaticamente e completamente i principi del diritto dell'Unione concernenti il governo del libero mercato dei servizi in presenza di un operatore affiliato a una confessione religiosa, principi che continuerebbero ad avere un loro rilievo, solo però in presenza di situazioni-limite – riflesso di una normativa o prassi nazionali che travalicassero il senso e la logica di una regolamentazione dei rapporti tra Stato e confessione tesa ragionevolmente a promuoverne la specifica libertà – nelle quali situazioni, ad esempio, il servizio offerto dagli enti delle confessioni religiose fosse del tutto privo di qualsiasi elemento di “infungibilità” rispetto a prestazioni analoghe offerte da altri operatori del libero mercato<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Corte di giustizia UE, 2 febbraio 2023, cit., [punto 41](#).

<sup>57</sup> Precisa al riguardo Corte di giustizia UE, 2 febbraio 2023, cit., [punto 44](#), che la disposizione del diritto austriaco «nella misura in cui non si limita a prevedere un unico mezzo di prova, attesta altresì la volontà del legislatore austriaco di non eccedere quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito dalla normativa nazionale».

<sup>58</sup> Sulla rilevanza, in controversie per molti aspetti analoghe a quella in esame, della caratteristica dell'«infungibilità» del servizio reso dalle confessioni religiose, cfr. M. MICCINESI, *L'incidenza del diritto comunitario sulla fiscalità degli enti e delle confessioni religiose*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), novembre 2010, 8. Non si trascuri che nella

## 5. Considerazioni conclusive

L'articolo 17 TFUE è quasi costantemente presente nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia sinora intervenuta in materia ecclesiastica. Forse però è la prima volta che si ricollegano a esso conseguenze concrete e un preciso effetto limitativo sulla portata di principi fondamentali del diritto dell'Unione in materia di libero mercato, sia pure con un approccio alquanto timido e attraverso un percorso argomentativo nel quale assume certamente un ruolo importante il principio sancito dall'articolo 2 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU. Un principio, quest'ultimo, che non tutti reputano per altro dotato dell'attitudine di giustificare il particolare *favor* riservato dall'ordinamento austriaco alle scuole confessionali paritarie affiliate a confessioni religiose riconosciute, e non di rado tacciato piuttosto di essere palesemente discriminatorio<sup>59</sup>. Una piccola "rivincita", dunque, se si vuole, rispetto alle diffuse letture dottrinali e giurisprudenziali "minimaliste", che in questi anni hanno spesso quasi del tutto svuotato la norma di qualsiasi significato pratico<sup>60</sup>, riducendola a semplice "proclama solenne" incapace di incidere sui concreti equilibri tra diritti ecclesiastici nazionali e sviluppo incessante del processo di integrazione europea. A parte la (presunta) debole

---

materia in esame si discute di legittimità di *finanziamenti selettivi* alle scuole private destinati a operare, per alcuni aspetti, in modo non dissimile dalle *agevolazioni fiscali selettive*.

<sup>59</sup> Si vedano sul punto, ad es., i rilievi critici di B. SCHINKELE, *The application of the freedom of religion principles of the European Convention on Human Rights in Austria*, cit., 68 ss. (in particolare 69 s.: «The argument used for justification that denominational private schools allow parents to educate their children in accordance with their religious beliefs as is required by the right expressed in Article 2 [...] ignores two points: first that religious convictions are covered, irrespective of the legal status of the religious community concerned, and second, that this right also covers philosophical convictions of a nonreligious character. So long as the clearly underprivileged (in terms of subsidies) non-denominational private schools satisfy a need or requirement of the population and have classroom numbers that accord with comparable public schools, then there is no "objective and reasonable justification" and there is a breach of the principle of equality and of the prohibition of discrimination»).

<sup>60</sup> Deve ascriversi a questo tipo di letture anche la tesi sostenuta dall'Avvocato generale (*Conclusioni dell'Avvocato generale N. Emiliou* presentate il 7 luglio 2022, cit., [punti 21-22](#)), il quale, interrogandosi sulla portata della norma, afferma che «l'Unione europea non possiede una competenza specifica ai fini della disciplina di questioni concernenti il funzionamento interno delle comunità religiose e il loro rapporto con gli Stati membri. Pertanto, spetta a ciascuno Stato membro, in linea di principio, definire il tipo di rapporti che intende intrattenere con le comunità religiose e, a tal fine, adottare norme che disciplinino questioni quali, ad esempio, lo status giuridico e la portata dell'autonomia delle comunità religiose, il loro finanziamento, nonché qualsiasi status speciale riconosciuto ai loro ministri di culto o al loro personale»; «Ciò non significa, tuttavia, che tali organizzazioni non debbano rispettare le norme dell'Unione ad esse eventualmente applicabili, né che gli Stati membri siano liberi di adottare normative ecclesiastiche incompatibili con il diritto dell'Unione. Infatti, anche quando agiscono in settori rientranti nella loro competenza, gli Stati membri sono tenuti a esercitare tale competenza nel rispetto del diritto dell'Unione e a rispettare gli obblighi per essi derivanti dal diritto dell'Unione».

Se bene intendo il pensiero dell'Avvocato, il significato della norma dell'art. 17 TFUE sarebbe quello di ribadire la piena vincolatività del diritto dell'Unione anche per quanto riguarda la disciplina nazionale delle relazioni tra Stato e confessioni religiose (la materia, per intenderci, che in Italia ricade negli artt. 7, secondo comma, e 8, terzo comma, Cost.), salva l'incompetenza dell'Unione a intervenire normativamente nella suddetta materia (stipulando, ad esempio, concordati con la Chiesa...) o in quella concernente l'autonomia delle medesime confessioni (art. 7, primo comma, e 8, secondo comma, Cost.). Come se, in definitiva, la salvaguardia dei principi di diritto ecclesiastico fissati al livello degli ordinamenti nazionali fosse stata stabilita «unicamente alla condizione che non faccia da intralcio all'affermazione del diritto sovranazionale», ossia che «non risulti comunque ostacolata l'avanzata del diritto dell'Unione nei territori degli Stati membri»: A. LICASTRO, A. RUGGERI, *Diritto concordatario versus diritto eurounitario*, cit., 27.

Deve per altro riconoscersi che lo stesso Avvocato non si manterrà, nel prosieguo delle sue Conclusioni, pienamente fedele a questa impostazione, giungendo ad affermare che «nessuna disposizione del diritto dell'Unione può essere interpretata nel senso che prevede un meccanismo di "riconoscimento reciproco" tra gli Stati membri per quanto concerne le comunità religiose»; «un siffatto principio priverebbe l'articolo 17, paragrafo 1, TFUE, in larga misura, del suo effetto utile, poiché *limiterebbe fortemente la libertà degli Stati membri di occuparsi delle comunità religiose come meglio intendono*» ([punto 81](#), mio il corsivo).

È poi appena il caso di segnalare che in questo tipo di argomentazioni nessuno spazio viene riservato alle garanzie di libertà religiosa di cui all'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e a quelle di non discriminazione per motivi religiosi.

efficacia prescrittiva della disposizione, la stessa logica «protezionistica»<sup>61</sup> a essa sottesa è parsa difficile da armonizzare col principio del primato e dell'applicazione uniforme del diritto dell'Unione, trascurando, tuttavia, (o non valorizzando adeguatamente la circostanza) che il principio sancito in quella disposizione è esso stesso *espressione diretta di quel diritto*, al più elevato livello delle fonti dell'ordinamento europeo. È quindi compito della giurisprudenza riservare alla disposizione il ruolo che le compete, in piena coerenza anche con altre indicazioni normative, rinvenibili nel diritto europeo, orientate decisamente nel senso della salvaguardia dei tratti caratteristici dei diritti ecclesiastici degli Stati membri dell'Unione<sup>62</sup>.

In Austria, come anche in Germania e praticamente nella totalità dei Paesi dell'Unione europea, vige un sistema di tutela della libertà dei gruppi confessionali che prevede *canoni di uguaglianza differenziati su diversi livelli*<sup>63</sup>. Se una distinzione si vuole, sotto questo profilo, cogliere tra il sistema austriaco e quello italiano, bisogna considerare (sorvolando su altre peculiari caratteristiche) che, nel primo caso, il trattamento di particolare favore riservato ad alcuni culti ha base esclusivamente unilaterale, dipendendo dal riconoscimento di uno *status* pubblicistico disposto con legge o con atto amministrativo, mentre in Italia fonte del trattamento di favore (a un livello pur sempre inferiore di quello occupato dalla Chiesa cattolica) sono piuttosto gli accordi stipulati dallo Stato con alcune confessioni religiose ai sensi dell'articolo 8, terzo comma, Cost. Sul fronte della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, questa in qualche caso ha considerato non ragionevolmente fondato il diverso livello di protezione assicurato in Austria dalla normativa del 1874 e dalla legge del 1998<sup>64</sup>; ma in altri casi ne ha riconosciuto la legittimità, ponendo piuttosto l'accento sulla circostanza che a tutti i gruppi, senza preclusioni discriminatorie, venga offerta concretamente la possibilità di aspirare a vedersi riconosciuto il particolare *status* pubblicistico previsto dalla legge<sup>65</sup>.

Più in generale, è andato consolidandosi negli ultimi tempi a Strasburgo un orientamento in base al quale la varietà dei modelli di tutela della libertà religiosa dei gruppi confessionali presenti nei Paesi del Consiglio d'Europa (e quindi anche dell'Unione) possa essere giustificata dalle rispettive *tradizioni storiche e costituzionali* e anche dalla *destinazione pubblica di determinate attività*, suscettibili di avere un impatto positivo anche oltre la cerchia limitata dei membri del gruppo<sup>66</sup>. È, quest'ultimo, un principio di diritto di cui chiaramente si coglie traccia nella motivazione della pronuncia della Corte di giustizia, che lo riferisce, come si è visto, alla materia dei corsi offerti dalle scuole private confessionali. Molta maggiore cautela va invece adottata, sempre secondo la Corte di Strasburgo, quando in gioco sono vantaggi relativi ad attività di carattere strettamente confessionale non legate a una qualche forma di cooperazione con lo Stato in attività di interesse pubblico<sup>67</sup>.

La Corte di giustizia, in definitiva, sembra ora sottoscrivere questo tipo di impostazione, riconoscendo come sostanzialmente prevalente, sui principi eurounitari del libero mercato, le peculiarità nazionali riguardanti il trattamento delle confessioni religiose, almeno quando entrino in gioco i menzionati interessi di rilevanza pubblicistica e il trattamento differenziato tra i gruppi sia oggettivamente giustificato dal loro diverso radicamento sul territorio e dal più o meno consistente séguito dei loro fedeli.

---

<sup>61</sup> Definisce la clausola in esame come «clausola protezionistica», M. VENTURA, *Libertà religiosa e divieto di discriminazione nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. eccl.*, 2010, I, 491.

<sup>62</sup> A. LICASTRO, *Il diritto statale delle religioni*, cit., 254.

<sup>63</sup> È stato da tempo autorevolmente sottolineato in dottrina che il trattamento delle confessioni religiose nell'ambito dei Paesi dell'Unione europea, sebbene «tendenzialmente ugualitario, rivela, nella forma o nella sostanza, l'esistenza di diversi livelli di uguaglianza»: F. MARGIOTTA BROGLIO, *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'Unione Europea*, in F. MARGIOTTA BROGLIO, C. MIRABELLI, F. ONIDA, *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Il Mulino, Bologna, 1997, 182.

<sup>64</sup> Corte EDU, sez. I, [12 marzo 2009](#), ric. n. 42967/98, *Löffelmann c. Austria*.

<sup>65</sup> Per gli opportuni riferimenti, cfr. A. LICASTRO, *Il diritto statale*, cit., 88 s.

<sup>66</sup> A. LICASTRO, *Il diritto statale*, cit., 86 (dove, in nota, sono reperibili gli opportuni riferimenti).

<sup>67</sup> Corte EDU, sez. II, 8 aprile 2014, ric. n. 70945/11 e altri, *Magyar Keresztény Mennonita Egyház and others c. Ungheria*, [punti 114-115](#).

Silvia Filippi

## Gli ancora incerti contorni dell'omogeneità nella giurisprudenza costituzionale recente sul decreto-legge\*

**ABSTRACT:** *The essay analyzes the recent Italian Constitutional Court case law concerning law-decrees, with specific reference to the concept of homogeneity. The paper aims to identify whether it is possible detecting some recurring elements in the constitutional jurisprudence concerning law-decrees conditions, in order to identify the violations of the principle of homogeneity in the forthcoming judicial cases.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Verso l'emersione dell'omogeneità come parametro autonomo. – 3. La giurisprudenza costituzionale recente sul decreto-legge alla luce del criterio dell'omogeneità. – 3.1. Riflettere sull'omogeneità... anche quando non esplicitamente evocata. La [sentenza n. 8 del 2022](#). – 3.2. La "sovrapposizione" tra omogeneità materiale e finalistica nella [sentenza n. 245 del 2022](#). – 3.3. La [sentenza n. 6 del 2023](#). Ulteriori conferme. – 3.4. Il profilo dell'omogeneità del decreto-legge [nell'ordinanza di rimessione del Tribunale penale di Siena del novembre 2022](#). – 4. Riflessioni conclusive.

### 1. Premessa

Alcune recenti sentenze della Corte costituzionale offrono l'occasione per una riflessione sull'approccio della Consulta rispetto alla valutazione dell'omogeneità del decreto-legge e dell'omogeneità tra decreto-legge e legge di conversione, con l'obiettivo di trarre, a partire dagli elementi emersi dall'analisi, delle indicazioni sulla possibilità di intercettare una linea interpretativa in grado di gettare nuova luce su una giurisprudenza i cui contorni non appaiono ancora nettamente definiti.

Sebbene siano ormai trascorsi più di dieci anni dalle decisioni che hanno sancito l'estensione della sindacabilità alla «evidente mancanza» dei presupposti<sup>1</sup>, sono a più riprese emerse una serie di difficoltà nel rintracciare un «test di scrutinio»<sup>2</sup> chiaro, che consenta di vagliare, in particolare, l'omogeneità della legge di conversione rispetto al decreto-legge, che integri o superi quello «tradizionale», affermatosi a partire dalla giurisprudenza della metà degli anni Novanta<sup>3</sup>, diretto a valutare l'estraneità o meno dei contenuti del decreto-legge rispetto all'epigrafe, al preambolo, alla relazione al disegno di legge di conversione e, di recente<sup>4</sup>, al carattere ordinamentale o di riforma della norma.

La Corte costituzionale, a partire dalla [sentenza n. 22 del 2012](#), ha fatto ricorso, in una molteplicità di casi concernenti i limiti alla emendabilità del decreto-legge<sup>5</sup>, all'omogeneità come parametro di legittimità costituzionale autonomo. In primo luogo, è necessario distinguere il profilo dell'omogeneità del decreto-legge, pur presente nella decisione, dal profilo dell'omogeneità della legge di conversione rispetto al decreto-legge, relativamente al quale si rinvengono i maggiori



<sup>1</sup> Cfr. Corte cost., sentt. nn. [171 del 2007](#) e [22 del 2012](#), sebbene un'apertura in questo senso sia rinvenibile già in [Corte cost., sent. n. 29 del 1995](#), come rammenta la stessa Corte nella [sent. n. 171 del 2007](#), n. 4 del Considerato in diritto: «[...] questa Corte, con giurisprudenza costante dal 1995 [...] ha affermato che l'esistenza dei requisiti della straordinarietà del caso di necessità e d'urgenza può essere oggetto di scrutinio di costituzionalità».

<sup>2</sup> P. CARNEVALE, *Il vizio di "evidente mancanza" dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto- legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007*, in *Giur. it.*, 2007, 2684.

<sup>3</sup> A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, Padova, 1997, 425 ss.

<sup>4</sup> [Corte cost., sent. n. 186 del 2020](#).

<sup>5</sup> Seppur le implicazioni teoriche e gli sviluppi delle decisioni siano diversi, possono ritenersi riconducibili al filone giurisprudenziale della [sentenza n. 22 del 2012](#); [Corte cost., sentt. nn. 220 e 237 del 2013](#), [32](#) e [251 del 2014](#), [145](#) e [154 del 2015](#), [244 del 2016](#), [16](#), [169](#) e [170 del 2017](#), [5](#) e [137 del 2018](#), [33](#), [181](#), [226](#) e [247 del 2019](#), [115](#), [149](#) e [186 del 2020](#), [30 del 2021](#), [8](#) e [245 del 2022](#), e [6 del 2023](#).

elementi di innovazione, sebbene la stessa Corte costituzionale non li abbia esplicitamente definiti<sup>6</sup>. Quanto all'omogeneità di contenuto del decreto-legge, prevista dalla legge ordinaria, e nello specifico dall'articolo 15 della legge n. 400/1988<sup>7</sup>, la Corte ha affermato che esso «costituisce esplicitazione della ratio implicita nel secondo comma dell'articolo 77 Cost., il quale impone il collegamento dell'intero decreto-legge al caso straordinario di necessità e urgenza<sup>8</sup>». Quanto invece al presupposto del caso straordinario di necessità e urgenza, ha sottolineato che «inerisce sempre e soltanto al provvedimento inteso come un tutto unitario, atto normativo fornito di intrinseca coerenza, anche se articolato e differenziato al suo interno<sup>9</sup>». Articolazione che, tuttavia, non deve far venir meno la comunanza di oggetto o finalità tra le disposizioni contenute nel decreto-legge. L'assenza di tale omogeneità è assunta come sintomo della mancanza dei presupposti del decreto-legge e, a questo proposito, la Corte rinvia alla giurisprudenza con cui aveva esercitato il suo sindacato sui presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, rintracciando la loro evidente carenza<sup>10</sup>. Nel caso di specie, le norme impugnate non erano tuttavia contenute nel decreto-legge “mille-proroghe” originario, ma erano state introdotte in sede di conversione: ecco perché la Corte si sofferma sulla conversione del decreto-legge, giungendo a un approdo innovativo e non necessariamente presupposto nella sua giurisprudenza precedente. Sebbene, nel valutare l'omogeneità del decreto-legge, venga considerato «l'apprezzamento politico del singolo caso straordinario di necessità ed urgenza, operato dal Governo e controllato dal Parlamento<sup>11</sup>», si ritiene che il Parlamento possa emendare il decreto-legge, pur restando nell'ambito dei suoi medesimi oggetti o delle sue medesime finalità<sup>12</sup>, senza far venir meno il nesso di interrelazione funzionale tra decreto-legge e legge di conversione.

Dalla decisione del 2012 emerge in particolar modo la distinzione tra omogeneità materiale e finalistica, ma nel momento in cui la Corte mostra di accogliere l'ipotesi per cui le disposizioni materialmente disomogenee possono essere funzionalmente omogenee rispetto ai presupposti del decreto-legge, implicitamente si orienta verso la preminenza del secondo profilo sul primo. Ma si può affermare che tale tendenza si sia consolidata? E il ricorso al concetto di omogeneità, così flessibile e per certi versi indefinito, dal momento che viene utilizzato con accezioni non sempre coincidenti, non genera il rischio che si trasformi in un «asso piglia tutto<sup>13</sup>»?

Per queste ragioni, si cercherà di comprendere, analizzando i percorsi recentemente seguiti dal giudice costituzionale, se sia possibile o meno rintracciare delle variabili, dei percorsi, quanto alla determinazione dell'accoglimento o del rigetto delle questioni di legittimità costituzionale. A questo scopo saranno prese in esame le sentenze [n. 8<sup>14</sup>](#) e [n. 245 del 2022<sup>15</sup>](#) e la sentenza [n. 6 del 2023](#).

---

<sup>6</sup> G. FILIPPETTA, *L'emendabilità del decreto-legge e la farmacia del costituzionalista*, in [Rivista AIC](#), 4/2012, 30-31, nota che la Corte costituzionale stessa «elude - dando per scontato quello che scontato non è - il tema fondamentale della definizione del criterio dell'omogeneità».

<sup>7</sup> Cfr. in particolare il comma 3 dell'articolo 15 della legge n. 400/1988, in cui è previsto che i decreti-legge devono «contenere misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo». Il fatto che tale disciplina fosse contenuta in una legge ordinaria aveva peraltro ingenerato il dubbio che potesse imporsi alla decretazione d'urgenza (cfr. [Corte cost., sent. n. 391 del 1995](#), cons. in dir. punto 5).

<sup>8</sup> [Corte cost., sent. n. 22 del 2012](#), cons. in dir. punto 3.3.

<sup>9</sup> Ivi.

<sup>10</sup> Tale orientamento si fa risalire alla [sentenza n. 171 del 2007](#), a cui segue la [sentenza n. 128 del 2008](#). Su questi passaggi v. il par. successivo.

<sup>11</sup> [Corte cost., sent. n. 22 del 2012](#), cons. in dir. punto 4.

<sup>12</sup> [Corte cost., sent. n. 22 del 2012](#), cons. in dir. punto 4.2: «Ciò che esorbita invece dalla sequenza tipica profilata dall'articolo 77, secondo comma, Cost., è l'alterazione dell'omogeneità di fondo della normativa urgente, quale risulta dal testo originario».

<sup>13</sup> C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge. La decretazione d'urgenza come potere discrezionale vincolato*, Napoli, 2018, 123 ss.

<sup>14</sup> Cfr. M. FRANCAVIGLIA, [Sulle traiettorie divergenti della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica sulla decretazione d'urgenza. Un tentativo di analisi sinottica a margine di Corte cost., sent. n. 8 del 2022](#), in questa [Rivista 2022/II](#), 998 ss.; C. DOMENICALI, *A chi spetta l'onere di motivare i presupposti del decreto-legge? Riflessioni sulla sent. n. 8 del 2022 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio Costituzionale](#), 3/2022, 228 ss.; A. SPERTI, *La Corte*

L'analisi interesserà altresì [un'ordinanza di remissione del Tribunale di Siena del novembre del 2022](#)<sup>16</sup>, attualmente al vaglio della Consulta. Tale recente casistica offre uno spaccato interessante della giurisprudenza concernente l'articolo 77, comma 2, Cost., sia per la diversità delle questioni trattate, sia per la variabilità degli esiti, ad ulteriore prova della grande flessibilità del criterio dell'omogeneità, cui si è fatto ricorso in contesti il cui unico elemento in comune è spesso la complessità degli equilibri, che di volta in volta si creano tra Governo e Parlamento.

## 2. Verso l'emersione dell'omogeneità come parametro autonomo

Nonostante la Corte costituzionale abbia abbandonato, fin dalla metà degli anni Novanta, l'iniziale *self restraint* nel sindacare i presupposti del decreto-legge, ha continuato a registrarsi un ricorso massivo, in certi casi abusivo, a tale strumento<sup>17</sup>. Se, da una parte, non si può negare che la stabilizzazione del ricorso al decreto-legge abbia delle ragioni profonde, legate alla perdita di centralità del Parlamento rispetto al circuito di indirizzo politico e alla compressione dei tempi di decisione, indotta sia da dinamiche politiche interne che sovranazionali, dall'altra, i rimedi di carattere legislativo o politico, che avrebbero dovuto incentivare il Governo ad adottare decreti-legge omogenei e corrispondenti al titolo, oltre che a scoraggiarne l'abuso, sono apparsi insufficienti<sup>18</sup>.

Nel corso degli anni è andata altresì intensificandosi, a partire dalla Presidenza Ciampi, la funzione di controllo sui decreti-legge da parte del Capo dello Stato, che può svolgersi nelle diverse fasi di adozione del decreto-legge<sup>19</sup>. Solo in rarissimi casi il Presidente della Repubblica ha opposto

---

*costituzionale ritorna sul controllo sui vizi formali del decreto-legge. Riflessioni a margine della sent. n. 8 del 2022*, in [Nomos](#), 1/2022, 1 ss.

<sup>15</sup> Cfr. C. BERTOLINO, *La Corte costituzionale torna sui limiti all'emendabilità del decreto-legge in sede di conversione in legge*, in [Osservatorio Costituzionale](#), 2/2023, 253 ss.

<sup>16</sup> Cfr. G. L. GATTA, *Procedibilità a querela e rinvio della riforma Cartabia: sollevata questione di legittimità costituzionale*, in [Sistema Penale](#), 12 novembre 2022.

<sup>17</sup> A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996*, Milano, 2003, 308. Dopo [Corte cost., sent. 360/1996](#), il Governo si è adeguato rispetto alla dichiarazione di incostituzionalità della reiterazione, ma ha continuato a ricorrere ampiamente alla decretazione d'urgenza.

<sup>18</sup> Oltre all'articolo 15 della legge n. 400/1988, si consideri la funzione di "filtro" rispetto all'ammissibilità degli emendamenti, esercitata dai Presidenti di Assemblea, o il ruolo svolto dalla Commissione affari costituzionali e dal Comitato per la legislazione per garantire il rispetto delle regole sul decreto-legge (Articolo 78, comma 3, Reg. Senato; articolo 96-bis, comma 1, Reg. Camera) non sono sufficienti a garantire l'adozione, da parte del Governo, di decreti-legge in linea con il dettato costituzionale. Su tali questioni v. almeno G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989, spec. 176 ss., 256 ss.; A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 144 ss.; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*<sup>2</sup>, Torino, 2012, 151-152; N. LUPO, *L'omogeneità del decreto-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile, ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa*, in G. D'Elia, G. Tiberi, M. P. Viviani Schlein (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Milano, 2012, 425 ss.; C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge*, cit., 87-88.

<sup>19</sup> Il Presidente della Repubblica può esercitare la funzione di controllo: al momento dell'emanazione del decreto-legge (articolo 87, comma 5, Cost.); in sede di promulgazione della legge di conversione (articoli 73, 74 e 87, comma 5, Cost.) e, sebbene si tratti di un'opzione più teorica che effettiva, al momento dell'autorizzazione alla presentazione del disegno di legge di conversione alle Camere (articolo 87, comma 4, Cost.). Fra i numerosi lavori su tali profili v. almeno: P. FALZEA, *Il rinvio delle leggi nel sistema degli atti presidenziali*, Milano, 2000; I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, Milano, 2011; A. SPERTI, *Il decreto-legge tra Corte costituzionale e Presidente della Repubblica dopo la seconda svolta*, in M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, 2011, spec. 11 ss.; G. PICCIRILLI, *Il Presidente della Repubblica alle prese con un nodo ancora non sciolto della Corte costituzionale: l'"omogeneità" della legge di conversione*, ivi, 437 ss.; R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, in [Rivista AIC](#), 1/2011, 1 ss.; D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli, 2014; C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge*, 88 ss.; D. CASANOVA, *Il rinvio presidenziale delle leggi nell'esperienza costituzionale italiana*, in [Nomos](#), 1/2022, 3 ss., 18 ss.; G. COSTA, *Il controllo presidenziale sulla produzione normativa: la prima presidenza Mattarella nella prassi repubblicana*, in D. Paris (a cura di), *Il primo mandato di Sergio Mattarella*, Napoli, 2020, 217 ss.; G. LAURI, *La promulgazione con motivazione contraria nel primo mandato di Sergio Mattarella. Un bilancio, al tempo del "governo*

il rifiuto di emanazione<sup>20</sup>, mentre, soprattutto di recente, sono state preferite forme di *moral suasion*, quali i richiami – non ufficiali – al Governo al rispetto dei limiti costituzionali in materia di decretazione d’urgenza o le lettere di accompagnamento alla promulgazione di leggi di conversione<sup>21</sup>. In particolare, sia il Presidente Napolitano che il Presidente Mattarella hanno preferito non rinviare i disegni di legge di conversione del decreto-legge nei casi in cui da ciò sarebbe conseguita l’impossibilità di convertire il decreto-legge entro i sessanta giorni previsti dall’articolo 77, comma 3, Cost<sup>22</sup>.

La promulgazione con motivazione contraria si è consolidata nella prassi<sup>23</sup>, anche perché rappresenta una “terza via” rispetto all’alternativa prospettata dall’articolo 74 Cost., tra promulgazione, anche in presenza di dubbi di costituzionalità relativi a specifiche parti, e mancata promulgazione<sup>24</sup>. I Presidenti della Repubblica, negli ultimi tempi, hanno in più occasioni manifestato attraverso queste lettere di accompagnamento alla promulgazione, che possono classificarsi quali forme, in senso lato, di *moral suasion*, coerenti con la natura politica della garanzia della Costituzione offerta dal capo dello Stato, un grande impegno nel promuovere il rispetto dei limiti alla emendabilità del decreto-legge e l’osservanza del requisito dell’omogeneità, in particolare per quanto attiene alla conversione dei decreti “milleproroghe”<sup>25</sup>.

A questo proposito, particolarmente rilevante appare la [lettera del Presidente della Repubblica](#) ai Presidenti di Camera e Senato del febbraio scorso, che ha accompagnato la promulgazione della legge di conversione del decreto-legge n. 198 del 29 dicembre 2022, recante “Disposizioni urgenti

---

di tutti”, ivi, 249 ss.; M. FRANCAVIGLIA, [Sulle traiettorie divergenti della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica](#), cit., 998 ss.

<sup>20</sup> Un rinvio del presidente Pertini nel 1980; uno del Presidente Cossiga nel 1989; due rinvii del Presidente Scalfaro, nel 1993 e nel 1994; un rinvio del Presidente Napolitano nel 2009. Cfr. G. SERGES, *Il rifiuto assoluto di emanazione del decreto legge*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009, 469 ss.; E. STRADELLA, *Il controllo del Presidente della Repubblica sulla decretazione d’urgenza: fondamenti e prassi alla prova della crisi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2016; C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge*, cit., 89.

<sup>21</sup> Le prime promulgazioni con motivazioni contrarie risalgono alla presidenza Ciampi (lettera del 15 giugno 2002). Il Presidente Napolitano vi ha fatto ricorso cinque volte (lettera del 13 ottobre 2008, lettera del 9 aprile 2009, lettera del 22 maggio 2010, lettera del 22 febbraio 2011 e lettera del 10 agosto 2012), così come, fino ad ora, il Presidente Mattarella (lettera del 24 luglio 2018, lettera dell’8 agosto 2019, lettera dell’11 settembre 2020, lettera del 23 luglio 2021, lettera del 23 febbraio 2023).

<sup>22</sup> Secondo una parte della dottrina, il Presidente della Repubblica non potrebbe esercitare il rinvio delle leggi di conversione del decreto-legge, che si configurerebbe come un veto presidenziale (Cfr. in questo senso almeno: G. VIESTI, *Il decreto-legge*, Napoli, 1967, 170; V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, Milano, 1970, 349 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, 1976, 708). Secondo S.M. CICCONE, *Promulgazione e pubblicazione delle leggi*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1988, 115 ss.; C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enciclopedia del diritto*, XI Milano, 1962, 862, spec. nota 102, per cui il Presidente della Repubblica potrebbe rinviare se residuasse il tempo necessario ad approvare di nuovo la legge di conversione. Stando alla Costituzione, sembra però doversi ammettere la possibilità per il Presidente della Repubblica di rinviare qualsiasi legge di rango ordinario, non configurandosi, d’altra parte, un potere di veto. In quest’ultimo senso, cfr. V. ANGIOLINI, *Sulla legittimità costituzionale di un rinvio parziale di una legge ai sensi dell’art. 74 Cost. (con particolare riguardo ad emendamenti apposti in sede di conversione di un decreto-legge)*, in *Astrid*, 2008, 2 ss., R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, cit., 5; D. CHINNI, *Decretazione d’urgenza*, cit., 145 ss.

<sup>23</sup> Cfr. G. GALAZZO, *Sulla prassi ormai stabilizzata delle promulgazioni “con osservazioni”*, in particolare riferimento al caso del decreto “sicurezza-bis”, in *Nomos*, 1/2021, 1 ss.

<sup>24</sup> Di recente, S. CURRERI, *Sull’auto-attribuzione da parte del Presidente della Repubblica del potere di promulgazione parziale dei testi legislativi*, in [laCostituzione.info](#), 8 marzo 2023, è tornato sull’opportunità di percorrere fino in fondo questa strada, proponendo di riprendere l’ipotesi prospettata dal disegno di legge costituzionale A.S.797 presentato il 18 giugno 2008 (on. Ceccanti ed altri), con l’intento di modificare l’articolo 74 Cost., introducendo la promulgazione parziale. Favorevole a questa soluzione anche A. CELOTTO, [Si può rinviare alle Camere ex art. 74 Cost. una legge di conversione di un decreto-legge? \(Note minime sulla lettera del Pres. Mattarella rispetto alla legge di conversione del decreto-legge del 29 dicembre 2022 n. 198\)](#), in questa *Rivista*, 2023/1, 150.

<sup>25</sup> Cfr. D. CHINNI, *Decretazione d’urgenza*, cit., 288; G. FILIPPETTA, *L’emendabilità del decreto-legge e la farmacia del costituzionalista*, cit., 7 ss.; N. MACCABIANI, *Il Presidente Napolitano e la decretazione d’urgenza nella XVI legislatura*, ivi, 24 ss.; G. LAURI, *La promulgazione con motivazione contraria nel primo mandato di Sergio Mattarella*, cit., 249 ss.

in materia di termini legislativi”<sup>26</sup>. Il Presidente Mattarella ha constatato, in primo luogo, l'appartenenza del decreto-legge convertito alla tipologia dei “milleproroghe”, di cui, in particolare, la [sentenza n. 22 del 2012](#) aveva fissato i limiti di contenuto. Il capo dello Stato rammenta che, come confermato dalla giurisprudenza inaugurata dalla sentenza del 2012<sup>27</sup>, tali provvedimenti, quando, in fase di conversione, vengono integrati da emendamenti tali da far perdere la *ratio* unificatrice e ridotti a «meri contenitori dei più disparati interventi normativi», viene violato il requisito dell'omogeneità. Il riferimento al decreto-legge n. 198 del 2022 è chiaro, dal momento che, dopo l'esame parlamentare, presentava 205 commi aggiuntivi rispetto ai 149 originari<sup>28</sup>. La grande sensibilità istituzionale che caratterizza l'attuale Presidenza emerge, in particolar modo, nel passaggio in cui, dopo l'apprezzamento nei confronti dell'iniziativa del Presidente del Consiglio per limitare l'abuso della decretazione d'urgenza attraverso «un'adeguata capacità di programmazione legislativa da parte del Governo e di una corrispondente attitudine del Parlamento a consentire l'approvazione in tempi ragionevoli dei disegni di legge ordinaria», manifesta l'intento di «rimetter[si] alle determinazioni che il Parlamento e il Governo intenderanno assumere [...] nella loro autonomia costituzionalmente garantita [...] limit[andosi] a osservare come sia ormai evidente il carattere frammentario, confuso e precario della normativa prodotta attraverso gli emendamenti ai decreti-legge e come questa produca difficoltà interpretative e applicative».

In questa stessa direzione si pongono le recenti sollecitazioni rivolte dal capo dello Stato al Governo nel corso dell'iter di conversione del decreto-legge n. 34 del 2023, recante “misure urgenti a sostegno delle famiglie e delle imprese per l'acquisto di energia elettrica e gas naturale, nonché in materia di salute e adempimenti fiscali”, noto come “decreto bollette”<sup>29</sup>. Il provvedimento, prima del voto in aula alla Camera, è tornato in Commissione per essere corretto, a causa dell'inserimento di quattro emendamenti estranei rispetto alle finalità del provvedimento<sup>30</sup>. Dopo lo stralcio delle disposizioni eterogenee, il decreto-legge è stato quindi convertito in legge<sup>31</sup>, ma l'attenzione del Presidente della Repubblica rispetto al fenomeno dei “decreti omnibus” resta elevata, come dimostra, peraltro, la recente convocazione al Quirinale dei Presidenti di Camera e Senato<sup>32</sup>. In occasione della conversione in legge del “decreto bollette”, dalla Presidenza della Repubblica non è arrivata alcuna conferma di “intervento”, ma è stato sottolineato, come in altre situazioni, che la decisione di ammettere o meno gli emendamenti al decreto-legge spetta ai Presidenti di Camera e Senato<sup>33</sup>. Sebbene il ricorso alle lettere di accompagnamento alla promulgazione e, nel complesso, l'esercizio dei poteri presidenziali di *moral suasion* si sia rivelato piuttosto incisivo, va rilevato che, fino a questo momento, raramente si sono visti riflessi “diretti” nel senso della responsabilizzazione del Governo nel ricorrere al decreto-legge, senza neanche influire sulla configurazione di questa fonte. Le lettere di accompagnamento si limitano a contenere valutazioni sul merito o considerazioni sulle questioni di diritto costituzionale che di volta in volta si presentano.

---

<sup>26</sup> Cfr. A. CELOTTO, [Si può rinviare alle Camere ex art. 74 Cost. una legge di conversione di un decreto-legge?, cit., 149 ss.](#); S. CURRERI, [Sull'auto-attribuzione da parte del Presidente della Repubblica del potere di promulgazione parziale dei testi legislativi](#), cit.; M. PANEBIANCO, [Considerazioni minime sulla lettera del Presidente della Repubblica ai Presidenti delle Camere e del Consiglio in occasione della promulgazione della legge di conversione del decreto-legge del 29 dicembre 2022, n. 198](#), in questa [Rivista](#), 2023/I, 279 ss.

<sup>27</sup> Sono ricordate le [sentenze n. 247 del 2019](#) e [n. 32 del 2014](#).

<sup>28</sup> Il Presidente ricorda altresì, oltre alle promulgazioni motivate della precedente legislatura, la recente [sentenza n. 245 del 2022](#), su cui v. *infra*, par. 3.2

<sup>29</sup> *Il decreto Bollette sbatte contro i dubbi del Quirinale*, in [la Repubblica](#), 17 maggio 2023.

<sup>30</sup> I quattro emendamenti stralciati riguardavano: la creazione del Polo didattico dedicato alle vittime di Marcinelle, le visite dei parlamentari nelle carceri senza preavviso, le disposizioni a supporto degli investimenti dei fondi pensione nella capitalizzazione delle Pmi, le assunzioni dei ricercatori sanitari di Ircss e Izs (per cui, come segnalato dalla Ragioneria dello Stato, non ci sarebbero state coperture).

<sup>31</sup> Legge n. 56 del 2023.

<sup>32</sup> Cfr. *Mattarella convoca La Russa e Fontana, il costituzionalista Clementi: “Spetta ai presidenti delle Camere evitare i decreti omnibus”*, in [La Stampa](#), 26 maggio 2023.

<sup>33</sup> «Nessun intervento, la decisione di ammettere o meno spetta ai presidenti delle Camere», così riportato in *Stop a 4 articoli del decreto Bollette. Il testo torna in commissione. Le riserve del Quirinale*, in [La Stampa](#), 17 maggio 2023.



Del resto, non può essere diversamente, se si assume che il Presidente della Repubblica non eserciti un potere di controllo o di garanzia in senso proprio rispetto all'esercizio dei poteri normativi del Governo<sup>34</sup>, anche se i suoi richiami informali e le lettere motivate hanno in vario modo pesato sugli equilibri politici. Ulteriori indicazioni su come affrontare la problematica dell'omogeneità provengono però soprattutto dalla giurisprudenza costituzionale.

Le persistenti criticità nella messa a punto di un univoco concetto di omogeneità, in grado di dare un ordine alla giurisprudenza costituzionale concernente l'articolo 77, comma 2, Cost., possono farsi risalire alla giurisprudenza della c.d. «seconda svolta<sup>35</sup>» del 2007-2008. Nella [sentenza n. 171 del 2007](#) la Corte, affermando che è sindacabile il vizio di evidente mancanza dei presupposti, ma non quello di loro semplice mancanza, dimostra una grande attenzione nell'evitare un'ingerenza rispetto al rapporto di responsabilità politica che intercorre tra Governo e Parlamento, in cui le valutazioni di carattere politico occupano lo spazio maggiore. La Corte si muove infatti su un crinale diverso, nell'intento di ristabilire l'assetto delle fonti e quindi i limiti costituzionali, senza trascinare in valutazioni di merito politico.

La Corte precisa tale orientamento nella successiva [sentenza n. 128 del 2008](#), in cui, oltre ad affermare che la conversione del decreto-legge non può sanare l'evidente carenza dei requisiti, sottolinea che quest'ultima deve desumersi da elementi testuali interni o esterni al decreto. La portata di tale precisazione si fa però più sfumata per quanto attiene al requisito dell'urgenza, che assume un rilievo soggettivo e relativo. Il fulcro della decisione è quindi l'accertamento dell'evidente mancanza dei requisiti, che a sua volta poggia sull'omogeneità delle norme, «l'indice più sicuro cui fare capo<sup>36</sup>».

Il ricorso al concetto di omogeneità ha, tuttavia, comportato per la Corte una serie di problemi di natura sia teorica che pratica<sup>37</sup>: la flessibilità propria di tale categoria, adattata alla casistica più disparata, difficilmente consente di tracciare una netta linea di demarcazione, ad esempio escludendo radicalmente che una situazione straordinaria possa essere affrontata attraverso norme eterogenee o che si risponda a una pluralità di situazioni straordinarie contestuali attraverso norme ad esse rispondenti e quindi, per forza, tra loro eterogenee<sup>38</sup>.

Con la [sentenza n. 22 del 2012](#), la Consulta ha accolto le censure di una Regione concernenti la violazione dell'articolo 77, comma 2, Cost.<sup>39</sup>, dal momento che le disposizioni impugnate erano state introdotte per mezzo di emendamenti approvati in sede di conversione, intervenendo sui rapporti finanziari tra Stato e Regioni in materia di protezione civile, non riguardo a specifiche situazioni, bensì «in via generale e ordinamentale», riconoscendo l'illegittimità costituzionale della palese estraneità delle norme impugnate rispetto all'oggetto e alle finalità del decreto-legge «milleproroghe». Sebbene un'autonoma valorizzazione della disomogeneità come vizio del decreto-

---

<sup>34</sup> In questo senso v. almeno M. LUCIANI, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione)*, in [Rivista AIC](#), 2/2017, spec. 8 ss.; C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge*, cit., 95.

<sup>35</sup> Cfr. A. SPERTI, *Il decreto-legge tra Corte costituzionale e Presidente della Repubblica dopo la seconda svolta*, cit., 3 ss.

<sup>36</sup> Così A. RUGGERI, «Evidente mancanza» dei presupposti fattuali e disomogeneità dei decreti-legge (a margine di Corte cost. n. 128 del 2008), al [sito](#) dell'AIC, 30 maggio 2008.

<sup>37</sup> R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*<sup>2</sup>, cit., 150.

<sup>38</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Ancora in tema di decreti-legge e leggi di conversione, ovvero di taluni usi impropri (e non sanzionati) degli strumenti di normazione (a margine di Corte cost. nn. 355 e 367 del 2010)*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), critico sulla giurisprudenza della «seconda svolta» in quanto, pur avendo escluso che il Parlamento potesse sfruttare il procedimento di conversione per intervenire radicalmente sul del decreto-legge, la Corte non interviene nel merito della prassi che ha reso il decreto-legge un «disegno di legge 'motorizzato'», facendone uno strumento di co-legislazione e di co-decisione politica, ma anche di negoziazione tra forze politiche.

<sup>39</sup> Sulla questione dell'impugnabilità di un decreto-legge da parte delle Regioni cfr. almeno: M. FRANCAVIGLIA, *Decretazione d'urgenza e rispetto del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale. Cronaca della sentenza della Corte costituzionale n. 22 del 2012*, in [Rivista AIC](#), 2/2012, 1 ss.; E. LAMARQUE, *I profili processuali. Ricorsi regionali e violazione delle norme costituzionali sulle fonti del diritto*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2012, 2487 ss. L'unico precedente di accoglimento di un ricorso presentato da una Regione per violazione dell'articolo 77 Cost. è stata la [sentenza n. 302 del 1988](#) (in tema di reiterazione).

legge fosse precedentemente emersa, seppur *in nuce*<sup>40</sup>, è solo con la [sentenza n. 22 del 2012](#) che può dirsi inaugurato un nuovo filone giurisprudenziale, non necessariamente presupposto nella giurisprudenza della “seconda svolta”. La [sentenza n. 22](#) si focalizza sulla conversione in legge del decreto-legge, occupandosi solo di riflesso della decretazione d’urgenza in sé. In particolare, vi si afferma che le modificazioni apportate dalla legge di conversione rispetto al testo del decreto-legge devono rispettare il principio dell’omogeneità. Nel caso in cui gli emendamenti approvati dal Parlamento si presentino del tutto estranei al decreto-legge, questi saranno costituzionalmente illegittimi. L’illegittimità costituzionale non si deve quindi all’assenza dei presupposti di necessità ed urgenza, ma si concretizza in presenza di disposizioni eterogenee introdotte in fase di conversione.

La giurisprudenza sull’omogeneità del decreto-legge può essere letta come scrutinio sulla motivazione degli atti normativi poiché, in definitiva, i giudici si chiedono se sia legittima l’adozione con il medesimo atto di norme spesso tutt’altro che omogenee. Gli effetti di queste decisioni non insistono tanto sul mantenimento dell’omogeneità dei decreti-legge al momento dell’approvazione, su cui la Corte raramente si è espressa. Infatti, solo nelle sentenze [n. 171 del 2007](#) e [128 del 2008](#) si afferma che l’estraneità di una disposizione originaria del decreto-legge fonda una dichiarazione di incostituzionalità, in quanto indice della non sussistenza dei presupposti del decreto-legge. Nella [sentenza n. 22 del 2012](#)<sup>41</sup>, viene invece desunto dal principio di omogeneità che, nel caso in cui, secondo il giudizio politico del Governo, contenuti estranei alla *ratio* di un decreto-legge si fondino su presupposti autonomi di necessità e urgenza, allora questi avrebbero potuto essere accolti in atti normativi del Governo distinti e separati, poiché la commistione e sovrapposizione, nello stesso atto, di oggetti e finalità eterogenei, adottati sulla base di presupposti eterogenei, avrebbe contrastato con l’articolo 77 Cost.

La Corte ha successivamente affermato che il decreto-legge, qualora abbia un contenuto plurimo *ab origine* e preveda interventi eterogenei<sup>42</sup>, sia da ritenersi «fornito di una sua intrinseca coerenza», se le disposizioni presentino «una sostanziale omogeneità di scopo»<sup>43</sup>. Sotto questi profili, di particolare rilevanza appare la [sentenza n. 32 del 2014](#), concernente la legittimità costituzionale della norma che prevedeva l’equiparazione del trattamento sanzionatorio per i reati concernenti droghe “leggere” e “pesanti”, inserita, in un emendamento, in sede di conversione del decreto-legge n. 272 del 2005, i cui contenuti erano eterogenei *ab origine*<sup>44</sup>. Tale decisione conferma l’orientamento inaugurato nel 2012 in riferimento ai rapporti tra decreto-legge e legge di conversione, rimarcando, in particolare, l’atteggiarsi di quest’ultima come legge a competenza tipica, diretta a stabilizzare il decreto-legge, con cui intercorre un rapporto di presupposizione e di interrelazione funzionale, secondo una sequenza tipica che non consente l’immissione nel decreto di

---

<sup>40</sup> [Nell’ordinanza n. 294 del 2008](#) la Corte costituzionale aveva rilevato che il giudice rimettente, relativamente alla supposta violazione degli artt. 3 e 51 della Cost., aveva invocato come *tertium comparationis*, l’articolo 58, comma 1, lettera b), del decreto legislativo n. 267 del 2000, come modificato dall’articolo 7, comma 1, lettera a), del decreto-legge 29 marzo 2004, n. 80, convertito con modificazioni. La Corte, con [la sentenza n. 171 del 2007](#), mentre la questione anzidetta era pendente, aveva dichiarato l’illegittimità costituzionale della disposizione adottata dal giudice rimettente quale termine di paragone «per la sua evidente estraneità rispetto alla materia disciplinata dalle altre disposizioni del decreto-legge in cui è inserita», nonché per la evidente «carezza del requisito della straordinarietà del caso di necessità e d’urgenza di provvedere». Per questo, è stata disposta la restituzione degli atti al giudice rimettente.

<sup>41</sup> [Corte cost., sent. n. 22 del 2012](#), cons. in dir. punto 3.4.

<sup>42</sup> Cfr. [Corte cost., sent. n. 32 del 2014](#).

<sup>43</sup> [Corte cost., sent. n. 244 del 2016](#), cons. in dir. punto 3.2.2. In questo senso v. altresì [Corte cost., sent. n. 149 del 2020](#), cons. in dir. punto 6.3.

<sup>44</sup> [Corte cost., sent. n. 32 del 2014](#), cons. in dir. punto 4.4. In particolare, alle norme dettate da ragioni di necessità ed urgenza, dirette a non interrompere il trattamento terapeutico del tossicodipendente, si erano aggiunte ventiquattro norme di diritto penale sostanziale, introdotte tramite un maxi-emendamento su cui è stata posta la fiducia, in un momento in cui l’imminente dello scioglimento delle Camere impediva al Presidente della Repubblica di rinviare la legge di conversione.

disposizioni eterogenee. Anche se, secondo una parte della dottrina<sup>45</sup>, tale decisione si poneva in contrasto con la lettera della Costituzione e con la *ratio* dell'articolo 77 Cost., secondo un'altra lettura<sup>46</sup>, la Corte costituzionale in questo modo avrebbe cercato invece di tutelare le funzioni e il ruolo del Parlamento, in quanto l'approvazione di leggi di sistema non può avvenire tramite l'inserimento di emendamenti a decreti-legge aventi ad oggetto materie diverse.

In sintesi, la Corte costituzionale, a ragione della «interrelazione funzionale» tra decreto-legge e legge di conversione, riafferma la necessità che la seconda sia omogenea rispetto al primo, escludendo la possibilità di inserire nella legge di conversione «emendamenti del tutto estranei all'oggetto e alle finalità del testo originario<sup>47</sup>». La [sentenza n. 22 del 2012](#) getta quindi nuova luce anche sulla giurisprudenza inaugurata nel 2007-2008, dal momento che l'emendabilità in sede di conversione dipenderà dall'omogeneità del decreto-legge originario.

La Corte si emancipa però ben presto da una rigorosa valutazione dell'omogeneità<sup>48</sup>, individuando nel caso estremo della «evidente e manifesta mancanza di ogni nesso di interrelazione tra le disposizioni incorporate nella legge di conversione e quelle dell'originario decreto-legge<sup>49</sup>» una illegittimità costituzionale, generalmente quindi ammettendo l'emendabilità del decreto-legge in sede di conversione, anche se tali emendamenti fossero «di per sé non esenti da problemi rispetto al requisito dell'omogeneità<sup>50</sup>», stemperando quindi l'impostazione originaria della decisione del 2012<sup>51</sup>. Tale giurisprudenza dimostra, pur fra le oscillazioni che l'adozione di un parametro flessibile come quello dell'omogeneità comporta, la prevalenza del nesso funzionale rispetto a quello oggettivo-materiale<sup>52</sup>.

La [sentenza n. 22 del 2012](#), estendendo il sindacato alla legge di conversione, ha aperto una nuova strada, come dimostrato dall'aumento dei ricorsi per violazione dell'articolo 77, comma 2, Cost., concernenti i decreti-legge e le successive leggi di conversione. Va comunque osservato, che tale importante decisione si colloca in un momento storico caratterizzato dalla crisi economico-finanziaria e il contenuto dei decreti-legge adottati in quegli anni si caratterizza per una serie di misure di risposta alla crisi, o che comunque danno seguito ad impegni assunti in sede europea. È in questa fase che la Corte costituzionale fa ricorso all'«argomento della crisi<sup>53</sup>» e, in diverse

<sup>45</sup> G. FILIPPETTA, *La sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, ovvero dell'irresistibile necessità e dell'inevitabile difficoltà di riscrivere l'art. 77 Cost.*, in [federalismi.it](#), 11 luglio 2014, 1.

<sup>46</sup> G. M. FLICK, *Decreto-legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in [federalismi.it](#), 11 luglio 2014, 4 ss. La legge di conversione può introdurre emendamenti purché non siano eterogenei in termini di *ratio*, contenuto o struttura rispetto al decreto-legge. La Corte, nel caso di specie, ha rilevato l'eterogeneità, in primo luogo, a partire dalle rubriche, anche quelle dei decreti legge, il d.l. n. 272 del 2005 indica il contenuto del provvedimento come «Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi». In sede di conversione viene aggiunto «e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309». Inoltre, il Comitato per la legislazione della Camera dei Deputati aveva dato parere contrario sulle disposizioni introdotte. La Corte ha anche sottolineato la necessità che una modifica sistematica alla disciplina dei reati fosse preceduta da un dibattito parlamentare, di per sé incompatibile con i tempi imposti dal procedimento di conversione dei decreti-legge.

<sup>47</sup> [Corte cost., sent. n. 22 del 2012](#), cons. in dir. punto 4.2.

<sup>48</sup> Contrariamente a quanto auspicato, ad es., da N. LUPO, *L'omogeneità dei decreti-legge*, cit., 257.

<sup>49</sup> [Corte cost., sent. n. 145 del 2015](#), cons. in dir. punto 3.

<sup>50</sup> [Corte cost., sent. n. 32 del 2014](#).

<sup>51</sup> Cfr. G. FILIPPETTA, *L'emendabilità del decreto-legge*, cit., spec. 32 ss.; F. CERRONE, *Fantasmii della dogmatica. Sul decreto-legge e sulla legge di conversione*, in [federalismi.it](#), 15 luglio 2014, spec. 14 ss., piuttosto critici verso la [sent. n. 22 del 2012](#), che aveva parzialmente accolto le teorie dogmatiche dell'inemendabilità.

<sup>52</sup> C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge*, cit., 125. In questo senso possono farsi diversi esempi: cfr. [Corte cost., sent. n. 169 del 2017](#), in cui gli emendamenti sono ritenuti «specificazione dell'oggetto del provvedimento di urgenza»; [Corte cost., sent. n. 97 del 2019](#), in cui si afferma che gli emendamenti non incidono sulla «matrice funzionale unitaria» del provvedimento.

<sup>53</sup> Sull'«argomento della crisi» nella giurisprudenza costituzionale ed ulteriori riferimenti giurisprudenziali cfr. M. BENVENUTI, *La Corte costituzionale*, in F. Angelini, M. Benvenuti (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica. Atti del convegno di Roma, 26-27 aprile 2012*, Napoli, 2012, 375 ss.; S. FILIPPI, *La giurisprudenza*

occasioni, per evitare di sovrapporsi alle decisioni politiche del Governo, assumerà un atteggiamento di *self restraint*, che si attenerà negli anni successivi. La Corte ha tuttavia sottolineato, anche di recente<sup>54</sup>, che è necessario evitare la sovrapposizione tra la valutazione politica operata dal Governo e, in sede di conversione, dalle Camere e il controllo di legittimità costituzionale. Per questa ragione, il controllo operato dalla Corte costituzionale deve limitarsi alla evidente mancanza dei presupposti o alla manifesta irragionevolezza o arbitrarietà, sulla base di indici intrinseci ed estrinseci, della relativa valutazione.

Come detto in apertura, si cercherà ora di analizzare, a partire dalle ultime sentenze pronunciate dalla Corte costituzionale, a dieci anni dalla “svolta” del 2012, le tendenze della giurisprudenza costituzionale in relazione al principio di omogeneità, interrogandosi sulla “resa” di tale parametro nei giudizi aventi ad oggetto la violazione dell’articolo 77 Cost.

### 3. *La giurisprudenza costituzionale recente sul decreto-legge alla luce del criterio dell’omogeneità*

Dopo aver ripercorso l’iter che ha portato all’emersione del criterio di omogeneità come parametro autonomo e le problematiche ad esso connesse, si esaminerà la giurisprudenza costituzionale più recente concernente la violazione dell’articolo 77 Cost. alla luce del criterio dell’omogeneità, con l’avvertenza che, fra i molteplici profili che ogni decisione della Corte costituzionale necessariamente involge, si privilegerà l’analisi di quelli più rilevanti per l’obiettivo del presente lavoro.

#### 3.1. *Riflettere sull’omogeneità... anche quando non esplicitamente evocata. La [sentenza n. 8 del 2022](#)*

Con la [sentenza n. 8 del 2022](#) la Corte costituzionale si è pronunciata su una questione di legittimità costituzionale concernente l’articolo 23, comma 1, del decreto-legge n. 76 del 2020, recante “Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale”, convertito, con modificazioni, nella legge n. 120 del 2020, che ha modificato il reato di abuso d’ufficio (articolo 323 c.p.)<sup>55</sup>. Il giudice rimettente, in particolare, censurava l’evidente mancanza dei presupposti del decreto-legge, a prescindere dal requisito di omogeneità<sup>56</sup>. Nonostante questo, la decisione è di interesse in quanto, da un lato, è comunque possibile trarre degli elementi per quanto riguarda il criterio dell’omogeneità, e, dall’altro, si rileva che la Corte, per come è stata posta la questione, avrebbe avuto modo di riflettere sulla natura del decreto-legge, riposizionandosi nel suo ruolo di valutazione dei presupposti rispetto al sindacato di costituzionalità, sebbene sia di nuovo rimasta sulla soglia di tali valutazioni<sup>57</sup>.

---

*costituzionale tra congiuntura economica ed evoluzione del sistema delle fonti: verso l’affermazione dell’“argomento della crisi”?*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2020, 1590 ss. Sul tema specifico del “costo” delle pronunce della Corte costituzionale in tempi di crisi: M. TROISI, *Il costo delle decisioni. Attività istruttoria e governo dell’impatto finanziario nei giudizi costituzionali*, Napoli, 2017.

<sup>54</sup> Cfr. [Corte cost., sentt. 186 del 2020](#), cons. in dir. punto 3.1; e [n. 33 del 2019](#), cons. in dir. punto 6.3.1.

<sup>55</sup> La riforma del reato di abuso d’ufficio ha generato un ampio dibattito, di cui in questa sede non è possibile dar conto. V. almeno le considerazioni di G.L. GATTA, *Da “spazza-corrotti” a “basta paura”: il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell’abuso d’ufficio, approvata dal Governo “salvo intese” (e la riserva di legge?)*, in [Sistema Penale](#), 17 Luglio 2020; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, in [Giurisprudenzapenale.com](#), 28 luglio 2020; B. BALLINI, *Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d’ufficio*, in [disCrimen](#), 10 agosto 2020.

<sup>56</sup> Il giudice *a quo* aveva altresì denunciato la violazione degli articoli 3 e 97 Cost., dal momento che la norma impugnata avrebbe circoscritto la rilevanza penale dell’abuso d’ufficio ad una casistica marginale, indebolendo la tutela dell’imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione, peraltro lasciando impunte le condotte più gravi. Tali censure sono dichiarate inammissibili, in quanto si risolverebbero in una richiesta di sentenza *in malam partem* in materia penale, intervento precluso alla Corte costituzionale.

<sup>57</sup> C. DOMENICALI, *A chi spetta l’onere di motivare*, cit., 230 ss.

La Corte costituzionale, nel corso della sua argomentazione, riconosce il carattere oggettivamente eterogeneo del decreto-legge in oggetto, orientando la sua analisi verso la valutazione del nesso funzionale, per lasciare invece sullo sfondo quello oggettivo-materiale<sup>58</sup>. Viene inoltre confermato che il sindacato sui presupposti è ora più limitato rispetto a quanto fosse al momento della svolta del 2007-2008, affermandosi che l'eterogeneità rispetto allo scopo deve mostrarsi «totalmente estranea» o «addirittura intrusa». La Corte allora ammette che la responsabilità penale per abuso di ufficio non viene menzionata nel titolo del provvedimento, che il preambolo richiama il tema ambiguamente e che la relazione al disegno di legge di conversione non contiene ulteriori indicazioni, ma il decreto-legge contiene «un complesso di norme eterogenee accomunate dall'obiettivo di promuovere la ripresa economica del Paese».

Come rilevato dalla dottrina<sup>59</sup>, la Corte introduce, a questo punto, una novità rispetto al tradizionale “test giudiziario”, valutando anche un elemento che non trova alcun riscontro testuale, né nel decreto-legge, né nella legge di conversione e neanche nella relazione alla legge di conversione. La Corte aggiunge infatti che il collegamento tra la norma che modifica l'articolo 323 c.p. con le finalità del decreto-legge va individuato nel contrasto alla c.d. burocrazia difensiva, fenomeno che, come affermato nella conferenza stampa di presentazione del decreto-legge dal Presidente del Consiglio, deve essere arginato attraverso disposizioni più chiare sulla delimitazione delle responsabilità penali degli amministratori, così da incentivare la ripresa del Paese<sup>60</sup>.

Quanto alla motivazione del presupposto del caso straordinario di necessità ed urgenza, la Corte respinge sinteticamente le censure del giudice rimettente, riprendendo l'argomentazione sul nesso finalistico che lega le norme del decreto e affermando infine che, nonostante quella del contrasto alla c.d. burocrazia difensiva non sia una misura di per sé collegata all'emergenza pandemica, risponda all'intento di arginare una giurisprudenza che aveva ampliato la sfera del reato di abuso d'ufficio, nella prospettiva «di far ‘ripartire’ celermente il Paese dopo il prolungato blocco imposto per fronteggiare la pandemia, che ha impresso ad essa i connotati della straordinarietà e dell'urgenza<sup>61</sup>». La Corte non si sofferma invece sull'assenza di riferimenti alla straordinarietà e all'urgenza nel preambolo e nella relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione, limitandosi a vagliarne la manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della relativa valutazione, così affermando che la valutazione effettuata dal Governo, adottando il decreto-legge, e dal Parlamento, in sede di conversione, non può ritenersi manifestamente irragionevole o arbitraria.

In questa decisione la Corte si inserisce nel filone giurisprudenziale inaugurato dalla [sentenza n. 22 del 2012](#), ma non sfugge che i criteri generalmente utilizzati per vagliare la legittimità costituzionale in questi casi vengano utilizzati con una certa flessibilità, nell'intento di non interferire con l'attuazione del programma politico del Governo.

### 3.2. La “sovrapposizione” tra omogeneità materiale e finalistica nella [sentenza n. 245 del 2022](#)

Con la [sentenza n. 245 del 2022](#), la Corte costituzionale ha accolto la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di cassazione, sezione quinta civile, relativa all'articolo 2, comma 2-*quater*, del decreto-legge “milleproroghe” n. 225 del 2010, aggiunto in sede di conversione nella legge n. 10 del 2011, nella parte in cui ha introdotto i periodi secondo e terzo del comma 5-*quinques* dell'articolo 5 della legge n. 225 del 1992. Il fatto curioso è che la Consulta sia tornata, esattamente dopo dieci anni dalla [sentenza n. 22 del 2012](#), a sindacare, assumendo come

---

<sup>58</sup> [Corte cost., sent. 8 del 2022](#), cons. in dir. punto 6.1: «per i decreti-legge *ab origine* a contenuto plurimo, quel che rileva è dunque il profilo teleologico, ossia l'osservanza della *ratio* dominante l'intervento normativo di urgenza».

<sup>59</sup> A. SPERTI, *La Corte costituzionale ritorna sul controllo sui vizi formali*, cit., 10.

<sup>60</sup> [Corte cost., sent. 8 del 2022](#), cons. in dir. punto 6.1: «‘Paura della firma’ e ‘burocrazia difensiva’, indotte dal timore di un'imputazione per abuso d'ufficio si tradurrebbero, in quanto fonte di inefficienza e immobilismo, in un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente».

<sup>61</sup> [Corte cost., sent. 8 del 2022](#), cons. in dir. punto 6.3.

parametro l'articolo 77, comma 2, Cost., una disposizione aggiunta in sede di conversione allo stesso decreto "milleproroghe" oggetto del giudizio di allora.

La disposizione impugnata prevede che, nel caso in cui, per far fronte alle spese connesse alla dichiarazione dello stato di emergenza non fosse bastato il fondo nazionale della protezione civile e si fosse rivelato necessario attingere al fondo di riserva per spese imprevedute, quest'ultimo avrebbe dovuto essere reintegrato attraverso un aumento dell'accisa sui carburanti, la cui determinazione sarebbe spettata al direttore dell'Agenzia delle dogane. Questo potere avrebbe potuto però essere esercitato in modo permanente e in diverse di situazioni di emergenza, e non limitatamente alle situazioni cui le disposizioni del decreto "milleproroghe" faceva riferimento.

La Corte costituzionale, dopo aver brevemente ricostruito il filone giurisprudenziale successivo alla [sentenza n. 22 del 2012](#)<sup>62</sup>, in particolare per quanto attiene al nesso di interrelazione tra emendamenti aggiunti in sede di conversione e decreto-legge originario, si è soffermata sulla peculiarità del decreto-legge "milleproroghe" e sulla sua «ratio unitaria» specifica. Nel caso di specie, la Corte rileva l'estraneità, per assoluto difetto di correlazione, delle disposizioni aggiunte in sede di conversione rispetto all'oggetto e alle finalità del decreto-legge, affermando che il contenuto della legge di conversione non deve risultare palesemente disomogeneo rispetto a quello del decreto-legge: l'emendabilità del decreto-legge sarebbe quindi limitata a «disposizioni che siano ricollegabili, dal punto di vista materiale o da quello finalistico [...] a quelle in esso originariamente contemplate<sup>63</sup>».

La Corte nega l'esistenza di un nesso di correlazione tra le norme impuginate e il decreto-legge originario, affermando che la misura introdotta in sede di conversione abbia carattere ordinamentale e attenga a «un oggetto nemmeno latamente considerato, *ab origine*, dal decreto-legge essenzialmente relativo alla proroga di termini<sup>64</sup>». Argomentando in questo senso, il giudice costituzionale mostra di non distinguere nettamente il nesso finalistico e quello oggettivo materiale dell'omogeneità, facendo sorgere il dubbio se tale "sovrapposizione" sia deliberata o derivi dalle persistenti problematiche di indefinitezza e flessibilità sottese al parametro dell'omogeneità. Non si riesce infatti a distinguere se la dichiarazione di illegittimità costituzionale sia scaturita dalla valutazione della "norme intrusive" rispetto alla *ratio* unitaria del decreto "milleproroghe" o rispetto alla unitarietà della materia disciplinata dal Governo. Tale evanescenza emerge anche quando la Corte nega qualsiasi nesso tra le norme impuginate e il riferimento, in epigrafe e nel preambolo del decreto-legge, alla «materia tributaria», poiché il meccanismo previsto avrebbe avuto delle conseguenze finanziarie "riflesse" rispetto all'oggetto principale dell'emendamento, concernente l'operatività del servizio civile nelle situazioni previste.

La Corte costituzionale, se, da una parte, riconosce gli elementi che accomunano il caso da cui è scaturita la [sentenza n. 22 del 2012](#) e il caso sottoposto nel 2022, non traspone «meccanicamente», come invece aveva auspicato il giudice rimettente, le valutazioni effettuate dieci anni prima, ma opera un approfondito vaglio, curandosi di sottolineare che le motivazioni allora espresse non hanno «portata generale<sup>65</sup>», così da non limitare il potere di emendabilità del Parlamento in sede di conversione del decreto-legge<sup>66</sup>. La Corte dimostra nuovamente la sua riluttanza a intervenire in un campo politicamente sensibile, come si evince anche dall'*obiter dictum* in cui afferma che

---

<sup>62</sup> [Corte cost. n. 245 del 2022](#), cons. in dir. punto 2.

<sup>63</sup> [Corte cost., sent. n. 245 del 2022](#), cons. in dir. punto 2.

<sup>64</sup> [Corte cost., sent. n. 245 del 2022](#), cons. in dir. punto 3.4. In particolare, la legge di conversione sarebbe intervenuta sull'articolo 5 della legge n. 225 del 1992, rubricato «stato di emergenza e potere di ordinanza» e relativo all'ambito della regolamentazione a regime del servizio della protezione civile, modificando i meccanismi ordinari di finanziamento della protezione civile, "spezzando", come affermato anche dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza di rimessione, il legame essenziale tra decretazione d'urgenza e potere di conversione. Il decreto-legge originario non riguardava il servizio di protezione civile, né avrebbe potuto ricavarci una "copertura" dall'epigrafe o dal preambolo del decreto-legge.

<sup>65</sup> [Corte cost., sent. n. 245 del 2022](#), cons. in dir. punti 1.3 e 3.3.

<sup>66</sup> Su questi passaggi v. le considerazioni di C. BERTOLINO, *La Corte costituzionale torna sui limiti all'emendabilità*, cit., 259 ss.

l'introduzione di norme che incidono sulla materia fiscale dovrebbe rispettare la riserva di legge prevista dall'articolo 23 Cost. e dal principio "no taxation without representation"<sup>67</sup>, implicitamente affermando l'inidoneità di una legge di conversione a questo scopo.

### 3.3. La [sentenza n. 6 del 2023](#). *Ulteriori conferme*

La [sentenza n. 6 del 2023](#) si pronuncia sui ricorsi n. 3 e 4 del 2022, presentati rispettivamente dalla Regione Toscana e dalla Regione Friuli Venezia Giulia, per sottoporre la questione di legittimità costituzionale concernente una serie di disposizioni<sup>68</sup> contenute nel decreto-legge n. 121 del 2021, recante "Disposizioni urgenti in materia di investimenti e sicurezza delle infrastrutture, dei trasporti e della circolazione stradale, per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, del Consiglio superiore dei lavori pubblici e dell'Agenzia nazionale per la sicurezza delle infrastrutture stradali e autostradali", convertito, con modificazioni, nella legge n. 156 del 2021.

Fra le diverse norme costituzionali asseritamente violate dalle disposizioni censurate, di cui non si può dar conto in questa sede, ai fini del lavoro è sicuramente necessario soffermarsi su quanto la Corte afferma in relazione alla presunta violazione delle norme concernenti la decretazione d'urgenza e, in particolare, dell'omogeneità.

In primo luogo, come in altre occasioni, la Corte ha ricostruito l'*iter* legislativo che ha portato all'adozione di tali disposizioni, concernenti norme di riforma della pianificazione portuale, in sede di conversione<sup>69</sup>. La Consulta ha dichiarato non fondate le doglianze delle Regioni relative alla lesione di competenze legislative e amministrative, regionali e comunali. Successivamente, ha dichiarato altresì la non fondatezza delle asserite violazioni dell'articolo 77, comma 2, Cost., e, per la sola Regione Friuli Venezia Giulia, dell'articolo 72, comma 1, Cost. Nel primo caso, le Regioni avrebbero lamentato la disomogeneità delle norme impugnate rispetto al decreto-legge, mentre, nel secondo, l'abuso del procedimento di conversione<sup>70</sup>.

In particolare, secondo le Regioni ricorrenti l'assenza di correlazione tra decreto-legge e legge di conversione risiederebbe nel fatto che il primo contenesse disposizioni attinenti solo agli investimenti e alla sicurezza del trasporto marittimo e non anche alle competenze amministrative in materia portuale, oggetto di una distinta proposta di legge. Il difetto di correlazione sarebbe stato inoltre confermato dalla mancanza di urgenza di norme di non immediata applicazione, ma che avrebbero regolato la futura pianificazione. La Corte, tuttavia, richiama la sua giurisprudenza recente, ribadendo la natura «funzionalizzata e specializzata» legge di conversione<sup>71</sup>, nonché che la violazione dell'articolo 77 Cost. è configurabile solo quando le disposizioni emendative siano totalmente «estrane» o «intruse», cioè tali da spezzare ogni nesso tra decreto-legge e legge di conversione, rimarcando che solo la palese estraneità delle norme impugnate rispetto all'oggetto e alle finalità del decreto-legge, oppure la evidente o manifesta mancanza di ogni nesso di interrelazione tra le disposizioni emendative e quelle dell'originario decreto-legge possono configurano una illegittimità costituzionale<sup>72</sup>.

Alla luce di questo, la Corte ritiene infondate le censure mosse dalle Regioni, sia analizzando il titolo, il preambolo e le disposizioni del decreto-legge; sia rilevando che tale decreto-legge contiene delle norme per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, tra i cui obiettivi in tema di «infrastrutture» (Missione 3) figura il potenziamento della competitività del sistema portuale. La Corte quindi ritiene che la riforma della programmazione dei sistemi portuali e della pianificazione

<sup>67</sup> [Corte cost., sent. n. 245 del 2022](#), cons. in dir. punto 3.4

<sup>68</sup> Articolo 4, comma 1-*septies*, lett. a), b), c) ed e), 1-*octies* e 1-*novies*, del decreto-legge n. 121 del 2021, convertito, con modificazioni, nella legge n. 156 del 2021.

<sup>69</sup> [Corte cost., sent. n. 6 del 2023](#), cons. in dir. punto 6.1.

<sup>70</sup> [Corte cost., sent. n. 6 del 2023](#), cons. in dir. punto 6.2.1.

<sup>71</sup> [Corte cost., sent. n. 6 del 2023](#), cons. in dir. punto 6.2.1. Il richiamo è a [Corte cost., sent. n. 245 del 2022](#), n. 210 del 2021 e n. 226 del 2019.

<sup>72</sup> La Corte cita rispettivamente le sentt., n. 251 del 2014; n. 22 del 2012; n. 154 del 2015; n. 247 e n. 226 del 2019.

dei porti, introdotta dalle disposizioni impugnate, non possa definirsi «del tutto estranea, per oggetto e finalità, all'originario intervento normativo in tema di sviluppo delle infrastrutture e dei trasporti<sup>73</sup>» e afferma che tale argomentazione valga a superare tutti gli altri argomenti delle ricorrenti, volti a censurare l'eterogeneità delle norme aggiunte in sede di conversione rispetto all'originario decreto-legge.

La Corte ritiene inoltre infondata la violazione dell'articolo 77 Cost., lamentata dalla Regione Friuli Venezia Giulia, in relazione alla inidoneità del decreto-legge a introdurre riforme di sistema. Secondo i giudici costituzionali, sebbene il decreto-legge modifichi la legge n. 84 del 1994, intervenendo sul riordino della legislazione in materia portuale, la riforma ha una portata innovativa parziale, che riguarda un ambito settoriale e pertanto può essere regolata con decreto-legge<sup>74</sup>.

Da ultimo, per meglio comprendere l'atteggiamento complessivo della Corte verso le dinamiche di esercizio del potere legislativo, si richiama anche quanto affermato in seguito alla denuncia, da parte della Regione Friuli Venezia Giulia, della violazione dell'articolo 72, comma 1, Cost. per radicale alterazione del procedimento ordinario di approvazione della legge<sup>75</sup>. Per la Corte la questione è anche questa volta infondata: in primo luogo, pur dichiarandosi competente a giudicare quanto al rispetto delle norme costituzionali sul procedimento legislativo, non ha competenza a pronunciarsi quanto al rispetto di quanto stabilito nei Regolamenti della Camera e del Senato, affermando infine che il fatto che la discussione e la votazione delle Assemblee si siano concentrate sull'articolo unico del disegno di legge di conversione del decreto-legge non configuri in sé una lesione dell'articolo 72 Cost<sup>76</sup>.

La Corte, nel complesso, sembra muoversi con una rinnovata prudenza, in linea con le ultime pronunce concernenti la decretazione d'urgenza, stringendo le maglie della sindacabilità dei presupposti del decreto-legge e sfruttando in questo senso la flessibilità offerta dal criterio dell'omogeneità, che le consente di non discostarsi apertamente dalla strada inaugurata dalla [sentenza n. 22 del 2012](#).

### 3.4. *Il profilo dell'omogeneità del decreto-legge [nell'ordinanza di rimessione del Tribunale penale di Siena del novembre 2022](#)*

Il Tribunale ordinario di Siena, in composizione monocratica, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 6 del decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162, recante “Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di entrata in vigore del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di obblighi di vaccinazione anti SARS-COV-2 e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali”, che ha inserito, dopo l'articolo 99 del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, l'articolo 99-bis (“Entrata in vigore”), secondo cui «Il presente decreto entra in vigore il 30 dicembre 2022», invece dell'originario 1° novembre 2022. In particolare, la disposizione impugnata differisce l'entrata in vigore della riforma della giustizia penale, nota come “riforma Cartabia”<sup>77</sup>.

Il decreto-legge n. 162 del 2022 rappresenta il primo provvedimento del nuovo Governo, appena insediatosi dopo le dimissioni di Draghi e le elezioni del 25 settembre del 2022<sup>78</sup>, intervenendo

<sup>73</sup> [Corte cost., sent. n. 6 del 2023](#), cons. in dir. punto 6.2.1.

<sup>74</sup> [Corte cost., sent. n. 6 del 2023](#), cons. in dir. punto 6.2.2. La Corte richiama le [sentt. n. 33 del 2019](#), [n. 99 del 2018](#) e [n. 287 del 2016](#), in cui è stata esclusa l'illegittimità costituzionale di alcuni interventi settoriali di riforma rispetto alla disciplina complessiva.

<sup>75</sup> [Corte cost., sent. n. 6 del 2023](#), cons. in dir. punto 6.2.3.

<sup>76</sup> Richiamando a supporto [Corte cost., sent. n. 237 del 2013](#) e n. [391 del 1995](#).

<sup>77</sup> G. L. GATTA, *Rinvio della riforma Cartabia: una scelta discutibile e di dubbia legittimità costituzionale. E l'Europa?* in [Sistema Penale](#), 31 ottobre 2022.

<sup>78</sup> Su questi passaggi, cfr. per tutti A. D'Andrea (a cura di), [La traiettoria del sistema parlamentare italiano. Il passaggio dalla XVIII alla XIX legislatura: dal governo c.d. istituzionale di Draghi al Governo Meloni](#), nel [fascicolo speciale 1/2023](#) di questa [Rivista](#).



pertanto in seguito ad una fase in cui il precedente Governo era in carica per gli affari correnti e le Camere sciolte<sup>79</sup>. Il decreto-legge, da una parte, rispondere quindi ad una serie di esigenze cui un Governo dimissionario non avrebbe potuto dar seguito, sebbene siano presenti anche misure di manifesta impronta politica, che possono essere lette come un segnale del cambio di rotta che il nuovo Governo vuole imprimere rispetto al precedente Governo “tecnico”. Il decreto-legge n. 162, oltre a differire l’entrata in vigore della “riforma Cartabia”, ha introdotto un nuovo reato contro i rave party<sup>80</sup>, ha regolato l’accesso ai benefici penitenziari per i condannati per reati ostativi, ha abolito l’obbligo vaccinale per i medici, reintegrando i medici non vaccinati e ha sospeso le multe per i no vax. L’approvazione di tale provvedimento si è peraltro svolta in un clima di forte contestazione da parte dell’opposizione: di fronte all’ostruzionismo, il Presidente della Camera aveva fatto scattare la controversa “ghigliottina”, interrompendo la discussione parlamentare e andando immediatamente al voto<sup>81</sup>.

Il Governo ha rinviato la “riforma Cartabia” attraverso l’articolo 6 del decreto-legge n. 162 del 2022, apportando una modifica correttiva, anche se, secondo l’articolo 1, comma 4 della legge delega n. 134 del 2021, l’introduzione di disposizioni correttive o integrative del decreto legislativo n. 150 del 2022 sarebbe dovuto avvenire mediante un ulteriore decreto legislativo, seguendo lo stesso iter del decreto legislativo n. 150 del 2022. In astratto, tale deroga rispetto al procedimento fissato nella legge di delega potrebbe fondarsi sui presupposti di necessità e urgenza alla base del decreto-legge. E quello relativo alla sussistenza dei presupposti del decreto-legge è proprio uno dei dubbi di legittimità costituzionale alla base dell’ordinanza di remissione<sup>82</sup>.

Il giudice *a quo* ha articolato la questione di legittimità costituzionale su tre diversi piani<sup>83</sup>, ma, ai fini del lavoro, appare di particolare rilevanza la presunta violazione dell’articolo 77, comma 2, Cost., per difetto dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza che «delimitano “l’ambito delle possibilità applicative costituzionalmente previste” della decretazione d’urgenza [...]; ambito, quindi, fuori dal quale non può legittimamente procedersi, da parte del Governo, all’adozione di provvedimenti provvisori con forza di legge»<sup>84</sup>. Il giudice rimettente richiama la giurisprudenza costituzionale sul sindacato sui presupposti e sulla omogeneità della legge di conversione rispetto al decreto-legge originario, asserendo l’illegittimità costituzionale delle norme impugnate<sup>85</sup>, in quanto manifestamente eterogenee sia sotto il profilo materiale, che sotto il profilo teleologico<sup>86</sup>.

---

<sup>79</sup> Cfr. G. LAURI, *La direttiva Draghi sul disbrigo degli affari correnti. Note minime*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2022; E. CHELI, *L’«ordinaria amministrazione» nelle crisi di governo*, in [il Mulino](#), 31 luglio 2022.

<sup>80</sup> L’articolo 5 del decreto-legge n. 162 del 2022, contenente la c.d. norma anti-rave, ha fin da subito destato un ampio dibattito. Per una panoramica delle problematiche legate a tale disposizione cfr. almeno D. PULITANO, *Penale party. L’avvio della nuova legislatura*, in [Giurisprudenza Penale Web](#), 11/2022, 7 novembre 2022; A. FUSCO, *Che fretta c’era? Le norme anti-rave nel primo decreto-legge del Governo Meloni*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2023, 159 ss.; D. CODUTI, *Luci e ombre della c.d. norma anti-rave dopo la sua conversione in legge*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2/2023, 98 ss.

<sup>81</sup> Cfr. *DI Rave, bagarre alla Camera: decisa la ghigliottina. Si vota subito e passa con 183 sì*, in [la Repubblica](#), 30 dicembre 2022, Così il Presidente della Camera: «la Presidenza della Camera, considerato che tutte le fasi di esame del provvedimento si sono svolte e considerato che, nell’ambito delle dichiarazioni di voto finale, tutti i gruppi hanno potuto esprimere le loro posizioni, si trova costretta, nell’esercizio delle responsabilità che l’ordinamento le affida, a porre direttamente in votazione il decreto Rave per assicurare che la deliberazione dell’Assemblea avvenga nei termini costituzionali».

<sup>82</sup> Il giudizio *a quo* verte su delitti che, anteriormente all’entrata in vigore della “riforma Cartabia”, erano perseguibili d’ufficio, mentre, dopo, sarebbero diventati perseguibili su querela di parte. Dal momento che, già dal 2019, la persona offesa aveva inteso rimettere la querela presentata, l’efficacia della causa di estinzione del reato è stata impedita dall’articolo 6 del decreto-legge n. 162 del 2022.

<sup>83</sup> Cfr. G.L. GATTA, *Procedibilità a querela e rinvio della riforma Cartabia: sollevata questione di legittimità costituzionale*, cit. La disposizione viene censurata anche in relazione agli articoli 73 Cost. e agli articoli 3 e 117, comma 1, Cost., di cui l’ultimo in relazione all’articolo 7, paragrafo 1, della CEDU e all’articolo 15, comma 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

<sup>84</sup> [Ordinanza di remissione del Tribunale di Siena, sez. penale, 11 novembre 2022](#), punto 4.1.

<sup>85</sup> [Ordinanza di remissione del Tribunale di Siena, sez. penale, 11 novembre 2022](#), punto 4.14, in cui il giudice rimettente rileva «tanto la palese eterogeneità delle norme raccolte nel decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162, quanto – e soprattutto – l’assoluta impossibilità di individuare una complessiva *ratio* ed un’unitaria finalità dell’intero

Il contenuto del decreto-legge è però *ab origine* eterogeneo, prevedendo, oltre alla clausola di invarianza finanziaria e all'entrata in vigore, norme in materia di benefici penitenziari nei confronti di detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, di entrata in vigore della riforma della giustizia penale, di obblighi di vaccinazione e di prevenzione e contrasto di raduni illegali. Il decreto-legge individua inoltre i presupposti di straordinaria necessità e urgenza nei moniti al legislatore rivolti dalla Corte costituzionale affinché fosse adottata una nuova normativa sui benefici penitenziari, così da rendere l'istituto conforme alla Costituzione; nella prevenzione e nel contrasto ai raduni da cui potesse derivare un pericolo per l'ordine pubblico o la pubblica incolumità o la salute pubblica; nel consentire una migliore programmazione degli interventi organizzativi di supporto alla riforma; nella necessità di regolare il ritorno alla normalità dopo la pandemia e affrontare le carenze numeriche del personale sanitario.

Secondo il giudice rimettente, tale decreto-legge, anche a fronte dell'analisi delle relazioni illustrativa e tecnica che accompagnano il disegno di legge di conversione e anche se fondato su autonomi presupposti di straordinaria necessità e urgenza, presenta «norme a tal punto tra loro eterogenee, quanto ad oggetto e finalità, da non potersi ricavare una finalizzazione unitaria delle stesse, né una complessiva *ratio* che giustifichi la valutazione fatta dal Governo dell'urgenza del provvedere, così risultando violata la previsione di cui all'articolo 77, secondo comma, della Costituzione»<sup>87</sup>.

Nel paragrafo successivo, cercando di mettere a sistema gli approdi della giurisprudenza recente di cui si è dato conto, si tenterà di ipotizzare quali strade potrebbe percorrere la Corte, ragionando in punto di omogeneità. Tuttavia, si rileva fin da ora, che l'eterogeneità *ab origine* di un decreto-legge, isolatamente considerata, non costituisce per sé una violazione dell'articolo 77, comma 2, Cost., e che, sul piano formale, i presupposti del decreto-legge appaiono esplicitati nelle sedi canoniche. A ciò si aggiunga che l'eterogeneità materiale del decreto-legge potrebbe essere, in astratto, ricondotta anche al fatto che il decreto-legge n. 162 del 2022, in quanto primo provvedimento del Governo Meloni, avrebbe dovuto rispondere alle molteplici esigenze a cui un Governo dimissionario non poteva provvedere. D'altra parte, è stato rilevato<sup>88</sup> che tali presupposti, che nel caso di specie dovrebbero anche fondare la deroga rispetto al procedimento fissato all'articolo 1 della legge delega n. 134 del 2021, sono indicati in modo piuttosto generico e, per quanto attiene alle disposizioni in materia di riforma penale, non si rintraccia un fatto nuovo che possa comprovare sopravvenute condizioni di urgenza tali da giustificare l'integrale differimento. Delle valutazioni di questo tipo si collocano però, innegabilmente, sul crinale della discrezionalità politica.

#### 4. Riflessioni conclusive

A dieci anni di distanza dalla [sentenza n. 22 del 2012](#), si ha l'impressione che la Corte, pur senza discostarsi apertamente dal tracciato, e senza clamorosi *revirement*, abbia seguito un percorso non proprio lineare, come tuttavia consentito dal riferimento a un parametro flessibile e plasmato dai

---

provvedimento decretizio, che sia in grado di abbracciare tutte le eterogenee norme in esso raccolte, tra le stesse non ravvisandosi alcuna coerenza, né dal punto di vista oggettivo-materiale, né dal punto di vista finalistico-funzionale».

<sup>86</sup> [Ordinanza di rimessione del Tribunale di Siena, sez. penale, 11 novembre 2022](#), punto 4.15.2: «Quanto al profilo oggettivo-materiale, pertanto, non vi è dubbio alcuno che l'intervento normativo in questione non sia affatto riconducibile ad una matrice unitaria: altro è infatti intervenire in materia di profilassi sanitaria, di emergenza pandemica e di tutela della salute pubblica, altro è invece provvedere in materia penale, incidendo così sui fondamentali diritti di libertà delle persone [...] la palese eterogeneità delle norme incluse nel decreto-legge in esame si coglie, soprattutto, dal punto di vista finalistico-funzionale, in nessun caso potendosi sostenere che i quattro interventi normativi sopra già enumerati siano riconducibili ad un'unica *"traiettoria finalistica portante"* [...] non è dato rinvenire alcuna unitaria finalizzazione delle eterogenee norme in esso raccolte, né può individuarsi una vera e propria omogeneità di scopo».

<sup>87</sup> [Ordinanza di rimessione del Tribunale di Siena, sez. penale, 11 novembre 2022](#), punto 4.22.

<sup>88</sup> Cfr. G. L. GATTA, *Rinvio della riforma Cartabia*, cit.

tempi quale l'omogeneità, cui di recente è stato fatto ricorso nei casi di palese estraneità delle norme rispetto all'oggetto o alla finalità del decreto-legge, circoscrivendo quindi la portata della sentenza del 2012, ma anche degli approdi della "seconda svolta".

Si potrebbe forse ritenere di essere di fronte a un ritorno all'atteggiamento di *self restraint* della Corte, che ha caratterizzato, in particolare, la fase anteriore a quella inaugurata nel 2007-2008, ma anche quella più grave della crisi finanziaria, in cui gli interventi caducatori parevano conformarsi al «canone della *extrema ratio*<sup>89</sup>». Questo atteggiamento emerge chiaramente nella [sentenza n. 245 del 2022](#), in cui la Corte accoglie la questione di legittimità costituzionale, ma si premura di sottolineare che il procedimento legislativo ordinario consente una partecipazione parlamentare più efficace del procedimento di conversione del decreto-legge. Il chiaro intento di non voler interferire con le scelte del Governo, specie quando le misure previste nei decreti-legge siano in qualche modo collegate al programma di ripresa post-pandemica, risulta invece evidente nelle sentenze [n. 8 del 2022](#) e [n. 6 del 2023](#). In tale ambito vengono infatti in rilievo, oltre ai variabili equilibri che ogni volta si raggiungono nelle dinamiche Governo-Parlamento, una serie di questioni legate agli impegni che, con l'adozione del PNRR, il Governo italiano ha assunto nei confronti delle istituzioni europee.

La giurisprudenza analizzata evidenzia, da una parte, quanto si dimostrino, in fondo, elastici i parametri utilizzati nell'ambito del test di scrutinio messo a punto a partire dal 2007-2008, in particolare nelle fasi, come quella attuale, in cui la Corte preferisce non interferire nelle dinamiche politiche e di conseguenza li considera in modo molto flessibile, attribuendogli un peso diverso o a volte prediligendo indici ulteriori rispetto a quelli consolidati; dall'altra, tale giurisprudenza evidenzia la difficoltà degli organi di garanzia – non solo la Corte costituzionale, ma anche il Presidente della Repubblica, che di recente ha privilegiato gli interventi informali o la "terza via" della promulgazione con motivazione rispetto al rinvio della legge di conversione – di porre rimedio alle distorsioni che un ricorso eccessivo o abusivo al decreto-legge comportano<sup>90</sup>. In un quadro del genere, come segnalato dallo stesso capo dello Stato, dovrebbe sicuramente essere rafforzato il controllo svolto a monte dai Presidenti delle Camere sull'ammissibilità degli emendamenti in sede di conversione, attraverso un vaglio più meditato, nella prospettiva, oltre che del corretto svolgersi del circuito normativo, del rispetto dei ruoli e delle funzioni delle istituzioni.

Alla luce del "passo di lato" della Corte rispetto all'impianto originario della [sentenza n. 22 del 2012](#), il sindacato di legittimità costituzionale sui presupposti, parametrato sull'omogeneità, si dimostra uno strumento recessivo rispetto alla discrezionalità politica. Tali tendenze sono particolarmente evidenti nel momento in cui è proprio alla politica che spetta fronteggiare una crisi, come ha dimostrato in passato la c.d. «giurisprudenza della crisi» e come sta dimostrando di recente la casistica concernente i decreti-legge che presentano misure che danno attuazione agli obiettivi previsti dal Piano nazionale di ripresa e resilienza o a misure ad esso complementari. Con ciò non si vuole certo affermare che la Corte debba esercitare un controllo sulla decretazione d'urgenza che implichi la valutazione di aspetti che le sono estranei, quali quelli inerenti alla politica. Tuttavia, può palesarsi il rischio opposto, come dimostra la [sentenza n. 8 del 2022](#), in cui la Corte ha aggiunto ai tradizionali criteri del test di scrutinio, che non erano pienamente soddisfatti, anche le dichiarazioni pronunciate dal Presidente del Consiglio nella conferenza stampa di presentazione del decreto-legge contenente le disposizioni oggetto del giudizio di costituzionalità, in modo da rafforzare la lettura finalistica portata avanti. Ora, se da un lato ci si aspetta che la Corte costituzionale non entri nel campo della politica, dall'altro, si ritiene anche che prese di posizione squisitamente politiche difficilmente possano essere utilizzate a supporto dell'argomentazione sottesa al vaglio di costituzionalità.

---

<sup>89</sup> A. SIMONCINI, *Tendenze recenti*, cit., 41.

<sup>90</sup> Su questi profili cfr. A SPERTI, *La Corte costituzionale ritorna sul controllo sui vizi formali*, cit., 12-13; ID., *La Corte costituzionale e il controllo sui vizi formali del decreto-legge. Riflessioni sulla sent. n. 149 del 2020*, in [Osservatorio Costituzionale](#), 6/2020, spec. 378-9; N. LUPO, *L'omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione)*, cit., 457.

Alla luce delle tendenze che si è cercato di illustrare, si potrebbe, a questo punto, ipotizzare quale strada potrebbe percorrere la Corte costituzionale, qualora ammettesse [l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Siena del novembre 2022](#). Anche se sono stati sollevati dubbi<sup>91</sup> sulla ragionevolezza del differimento dell'entrata in vigore dell'intera "riforma Cartabia", nonché sulla sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza, dal momento che non si sono verificati grandi mutamenti rispetto alle condizioni in essere al momento dell'adozione del decreto legislativo n. 150 del 2022, il rinnovato atteggiamento di *self restraint* della Corte potrebbe far pensare a esiti diversi dall'accoglimento della questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all' articolo 77, comma 2, Cost. Si potrebbe pensare che, nonostante il decreto-legge di cui fa parte la disposizione impugnata sia *ab origine* eterogeneo, la Corte potrebbe riconoscere la sussistenza dei presupposti del decreto-legge, rintracciabili nelle sedi indicate dal classico test di scrutinio, senza entrare in valutazioni che si pongono sulle soglie della discrezionalità politica. Costituisce, inoltre, un innegabile elemento di contesto, il fatto che, il decreto-legge di cui si tratta, sia stato il primo adottato dal nuovo Governo, prevedendo quindi delle misure dirette a rispondere a esigenze e a rispettare scadenze cui il Governo precedente, in carica per il disbrigo degli affari correnti, non poteva provvedere. L'eterogeneità originaria del decreto-legge non ne determinerebbe allora l'illegittimità, poiché la norma impugnata troverebbe fondamento nei presupposti di straordinaria necessità e urgenza. Non è, d'altra parte, da escludere, che la Corte costituzionale ritenga invece inammissibile la questione di legittimità costituzionale, poiché la richiesta di rimessione verteva sull'intero decreto-legge. A meno che la Consulta non si pronunci nel senso dell'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, riconoscendo la rilevanza di una sua sola disposizione, essa potrebbe infrangersi proprio sullo scoglio della rilevanza, in quanto un decreto-legge *ab origine* eterogeneo non può essere applicato nell'ambito di uno stesso giudizio.

Verosimilmente, il ricorso al decreto-legge non diventerà certo meno frequente nel breve periodo: solo in questo primo scorcio della XIX legislatura, il decreto-legge appare lo strumento normativo di gran lunga prevalente, nonostante il Governo in carica disponga di un'ampia maggioranza. Tale previsione è altresì avvalorata dal dato per cui, conformemente a quanto avvenuto già nella scorsa legislatura, le misure dirette a dare attuazione al Piano nazionale di ripresa e resilienza sono, nella maggior parte dei casi, contenute in decreti-legge. Nel quadro così delineato, la Corte costituzionale potrebbe forse svolgere, ricorrendo al criterio dell'omogeneità anche in questa "stagione", un sindacato più incisivo, che, senza tradursi in un improprio intervento nel campo delle scelte di merito, che fanno capo alla politica, miri a tutelare la correttezza del procedimento legislativo e l'impianto delle fonti fissato in Costituzione. Con l'auspicio che le questioni di legittimità costituzionale concernenti l'omogeneità del decreto-legge e, soprattutto, l'omogeneità della legge di conversione rispetto al decreto-legge originario, diminuiscano, grazie a una maggiore consapevolezza e attenzione da parte degli attori coinvolti nel procedimento legislativo.

---

<sup>91</sup> G. L. GATTA, *Procedibilità a querela e rinvio della riforma Cartabia*, cit.

**Antonio Ruggeri**  
**Costituzione e verità (prime notazioni)\***

*Tutto ha inizio, sempre, da uno stimolo emotivo:  
reazione a un'ingiustizia, sdegno per l'ipocrisia mia ed altrui,  
solidarietà e simpatia umana per una persona o un gruppo di persone,  
ribellione contro leggi superate e anacronistiche con il mondo di oggi,  
sgomento di fronte a fatti che, come le guerre,  
sconvolgono la vita dei popoli, eccetera\*\**

**ABSTRACT:** *In the opinion of the author, the Constitution, alongside certain indisputable truths, refers to truths still in the making, the object of uncertain semantic reconstructions, dwelling on the relationship of mutual nourishment that exists between them and develops in experience. In this perspective, are examined some tenacious, albeit inexplicable, resistances opposed by political decision-makers and legislators to accepting some scientific truths and to offering them the opportunity to become constitutional truths. That is a matter of the fundamental right to the truth and of how it is placed before other fundamental rights. The study concludes with a brief reflection on the relationship between text and constitutional truths and on its developments as a consequence of the cultural habits of their recognition.*


SOMMARIO: 1. Una verità ormai non più discussa – la sussistenza di limiti alla revisione costituzionale – e le incertezze che però ad essa si accompagnano, con specifico riferimento alla individuazione delle norme costituzionali alle quali si applica. – 2. Una verità incontrovertibile, riguardante la natura e vocazione della Costituzione nella sua interezza, vale a dire il suo porsi in contestazione di un modello autoritario e illiberale di Stato non più riproponibile. – 3. Verità indiscutibili frammiste a vistose incertezze interpretative sollevate dagli enunciati costituzionali: esempi tratti tanto dalla parte organizzativa quanto da quella sostantiva della Carta. – 4. Il rapporto di circolare, mutua alimentazione tra verità acclamate e verità *in progress*, e l'attitudine delle verità scientifiche a commutarsi in verità costituzionali, sia pure tra talune, tenaci ancorché inspiegabili, resistenze dei decisori politici ed autori della normazione. – 5. Verità processuali e verità sostanziali, con specifico riguardo al piano su cui maturano le esperienze di "dialogo" tra le Corti. – 6. Il diritto fondamentale alla verità quale *prius* logico ed assiologico di ogni altro diritto e il suo bilanciamento con altri beni della vita o interessi costituzionalmente protetti (l'esempio dell'accertamento delle origini biologiche della persona). – 7. Una succinta notazione finale a riguardo del rapporto tra testo e verità costituzionali e, specificamente, degli sviluppi che esso assume per effetto delle consuetudini culturali di riconoscimento di queste ultime.

*1. Una verità ormai non più discussa – la sussistenza di limiti alla revisione costituzionale – e le incertezze che però ad essa si accompagnano, con specifico riferimento alla individuazione delle norme costituzionali alle quali si applica*

Il rapporto tra i termini che danno il titolo alla riflessione che mi accingo a svolgere è assai complesso.

Va, in primo luogo, preso atto che alcune questioni teoriche, pure un tempo animatamente discusse, sono ormai da considerare risolte, nel senso appunto che v'è sostanziale concordia di vedute in ordine ad alcuni esiti ricostruttivi giudicati definitivamente acquisiti.

---

\*  Avverto che l'ampiezza del campo materiale attraversato dalla riflessione qui svolta avrebbe richiesto un ben più consistente apparato di note e di richiami di letteratura, non compatibile tuttavia con le circoscritte esigenze di questo studio che – come espressamente si precisa nel titolo ad esso dato – aspira unicamente ad offrire le prime notazioni introduttive ad ulteriori e più adeguati approfondimenti teorico-ricostruttivi.

\*\* E. DE FILIPPO, *I capolavori di Eduardo*, I, Einaudi, Torino 1973, VII.

Si pensi, ad es., alla teoria dei limiti alla revisione costituzionale, alla soglia invalicabile cioè persino dai massimi atti espressivi di potere costituito, provvisti delle forme di cui all'art. 138 della Carta. La qual cosa sta a significare che i principi fondamentali dell'ordinamento danno voce a verità indiscutibili di diritto costituzionale o, diciamo pure, di diritto *tout court*, passibili di essere travolte unicamente in modo forzoso<sup>1</sup>, per effetto dell'avvento di un nuovo potere costituente<sup>2</sup>. È vero che su quali siano i principi stessi è astrattamente possibile assistere a divergenze anche di non poco momento; ad esser precisi, attorno alla esistenza di alcuni principi non si riscontra sostanziale diversità di vedute, mentre su altri non c'è uguale certezza. Ad ogni buon conto, al di là dei punti di vista anche singolari e persino eccentrici che potrebbero al riguardo manifestarsi, si dà a mia opinione un criterio sicuro a base del loro riscontro; ed è dato da *consuetudini culturali di riconoscimento* – come a me piace chiamarle – dei principi in parola, pervenute ad un grado tale di consolidamento che rimetterle in discussione sarebbe come voler mettere in dubbio la verità per cui è la terra a girare attorno al sole e non già – come si pensava un tempo – quest'ultimo attorno a quella.

Il fondamento della certezza è, dunque, in pratiche sociali connotate da una ininterrotta *diuturnitas* che porta all'esito di considerare ormai *vera*, omnicondivisa, una certa affermazione di ordine teorico-ricostruttivo.

Ciò non toglie che vi siano questioni concernenti i principi stessi ad oggi ancora sul tappeto. E così, mentre, per un verso, molti studiosi si limitano a rilevare la non emendabilità per via legale degli enunciati che li esprimono senza specificare se essa si abbia, o no, in assoluto, per un altro verso si ammette che essa possa aversi ma unicamente – come si è altrove rilevato<sup>3</sup> – a finalità espansiva, *in melius*, fermo restando ovviamente che su ciò che è “meglio” o “peggio” il confronto resta astrattamente aperto, dal momento che si tratta di giudizi di valore fatalmente esposti ad apprezzamento soggettivo. Eppure, ancora una volta, può tornare prezioso a chiudere la partita il riferimento alle *consuetudini culturali* in parola.

Si prenda, ad es., la novità introdotta nell'art. 9 della Carta, con il riferimento alla salvaguardia dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, nonché alla protezione degli animali. Ebbene, per

---

<sup>1</sup> Non così, invece, un tempo, a giudizio di un'accreditata dottrina (part., P. Biscaretti di Ruffia) che confutava in radice la sussistenza di limiti alle innovazioni costituzionali, persino di quello esplicitamente enunciato nel disposto di chiusura della Carta, superabile – come si ricorderà – a mezzo di un doppio passaggio procedimentale, rimuovendo cioè dapprima la norma-limite e facendo quindi luogo – ad avviso dello studioso ora richiamato, auspicabilmente – al ripristino della monarchia. Si trattava, tuttavia, com'è chiaro, di un espediente retorico-argomentativo fin troppo scoperto, non a caso prontamente confutato dalla dottrina del tempo e giustamente ormai archiviato tra i libri di storia delle idee costituzionali.

<sup>2</sup> Non riprendo qui la questione se quella di potere costituente sia, o no, una nozione esaurita – come ritengono accreditati studiosi (indicazioni in M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Editori Riuniti, Roma 1991, 8 s. e *passim*, e, dello stesso, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., spec. 136 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale*, in AA.VV., *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?* a cura di E. Rippepe e R. Romboli, Giappichelli, Torino 1995, 29; M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1/1995, 7 ss. e, ora, in prospettiva comparata, M. CALAMO SPECCHIA, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia “militante” all'autodifesa costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2021, 91 ss., spec. 109 ss.), confondendo tuttavia apprezzabili desideri con una realtà a volte assai cruda ed amara che può in ogni tempo smentirli (così, nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Giappichelli, Torino 2009, 34 ss., spec. 39) – né indugio a soffermarmi specificamente sulle parimenti complesse questioni riguardanti le modalità e i criteri che stanno a base della concreta individuazione della soglia invalicabile dalle innovazioni costituzionali, vale a dire quali siano i principi fondamentali che vi resistano e con essi pure le norme che vi danno la *prima, diretta e necessaria* specificazione-attuazione, beneficiando pertanto della “copertura” di quelli, dal momento che la loro rimozione fatalmente ridonderebbe in una inammissibile incisione dei principi stessi. Un approfondimento di tutto ciò, nondimeno, obbligherebbe lo studio che si va ora facendo ad una deviazione troppo marcata dal solco entro il quale è tenuto a svolgersi; mi limito, dunque, solo al cenno appena fatto nel testo. In tema, per taluni aspetti, ragguagli ed indicazioni possono aversi da AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019).

<sup>3</sup> Così, nel mio [I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate a revisioni a finalità espansiva](#), in questa [Rivista](#), 2022/II, 473 ss.

quanto alcuni studiosi abbiano manifestato riserve e perplessità a riguardo della opportunità di siffatta innovazione, sta di fatto che la legge di revisione costituzionale cui essa si deve, la n. 1 del 2022, non è stata messa in discussione davanti al giudice costituzionale ed è ragionevole dubitare che, se mai dovesse esserlo, sarebbe caducata. Ciò che, ad ogni buon conto, maggiormente importa è che, per un verso, la modifica in parola può considerarsi ormai “metabolizzata” – se così può dirsi – dal corpo sociale che non l’ha minimamente contestata e, in alcune occasioni, l’ha anzi salutata con particolare favore – come risulta dai giudizi positivi riscontrabili sui *media* – e, per un altro e non meno rilevante verso, che il bene-ambiente è da tempo annoverato con centralità di posto tra i valori fondamentali dell’ordinamento, secondo quanto è, a tacer d’altro, acclarato da un consolidato filone giurisprudenziale, dal diritto vivente insomma.

La revisione in parola ha, infatti, in buona sostanza, una finalità di razionalizzazione che non rimane, nondimeno, scevra di effetti, il cui esame tuttavia non ha specifico rilievo per questo studio e può, pertanto, essere ora tralasciato. Al tirar delle somme, può, dunque, considerarsi consolidato il consenso sociale attorno alla modifica in parola; e tanto ora basta a dare conferma che gli enunciati espressivi dei principi possono andare soggetti ad innovazioni positive, purché – beninteso – non ne risulti intaccato il “nucleo duro” in essi racchiuso, proprio in quanto, per la sua parte, portatore – come si diceva – di verità incontrovertibili di diritto costituzionale.

*La validità, insomma, è data dalla effettività*; ed è nel corpo sociale che essa si radica ed afferma. È pur vero, poi, che gli atti e i comportamenti in genere dei pubblici poteri, siano essi d’indirizzo politico come di garanzia, esercitano una non secondaria incidenza sulle pratiche sociali, il loro orientamento, il complessivo modo di essere, così come però queste ultime non restano indifferenti per quelli, intrattenendosi tra gli stessi un rapporto di mutua condizionalità ed alimentazione. D’altro canto, i comportamenti suddetti resterebbero privi di effetti laddove non dovessero trovare nel corpo sociale un terreno fertile ed accogliente o – peggio – che si presenti dichiaratamente ostile, assistendosi non di rado a manifestazioni di aperta resistenza nei riguardi degli stessi.

Non è questo però – sembra di poter dire – il nostro caso. Di sicuro, non vi sono stati cortei di protesta collettiva nei riguardi degli autori dell’aggiunta posta in coda all’art. 9...

## *2. Una verità incontrovertibile, riguardante la natura e vocazione della Costituzione nella sua interezza, vale a dire il suo porsi in contestazione di un modello autoritario e illiberale di Stato non più riproponibile*

Al di là della specifica, seppur non secondaria, questione ora accennata, è sicuro che la Costituzione ci consegni alcune verità incontrovertibili.

La prima di esse riguarda la Costituzione stessa nella sua interezza, il suo porsi cioè in contestazione di un capitolo del libro della nostra storia considerato ormai chiuso e non più ripetibile, che aveva visto l’affermarsi di un regime autoritario responsabile, unitamente al regime hitleriano, di quella immane tragedia che è stata la seconda grande guerra.

Ora, è fuor di dubbio che la Costituzione abbia tratto ispirazione dal modello liberale di ordinamento, certamente non rinnegato nella sua essenza ma esso pure superato con l’affermazione di un modello di società e di Stato che ha il suo cuore pulsante nella centralità della persona, con i suoi diritti (in parte attinti dall’esperienza ottocentesca e in parte nuovi) e i suoi doveri: un modello di società il cui tessuto connettivo è fatto da una rete di prestazioni di solidarietà intercorrenti sia tra gli individui *inter se* che tra gli stessi e l’apparato governante; e un modello che rinviene nei valori transepoli di libertà ed eguaglianza<sup>4</sup> la *coppia assiologica fondamentale* dell’ordinamento – come a me piace chiamarla – la cui salvaguardia è condizione necessaria dell’affermazione della dignità

---

<sup>4</sup> ... sulle cui mutue implicazioni, v., part., G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009.

dell'uomo, del suo essere appunto "persona", nell'accezione assiologicamente pregnante del termine<sup>5</sup>.

Non sto ora ad indugiare nella rappresentazione minuta dei caratteri propri del modello in parola, che do qui per acquisiti. L'ispirazione liberale del Costituente, integrata ed arricchita dai riferimenti di ordine sociale, è, dunque, innegabile, così come è appunto vera – si diceva – la contestazione del carattere autoritario della *forma regiminis*, l'una e l'altra risultando avvalorate a più piani e sotto più profili, che mi limito ora ad elencare a motivo della loro notorietà.

In primo luogo, rileva la vicenda storica che ha portato alla edificazione della Repubblica ed alla nascita della stessa Costituzione.

Qui, merita di essere messo in particolare evidenza il bisogno di non indulgere a talune tentazioni negazionistiche della verità storica ciclicamente emergenti, così come d'altronde si è fatto (e si fa) nei riguardi delle brutalità commesse dai nazisti durante il periodo bellico. Alle generazioni future va consegnato non soltanto un ambiente salubre – come oggi *expressis verbis* impone l'art. 9 novellato – ma, con esso, anche la memoria storica di una verità la cui ignoranza o deformazione non consentirebbe di percepire l'essenza stessa della Costituzione e del "tipo" di società che essa ha inteso ricostruire sin dalle sue fondamenta<sup>6</sup>.

Ogni altra verità – se così può dirsi – è figlia della prima e ad essa comunque inscindibilmente si lega.

Così è per il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo che – è ormai provato – va appunto inteso nell'accezione sua propria, fedele alla lettera dell'enunciato, vale a dire quale riconoscimento di un *quid* che sta fuori e prima della Costituzione e che però fa anche parte di essa, connotandone la essenza e dandone la giustificazione<sup>7</sup>. Ma, poi, ciò che più conta, al di là dell'esplicita indicazione costituzionale, è che l'intero sistema degli enunciati della Carta è in funzione della persona umana, dei suoi diritti come pure dei doveri, i quali ultimi hanno la loro *ratio* significante pur sempre nel bisogno della salvaguardia dei diritti altrui, del loro ottimale appagamento alle condizioni oggettive di contesto. Non si trascuri, poi, lo speciale rilievo che va al riguardo assegnato alla implementazione complessiva avuta dalla Costituzione nell'esperienza, per effetto di atti normativi, comportamenti degli operatori politici e di quelli di garanzia (dei giudici, in primo luogo), pratiche amministrative e sociali in genere.

Il modello di Costituzione e di ordinamento pensato all'indomani della fondazione della Repubblica è, dunque, chiaro nelle sue linee portanti e complessivamente avvalorato da plurime e convergenti esperienze. Ciò posto, è ad ogni buon conto innegabile che il modello stesso è ad oggi ben lungi dal potersi rispecchiare fedelmente nell'esperienza, a motivo di plurimi fattori.

Per un verso, è insito nel carattere promozionale proprio dei principi fondamentali il loro porsi quali espressivi di valori tendenziali dell'ordinamento, quali mete cioè verso le quali risolutamente puntare pur nella consapevolezza che non potranno mai essere a pieno raggiunte. I valori, infatti,

---

<sup>5</sup> Sulla centralità del principio personalista in seno alla tavola dei principi fondanti la Repubblica, v., per tutti, A. MORELLI, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in questa *Rivista*, 2019/II, 359 ss., e, se si vuole, anche il mio *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 17/2013, 28 agosto 2013, 1 ss.

<sup>6</sup> Si faccia caso al fatto che l'ordinamento, per un verso, offre protezione al diritto all'oblio, con specifico riguardo a talune circostanze, e però, per un altro verso, impone anche il dovere della memoria, di cui si fa ora parola nel testo, che – com'è di tutta evidenza – è espressione lineare e diretta del dovere di fedeltà alla Repubblica, in una delle sue più dense e qualificanti accezioni (sul diritto suddetto, v., per tutti, AA.VV., *Memoria versus oblio*, a cura di M. Bianca, Giappichelli, Torino 2019; sulla fedeltà alla Repubblica, dopo i noti contributi di G. Lombardi e L. Ventura, v., part., quelli di A. MORELLI, tra i quali il suo *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013). Maggiori ragguagli sul punto, di cruciale rilievo, più avanti.

<sup>7</sup> Ha fatto notare A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994, 160, che **"la 'validità' di un ordinamento costituzionale non può essere scissa dalla sua 'verità', ossia dal suo contenuto, dalla sua natura, o – se si preferisce, più concretamente – dai valori che esso intende proteggere, valori che non sono assolutamente riducibili alla mera forza (sia pure della maggioranza)"** (il grassetto è testuale).



hanno e costantemente manifestano – come si è detto altrove – una fame insaziabile ed anzi, più sono appagati, più ancora chiedono (*rectius*, impongono) di esserlo<sup>8</sup>.

Per un altro verso, sono sotto gli occhi di tutti le non poche né poco rilevanti storture registratesi nell'esperienza in ordine alla realizzazione del modello che nondimeno – qui è il punto – nulla tolgono alla validità dello stesso, alla verità appunto che esso in sé racchiude ed esprime. Non potrebbe, d'altronde, farsi il riscontro tra l'una e l'altro se non fosse in partenza chiaro ciò che quest'ultimo ha voluto (e vuole). È però anche vero che la ricostruzione del modello non può comunque fare a meno delle più salienti e radicate tendenze manifestatesi nell'esperienza che concorrono a metterlo a punto e, allo stesso tempo, lo confermano.

Al tirar delle somme, non è insomma da revocare in dubbio la verità della Costituzione come “sistema” di valori fondamentali positivizzati aventi una precisa ispirazione e dotati dei connotati loro propri, nonché di regole del gioco politico nei loro riguardi serventi e di canoni di comportamento relativi alle dinamiche sociali ed a quelle intercorrenti tra comunità ed apparato che ai valori stessi parimenti si rifanno.

L'“insieme” è, dunque, chiaro e nitida, cristallina, è parimenti la verità in esso racchiusa, nel segno – come si diceva – della contestazione di ogni forma di autoritarismo nel modo complessivo di essere della struttura dell'ordinamento e di svolgersi delle più salienti dinamiche che l'attraversano e connotano.

### *3. Verità indiscutibili frammiste a vistose incertezze interpretative sollevate dagli enunciati costituzionali: esempi tratti tanto dalla parte organizzativa quanto da quella sostantiva della Carta*

A fronte di ciò stanno, di contro, le non poche né lievi incertezze interpretative poste dai singoli enunciati. Ed è singolare la circostanza per cui proprio i disposti apparentemente espressivi di concetti d'immediata intellegibilità sollevano, *per ciò stesso*, i dubbi maggiori circa il loro reale significato. Così, ad es., per quello di cui all'art. 22, per cui nessuno può essere privato per motivi politici della capacità giuridica, ecc., che nulla parrebbe aggiungere al previo riconoscimento della centralità della persona umana ed alla titolarità, che le spetta, di diritti inviolabili. Il fatto, poi, che il divieto valga espressamente per il solo campo politico potrebbe portare all'assurdo di ritenere che esso non valga per campi diversi. O, ancora, l'esplicito obbligo fatto dalla Carta ai legislatori statale e regionali di attenersi, nella disciplina delle materie loro proprie, ai disposti della stessa... *Costituzione* (art. 117, I c.) ha, com'è chiaro, carattere circolare, così come lo ha, in via generale, il precetto di cui all'art. 54 che dota l'obbligo in parola di generale valenza. E via discorrendo.

Insomma, ciò che è incontestabilmente vero, proprio per ciò, parrebbe essere, a un tempo, *ovvio e... incomprensibile*.

Ad ogni buon conto, anche al di fuori della cerchia degli enunciati in parola, praticamente tutti – quale più quale meno – pongono problemi interpretativi e, dunque, alimentano le incertezze di ordine semantico, di cui si viene dicendo. La qual cosa si ha, peraltro, in misura variabile e non suscettibile di alcuna sistemazione in prospettiva formale-astratta. Si suole, infatti, dire che i disposti aventi natura sostantiva esibiscono perlopiù maggiore vaghezza semantica di quelli concernenti l'organizzazione; e, grosso modo, è vero. Ma, non si trascuri la circostanza per cui alcune espressioni linguistiche, quali

---

<sup>8</sup> Che, poi, non si diano strumenti sanzionatori efficaci avverso le omissioni del legislatore, anche (e specificamente) per ciò che attiene alla ottimale implementazione dei principi fondamentali, alle condizioni oggettive di contesto, è tutt'altro discorso, già molte volte fatto e qui, ancora una volta, non riproponibile.

Ad ogni buon conto, la insufficienza o, come che sia, inadeguatezza dei meccanismi sanzionatori nulla toglie al carattere prescrittivo degli enunciati, in specie appunto di quelli costituzionali. Quali innovazioni possono inoltre essere pensate allo scopo di porre almeno in parte rimedio a questo stato di cose è questione che richiederebbe un lungo ed articolato discorso, già avviato in altri luoghi di riflessione scientifica e, nondimeno, bisognoso di essere ancora meglio precisato in altra occasione.

ad es. quelle che indicano il numero dei componenti di un organo o la loro durata in carica, possono essere fonte di non minore disagio interpretativo di quello che si prova davanti ad enunciati riferiti a termini indicati in disposti della parte sostantiva, quali quelli concernenti le limitazioni dei diritti di libertà poste in atto dall'autorità di polizia con precedenza rispetto all'intervento del giudice chiamato a convalidarle.

È interessante notare che – come si diceva poc'anzi e deve ora precisarsi meglio – proprio gli enunciati espressivi delle norme apicali dell'ordinamento, a motivo dell'ampiezza del campo su cui si distendono, praticamente esteso all'intera “materia” costituzionale<sup>9</sup>, ai quali è comunemente riconosciuta la maggiore “durezza” o resistenza alle innovazioni positive (e, segnatamente, ai limiti alla revisione, dietro evocati), sono proprio quelli maggiormente malleabili e, dunque, esposti alle maggiori manipolazioni semantiche, ad opera dei decisori politici come pure – ciò che è più grave – degli stessi garanti, Corte costituzionale in testa. Come si è tentato di mostrare in altri luoghi, la *teoria della interpretazione* ci consegna, dunque, esiti ricostruttivi sensibilmente divergenti (e persino opposti) rispetto a quelli comunemente raggiunti al piano della *teoria delle fonti*, quanto meno di una teoria riguardata in prospettiva formale-astratta. Da quest'ultima, infatti, i principi fondamentali appaiono essere le norme più “forti”, le sole a disporsi al tetto o – se più piace, rovesciando l'immagine – alla base dell'edificio positivo; in prospettiva sostanziale, sono però le più bisognose di congruo sostegno ed alimento da parte delle norme sottostanti, a partire dalla legge, fonte ad oggi riconosciuta quale idonea per antonomasia a produrre diritto, a dare cioè voce nel modo più diretto e genuino alla rappresentanza politica, pur in un contesto ormai segnato, per un verso, da un palese e crescente squilibrio nei rapporti tra gli organi della direzione politica, di cui si ha inequivoca testimonianza anche per il modo con cui si fa utilizzo degli strumenti di normazione<sup>10</sup>, e, per un altro verso, da un pluralismo normativo esasperato e, per più aspetti, incontrollabile, proiezione immediata e diretta del pluralismo istituzionale, nondimeno talora inteso in una parimenti esasperata, radicale accezione.

Sta di fatto che non v'è disposto della Carta che non sia ad oggi oggetto di ora maggiori ed ora minori controversie interpretative, persino quelli che pure sopra sono stati indicati quali specificamente conducenti ad esprimere la verità dell'“insieme” costituzionale.

Faccio solo un paio di esempi tra i più indicativi di questo stato di cose per la parte organizzativa ed uno per quella sostantiva della Carta.

Avuto riguardo agli assi cartesiani su cui si dispongono le più salienti espressioni della sovranità, si pensi dunque, quanto al riparto orizzontale, alle dinamiche della forma di governo e, per quello verticale, alle relazioni tra Stato e Regioni. Ebbene, è fuor di dubbio l'opzione fatta alla Costituente, con l'approvazione dell'ordine del giorno Perassi, a favore del modello parlamentare di governo, escludendosi dunque soluzioni istituzionali radicalmente diverse quale quella invalsa oltreoceano<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> A riguardo di come la nozione in parola può essere intesa, ragguagli, se si vuole, possono aversi dal mio *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 12 dicembre 2017.

<sup>10</sup> Si pensi solo alla perdurante, abnorme produzione di decreti-legge, quale che sia il colore della casacca politica indossata dal Governo di turno (e dalla maggioranza che lo sostiene): a riprova di un *trend* ormai talmente consolidato da consigliare l'introduzione nella Carta di correttivi urgenti, non già dunque a mera finalità di “razionalizzazione” o, diciamo pure, legittimazione dell'esistente bensì di riequilibrio istituzionale (ad es., escludendo categoricamente la loro ammissibilità in relazione a determinate materie puntualmente determinate, se del caso recependo alcune indicazioni della legge 400 dell'88, incapaci d'imporsi per un vizio strutturale dell'atto che vi fa luogo). Il recupero del ruolo delle assemblee elettive potrebbe, poi, aversi anche per altre vie, quale quella che porta alla “invenzione” delle leggi organiche o di altri tipi di legge *quodammodo* intermedi tra quello della legge comune e l'altro della legge costituzionale [così, nel mio *Riforme costituzionali: quali e perché?* in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2023, 24 aprile 2023, spec. 137 ss.]. Leggi, dunque, che, una volta venuti a formazione, si sottrarrebbero a future innovazioni per mano del Governo, risultando gli atti primari di normazione da quest'ultimo prodotti dotati di forza normativa in tutto e per tutto eguale a quella propria delle leggi comuni.

<sup>11</sup> ... della quale – dico qui di passaggio – si è inopinatamente ventilata l'introduzione, trascurando tuttavia le profondamente diverse condizioni complessive di contesto politico che ne rendono da noi scongiabile l'adozione

La verità racchiusa in questa scelta è, perciò, incontrovertibile. Il modello parlamentare, nondimeno, si articola – come si sa – in numerose varianti, anche sensibilmente distanti l’una dall’altra e – ciò che più importa – idonee a riflettersi variamente sul rapporto tra comunità governata ed apparato governante, dunque a conti fatti sul carattere democratico dell’ordinamento<sup>12</sup>. Quale equilibrio si sia voluto prefigurare per il nostro Paese è, dunque, questione aperta alla discussione; non è un caso, d’altronde, che nel corso dell’esperienza repubblicana fin qui maturata si siano registrate talune vistose oscillazioni, per quanto il *trend* complessivo sia stato nel segno di un sostanziale primato del Governo nella direzione politica, testimoniato, tra l’altro, dalle sue proiezioni al piano della normazione, cui si è poc’anzi fatto cenno richiamando l’esperienza della decretazione d’urgenza<sup>13</sup>.

Certa è, dunque, la sussistenza del rapporto fiduciario; incerte, tuttavia, alcune sue espressioni, peraltro legate a mutamenti di quadro politico specie in talune congiunture particolarmente evidenti<sup>14</sup>.

Non si trascuri tuttavia, al riguardo, ancora una volta, il ruolo giocato da quelle *consuetudini culturali* di cui si è venuti dicendo. Così, ad es., inizialmente – come si ricorderà – si discuteva in merito all’ammissibilità delle crisi extraparlamentari<sup>15</sup>; man mano, però, che se ne aveva frequente riscontro, il loro consolidamento nell’esperienza ha naturalmente portato a dare avallo alla opinione di quanti si dichiaravano favorevoli al loro riconoscimento ed alla perdurante, indisturbata messa in atto<sup>16</sup>. La sostanziale acquiescenza, poi, manifestata dalla comunità nei confronti di questa esperienza ha chiuso il cerchio; e così oggi non si dubita più da alcuno circa l’apertura di una crisi di governo al di fuori dell’approvazione di una mozione di sfiducia. Similmente può dirsi, ad es. per la *querelle* relativa all’ammissibilità della revoca della fiducia in sede parlamentare al singolo Ministro, un tempo anch’essa oggetto – come si ricorderà – di discordanti vedute, ormai però definitivamente superate, e via dicendo.

Ci si sposti ora al piano dei rapporti tra Stato e Regioni.

Una volta di più è indubitabilmente vero il carattere decentrato dell’ordinamento, in contrapposizione al modello invalso all’indomani della unificazione del Regno, così come lo è l’obbligo fatto ai pubblici poteri in genere di promuovere e valorizzare l’autonomia, in ciascuna delle sue espressioni e in tutte assieme. Vero è altresì il bisogno che la promozione in parola non si traduca in un pregiudizio per il carattere uno ed invisibile della Repubblica, non foss’altro perché in tal modo

---

[ragguagli, se si vuole, nei miei *Riforme costituzionali: quali e perché?* cit., 107 ss., e [Il menu à la carte delle riforme costituzionali](#), in questa [Rivista, Editoriali](#), 10 maggio 2023.

<sup>12</sup> Su ciò mi piace qui far richiamo della riflessione scientifica svolta poco meno di sessant’anni addietro dal mio indimenticabile Maestro (v., dunque, di T. MARTINES, *Governo parlamentare e ordinamento democratico*, Giuffrè, Milano 1967).

<sup>13</sup> Sui più salienti sviluppi della forma di governo nel nostro Paese, v., almeno, S. CECCANTI, *La forma di governo parlamentare in trasformazione*, Il Mulino, Bologna 1997; A. SPADARO, *L’evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 9/2018, 17 settembre 2018, e, dello stesso, *Sui caratteri del parlamentarismo "all'italiana": o doppia fiducia o doppia maggioranza*, in AA.VV., *Scritti in onore di Roberto Bin*, Giappichelli, Torino 2019, 348 ss.; A. D’ANDREA, *Il Parlamento e il Governo: le ragioni del rispettivo disallineamento costituzionale (sempre reversibile)*, in *Dir. cost.*, 4/2022, 9 ss., spec. 15 ss.; L. DELL’ATTI, *Continuità e ambiguità della forma di governo lungo la storia costituzionale italiana: appunti brevi sull’ipotesi presidenzialista*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 1/2023, 16 marzo 2023, 251 ss., e, in prospettiva storica, G. GIANNOTTI, *La forma di governo del regime statutario liberale tra evoluzione parlamentare ed involuzione pseudo-parlamentare*, in [Rivista AIC](#), 4/2022, 24 ottobre 2022, 15 ss.

<sup>14</sup> Si pensi solo a ciò che ha rappresentato Tangentopoli, col terremoto causato nel sistema dei partiti della c.d. prima Repubblica.

<sup>15</sup> Sulla tipologia delle crisi, si può vedere, se si vuole, la proposta ricostruttiva che è nel mio *Le crisi di governo tra ridefinizione delle regole e rifondazione della politica*, Giuffrè, Milano 1990.

<sup>16</sup> Di contro, nel mio studio monografico sopra richiamato è prodotto lo sforzo di argomentare la tesi secondo cui le crisi di governo in genere, extraparlamentari o parlamentari che siano, possono giustificarsi unicamente al verificarsi di talune condizioni richieste dal valore democratico nel suo fare “sistema” con i valori fondamentali restanti e, in specie, dal bisogno di far luogo ad una sostanziale discontinuità nella direzione politica e/o nella struttura (la c.d. “formula politica”) della maggioranza e del Governo.

– come si è fatto altrove notare – l'autonomia tradirebbe la propria natura, potendosi affermare e far valere unicamente nella cornice della unità.

Ancora una volta, però, in quali modi la promozione e valorizzazione in parola dovrebbero concretarsi e, soprattutto, quali ne dovrebbero essere i confini rimane nel figurino costituzionale largamente appannato. Incerti sono, dunque, gli equilibri che si è inteso stabilire al piano delle relazioni tra Stato e Regioni: ne rende inequivoca testimonianza la vaghezza degli enunciati ad esse dedicati, tanto per ciò che concerne i campi materiali rimessi alla coltivazione di questo o quell'ente quanto in ordine ai limiti ai quali vanno incontro le attività da essi svolte (in ispecie, sul terreno della legislazione e della normazione in genere). È pur vero, poi, che siffatto connotato, con immediata evidenza risultante dalla disciplina costituzionale, è il frutto della scelta di demandare all'esperienza la messa a punto degli equilibri in parola in ragione delle mutevoli condizioni oggettive di contesto e dei più pressanti ed avvertiti bisogni dai campi stessi emergenti. Non è, ad ogni buon conto, a caso che innumerevoli siano state le *actiones finium regundorum* esercitate sia dall'una che dall'altra parte, a riprova appunto della fitta coltre di nebbia che avvolge anche per questa parte l'articolato della legge fondamentale della Repubblica e del bisogno che a diradarla si renda indispensabile l'intervento dell'arbitro costituzionale. Ed è interessante notare che le cose non sono andate affatto meglio a seguito del rifacimento del Titolo V: a conferma del fatto che gli aggiustamenti costituzionali non sempre risultano forieri di minori incertezze interpretative ed operative, tutt'altro!

Eppure, anche al piano di esperienza ora evocato si riscontrano talune costanti frutto dell'apporto congiunto dei decisori politici in prima battuta e, in seconda, del giudice costituzionale, in ispecie – come si sa – di quest'ultimo, cui si deve la confezione di alcune tecniche decisorie abilmente forgiate e rimesse continuamente a punto in ragione delle congiunture e delle più pressanti esigenze che in esse si manifestano, tecniche che, nondimeno, risultano dotate di strutturale duttilità, sì da prestarsi ad adattamenti anche consistenti in funzione di occasionali convenienze. Formule quali quelle della leale cooperazione o del criterio della prevalenza, messo in campo al fine di ridisegnare di continuo i confini dei campi materiali, ed altre ancora, delle quali non tocca ora specificamente dire, avvalorano l'oscillazione incessante della Costituzione tra il corno della stabilizzazione semantica e l'altro, opposto, del rinnovamento, in funzione della salvaguardia di interessi che di volta in volta si fanno attrarre ora dall'uno ed ora dall'altro e che richiedono comunque di essere – per quanto possibile – appagati. Ed è bensì vero che la Costituzione – come ha messo in luce un'accreditata dottrina – è costantemente in “moto” o – come pure è stato detto – è soggetta a continua, mai fini “evoluzione”<sup>17</sup>. Si danno, nondimeno, degli argini oltre i quali l'esperienza in parola non può comunque spingersi, a pena di mettere in forse, fino a pregiudicare del tutto, la *vis* prescrittiva della Carta, il suo essere appunto un documento scritto e solenne venuto ad esistenza per dare certezze di diritto costituzionale e per ciò pure, nei limiti sopra indicati, verità non revocabili in dubbio.

Se ne ha lampante riprova specie con riferimento al terzo degli esempi che vorrei qui fare e che rimanda a quel riconoscimento dei diritti inviolabili, cui si è fatto poc'anzi richiamo. Non si dimentichi, d'altronde, che la lotta per la Costituzione ha infiammato i secoli diciottesimo e diciannovesimo proprio perché alla Costituzione stessa si demandava (e si demanda) il compito di consegnare *certezze di diritto costituzionale* e *certezze di diritti costituzionali* un tempo mancanti, anzi inimmaginabili<sup>18</sup>, in quanto complessivamente incongrue rispetto alla concentrazione del potere in capo ad una sola figura soggettiva che in sovrana solitudine lo deteneva ed esercitava.

---

<sup>17</sup> Riprendo qui alcuni termini che possono vedersi in M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1/2013, 1° marzo 2013, e A. SPADARO, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss.

<sup>18</sup> Rileva al riguardo il significato in sé posseduto dalla scrittura costituzionale quale fonte appunto delle certezze in parola, trascurandosi tuttavia il dato elementare, avvalorato da non poche, convergenti esperienze, per il quale a volte un sano diritto costituzionale non scritto può rivelarsi foriero di maggiori certezze e benefici per i diritti di quanto non sia un diritto non scritto a modo. Basti solo, per un momento, pensare alla complessiva vicenda ordinamentale maturata in Gran

Ebbene, può considerarsi – come si diceva – ormai provato, vale a dire indiscutibilmente vero, che i diritti fondamentali preesistano alla venuta alla luce della Costituzione che, conformemente alla sua natura e identità, non poteva (e non può) non “riconoscerli”. Quali, però, essi in concreto siano rimane oggetto di animate e ad oggi non chiuse controversie teoriche, alcuni ritenendo il catalogo costituzionale dei diritti “chiuso”, altri “aperto” ed altri ancora tentando ardimentose soluzioni mediane tra i poli opposti di un’alternativa che, a rigore, non lascia scampo e parrebbe essere soffocante (potendosi, semmai, discettare in merito all’ampiezza dell’apertura del ventaglio concernente il catalogo in parola)<sup>19</sup>.

Una sola, succinta notazione mi preme qui svolgere a riguardo della micidiale questione ora posta; ed è che, una volta di più, è giocoforza – a me pare – far riferimento a *consuetudini culturali* di riconoscimento invalse e profondamente radicate nel corpo sociale al fine di cogliere ed apprezzare *in nuce* la “fondamentalità” propria unicamente di alcuni diritti, da essa quindi linearmente ed immediatamente discendendo il tratto della “inviolabilità” che – come si è fatto altrove osservare – può dunque considerarsi una sorta di proprietà o qualità della prima, appuntandosi unicamente in capo a diritti che, seppur “nuovi”, possano nondimeno fregiarsi dell’attributo della “essenzialità” o – se si preferisce altrimenti dire – della indefettibilità, in forza di un comune e profondamente avvertito sentire dei componenti la comunità nella sua interezza. Si può, dunque, discutere a riguardo della determinazione degli indici esteriori maggiormente attendibili al fine del riconoscimento dei diritti in parola ma non si può – a me pare – aver alcun dubbio che è unicamente nell’esperienza, nella vita di relazione e nelle più salienti dinamiche che in essa vengono a formazione, che sta il “luogo” di ancoraggio e di emersione dei diritti stessi. Non è, d’altronde, un caso che gli organi di apparato (il legislatore e, soprattutto, i giudici) si trovino quindi *quodammodo* obbligati – direi, però, *naturalmente* obbligati – a darvi voce, secondo quanto si dirà ancora meglio a momenti.

4. *Il rapporto di circolare, mutua alimentazione tra verità acclamate e verità in progress, e l’attitudine delle verità scientifiche a commutarsi in verità costituzionali, sia pure tra talune, tenaci ancorché inspiegabili, resistenze dei decisori politici ed autori della normazione*

Gli esempi fatti e molti altri che potrebbero similmente addursi ci consegnano un insegnamento di cui occorre far tesoro; ed è che l’affannosa e non di rado sofferta ricerca di punti sia pur relativamente fermi in sede di ricostruzione del quadro costituzionale possa (e debba) prendere forma e via via pervenire a maturazione, fino al suo compiuto perfezionamento, solo in un contesto di circolare fattura (d’altronde – come si sa – il carattere circolare della interpretazione, da A. Ross in avanti<sup>20</sup>, è ormai considerato un punto fermo della speculazione teorica da parte dei cultori di discipline diverse).

Insomma, l’interpretazione dei singoli enunciati non può non trarre ispirazione ed orientamento da quella verità dell’“insieme”, di cui si diceva; allo stesso tempo, però, quest’ultima si conferma e consolida anche grazie alle acquisizioni concettuali man mano raggiunte in relazione a quelli. *Simul stabunt vel simul cadent*, dunque.

Si assiste qui – come si vede – a qualcosa di analogo a ciò che si ha laddove, trattandosi di fare chiarezza sul significato degli enunciati che si riferiscono alle funzioni ed al ruolo di una figura soggettiva, si mette una volta di più in moto un meccanismo di mutua alimentazione tra i termini della

---

Bretagna, a conferma del fatto che la scrittura, pur essendo – com’è chiaro – non priva di rilevante valenza, non basta da sé sola allo scopo laddove non si diano condizioni oggettive di contesto favorevoli all’attecchimento degli istituti caratterizzanti le liberal-democrazie.

<sup>19</sup> Riferimenti a questa e ad altre questioni che si pongono in ordine al riconoscimento dei diritti fondamentali, in specie dei “nuovi”, possono aversi dai contributi al convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Cassino il 10 e 11 giugno 2016 su *Cos’è un diritto fondamentale?* a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017.

<sup>20</sup> Doveroso fare, ancora una volta, richiamo alla ormai “classica” *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Franz Deutsche, Leipzig-Wien 1929.

relazione in parola, il ruolo illuminando i disposti concernenti le singole attribuzioni spettanti alla figura e queste, a loro volta, avvalorando la complessiva configurazione di quello<sup>21</sup>.

In questo scenario, cruciale rilievo – come si viene dicendo – va assegnato a *consuetudini culturali* di riconoscimento della validità di soluzioni interpretative che, in non pochi casi, gradatamente si affermano e radicano sempre di più fino a commutarsi in un autentico *diritto vivente*, vale a dire, in buona sostanza, in verità costituzionali che col tempo vanno sempre di più diffondendosi e consolidandosi in seno al corpo sociale.

Né vale opporre che si tratta pur sempre di verità relative, così come è d'altronde proprio di ogni espressione del diritto in parola, passibile pur sempre di revisione e, se del caso, radicale confutazione. Ogni verità, infatti, al di fuori di quelle di fede, lo è pur sempre, per quanto alcune, quale quella dietro evocata della terra che gira attorno al sole, dotate ormai di particolarmente solido fondamento, si considerino incrollabili. Ed è bene qui rimarcare che le consuetudini interpretative, di cui si viene dicendo, non sono tali unicamente ovvero prevalentemente per effetto dell'opera diuturna e preziosa prestata dai giudici, cui è nondimeno da assegnare – come si dirà meglio a breve – cruciale rilievo, ma anche in forza della spontanea adesione venuta dagli operatori istituzionali restanti e – ciò che più importa – dalla comunità. D'altro canto, i giudici e gli operatori in genere (a partire dal legislatore) non restano di certo insensibili a sollecitazioni venute dalla comunità stessa, specie laddove il quadro normativo si presenti lacunoso ed appannato, così come – si è veduto – si ha in relazione ai “nuovi” diritti fondamentali, intrattenendosi pertanto, una volta di più, un rapporto di mutua ricarica tra le spinte e le aspettative che emergono dal corpo sociale e le indicazioni risultanti dagli atti dei pubblici poteri. Emblematica è, appunto, al riguardo la vicenda che incessantemente matura e si rinnova sul terreno del riconoscimento dei diritti in parola che, seppur in modo sovente incerto e sofferto, si fanno quindi largo fino ad affermarsi grazie allo sforzo corale prodotto a plurimi livelli di esperienza.

Si coglie in questa vicenda quello che forse è il tratto maggiormente qualificante ed espressivo della Costituzione, la sua duplice vocazione alla conservazione di alcune verità intimamente e profondamente radicate nella sua struttura ed al rinnovamento semantico legato al mutare dei tempi e dei bisogni di volta in volta emergenti. È come un veicolo che ha una sua complessiva connotazione, risultante sia dalla carrozzeria e dall'arredamento interno che dalla parte meccanica, che nondimeno ha talora necessità di ricambi in questa o quella delle sue componenti che, nondimeno, non ne intaccano la identità, dovendo essere comunque innestati a modo, tenendo cioè conto delle caratteristiche del mezzo.

Si danno alcuni ambiti materiali nei quali ciò che è vero si coglie ed apprezza con immediata evidenza. Eppure, si danno ugualmente talune inspiegabili resistenze in seno al corpo sociale volte ad ostacolare la formazione di quelle consuetudini di riconoscimento di cui si diceva, che tuttavia alla lunga pervengono ugualmente a maturazione. Il processo di accertamento della verità è a volte travagliato e sofferto ma ha pur sempre il suo sbocco naturale. D'altronde, anche valori fondamentali dell'ordinamento, espressivi di verità che oggi consideriamo irreversibilmente acquisite, quali quelle cui danno voce i principi di libertà ed eguaglianza, hanno dovuto faticare non poco prima di potersi fare largo ed affermare; ed ancora oggi è da ritenere che lo siano in modo incompiuto, non del tutto appagante. Quante sono, d'altronde, le discriminazioni e le sperequazioni di trattamento che permangono nel corpo sociale e nell'ordinamento, di cui si ha riscontro specie per voce di coloro che si battono per il loro superamento?

I campi materiali maggiormente attraversati dalle verità scientifiche e dallo sviluppo della tecnologia offrono numerose ed eloquenti testimonianze a riguardo di ciò che si viene ora dicendo.

---

<sup>21</sup> Ne ho trattato, con specifico riguardo al Presidente della Repubblica ma con notazioni provviste di generale valenza, nel mio *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica: notazioni introduttive*, in AA.VV., *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, a mia cura, Giappichelli, Torino 2011, 3 ss.

Ebbene, le verità in parola – laddove, appunto, se ne abbia riscontro per comune sentire – ridondano naturalmente e si convertono in verità costituzionali; di contro, laddove facciano difetto, la Costituzione è, a conti fatti, costretta a restare “muta” su questioni scientificamente sensibili e, di conseguenza, il suo massimo garante è obbligato a rifugiarsi in un comodo *non liquet*, secondo quanto è confermato da non poche decisioni della Consulta e dei giudici in genere.

Un solo esempio, per tutti. Si rilegga, ad es., [Corte cost. n. 84 del 2016](#), a riguardo della vessata questione della destinazione degli embrioni crioconservati a finalità di ricerca. Il punto centrale della motivazione del verdetto d’inammissibilità è stato dato – come si sa – proprio dalla constatazione del consenso non ancora raggiunto dagli scienziati in ordine al cuore della questione sollevata. E così pure in molti altri casi. È pur vero, tuttavia, che se ne danno alcuni in relazione ai quali francamente non si capisce (quanto meno, non riesce a me di capire) su quale fondamento poggi l’esito avutosene, specificamente al piano legislativo.

Si consideri, ancora una volta, la discussa questione dell’obbligo vaccinale al fine di porre un argine alla diffusione di alcune pandemie, come da ultimo quella da Covid-19<sup>22</sup>.

Qui, si tocca con mano la misteriosa ed irrazionale refrattarietà dei decisori politici ed autori della normazione ad accogliere e portare ad effetto talune verità considerate ormai acquisite in seno alla corporazione degli scienziati, seppur con qualche marginale ed eccentrico dissenso. L’efficacia dei vaccini, specie di alcuni, era (ed è), infatti, ampiamente documentata e rilevata peraltro dalla giurisprudenza<sup>23</sup>; ormai provato da statistiche inconfutabili (i numeri non ingannano...) era il fatto che la gran parte dei ricoveri ospedalieri e dei decessi fosse data da persone fragili e, appunto, non vaccinate; che, dunque, i rischi fatti correre dalla mancata vaccinazione fossero di gran lunga più elevati di quelli riconducibili alla sua effettuazione, senza peraltro trascurare la circostanza, a tutti nota ma stranamente nella circostanza dimenticata, per cui ogni farmaco, anche quelli di uso comune, può, in casi marginali, dar vita ad effetti negativi anche assai gravi. La qual cosa però – è bene non perdere mai di vista – non porta di certo a sollecitare le persone malate a non curarsi...

Insomma, le verità scientifiche – come si diceva – faticano in non pochi casi a farsi largo e ad affermarsi ma, appunto, vi sono (e numerose) – com’è a tutti noto – anche in ambito sanitario. Laddove se ne abbia dunque riscontro e si tratti di verità coinvolgenti diritti fondamentali e, in genere, interessi di rilievo costituzionale, esse ridondano naturalmente in verità costituzionali, avvalorate quindi assai spesso dal diritto vivente.

##### *5. Verità processuali e verità sostanziali, con specifico riguardo al piano su cui maturano le esperienze di “dialogo” tra le Corti*

Si tratta ora di vedere quali siano i luoghi e i modi in cui prende forma la ricerca delle verità costituzionali, specie di quelle che richiedono impegnative e complesse operazioni interpretative degli enunciati della Carta. Non sto qui a dire di quali siano le sedi istituzionali preposte all’attuazione del disegno costituzionale, sulla qual cosa ci si è già avuto modo di intrattenere specificamente altrove. Mi limito solo a rammentare che le maggiori responsabilità della implementazione del figurino disegnato nella Carta gravano, in un ordinamento di tradizioni liberal-democratiche qual è il nostro, in primo luogo sulle sedi della rappresentanza politica. Annose e particolarmente gravi carenze in esse rilevate hanno però comportato il sostanziale spostamento del compito in capo a sedi diverse (e, segnatamente, a quelle in cui si amministra giustizia e si svolgono attività di garanzia in genere), obbligate ad una innaturale “supplenza” nei riguardi del legislatore.

---

<sup>22</sup> In tema è venuta a formarsi – come si sa – un’alluvionale produzione scientifica: da ultimo e per tutti, L. MORONI, *L’obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 tra legittimità e notizie false*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2023, 2 maggio 2023, 1 ss.

<sup>23</sup> Con specifica attenzione alle più recenti pronunzie emesse dalla Consulta, v. C. IANNELLO, *La ratio dell’obbligo vaccinale nella recente giurisprudenza costituzionale*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2023, 17 maggio 2023, 43 ss.

Ancora una volta, illuminante è la vicenda, più volte evocata, relativa alla salvaguardia dei diritti fondamentali, in ispecie dei nuovi, maggiormente bisognosi dei vecchi di solido sostegno e costante alimento al fine di potersi via via diffondere e far valere. Non è, d'altronde, per mero accidente che si sia altrove ripetutamente caldeggiato il loro riconoscimento, in primo luogo, ad opera di fonte costituzionale, anziché – come comunemente si pensa – di legge comune o addirittura, *omisso medio*, di pronunzie dei giudici<sup>24</sup>; e ciò, per la elementare ragione che, situandosi essi al cuore della “materia” costituzionale, naturalmente evocano in campo la forma parimenti costituzionale, la più adeguata a darne la prima ed essenziale disciplina, lo strumento elettivo insomma allo scopo di dar modo alla verità costituzionale in essi racchiusa di farsi cogliere ed apprezzare dagli operatori restanti e dall'intero corpo sociale. L'aggravamento della procedura e, in ispecie, i larghi consensi che sono sovente richiesti perché la stessa pervenga a buon fine agevolano, infatti, il radicamento nel corpo sociale delle affermazioni racchiuse e veicolate dalla massima fonte espressiva di potere costituito.

Sta di fatto, però, che non soltanto è venuto largamente meno il legislatore costituzionale al compito suo proprio di dare voce ai nuovi diritti ma visibilmente carente è stata (ed è) altresì la normazione con legge ordinaria. Di qui, appunto, l'appello fatto in numerose circostanze ai giudici al fine di darvi appagamento.

Sta proprio qui – come si sa – la ragione del sostanziale superamento delle “rime obbligate” in talune operazioni di giustizia costituzionale, di cui si è avuto (e si ha) non infrequente riscontro. Ancora da ultimo, una sensibile dottrina<sup>25</sup> ne ha dato giustificazione principalmente nel duplice assunto che, per un verso, è il fine dell'appagamento dei diritti a legittimare l'esperienza in parola e, per un altro verso, che essa s'ispira alla “logica” della sussidiarietà, riconoscendosi ad ogni buon conto l'opportunità al legislatore di far luogo in ogni tempo ad una nuova disciplina della materia, diversa – se del caso – da quella a titolo precario stabilita dalla Corte.

Come si è però tentato di mostrare altrove<sup>26</sup>, né l'uno né l'altro argomento appaiono essere irresistibili.

E infatti.

In primo luogo, la “logica” della sussidiarietà vale (e non può che valere) unicamente tra organi ed attività aventi carattere omogeneo (in ispecie, aventi natura politico-normativa, quale ad es. si riscontra al piano dei rapporti tra leggi statali e leggi regionali).

In secondo luogo, non è (e non può essere) il fine a giustificare il mezzo, dal momento che – come si è fatto opportunamente notare<sup>27</sup> – è sempre il secondo a preconstituire il primo.

In terzo (e ultimo) luogo, la circostanza per cui il legislatore può in ogni tempo riappropriarsi della funzione sua propria, innovando alle stesse novità introdotte dal giudice costituzionale, non esclude bensì implica e conferma il *vulnus* alla discrezionalità patito dal legislatore, peraltro avvalorato *per tabulas* dalla stessa Corte costituzionale, specie in occasione della messa in atto della tecnica della decisione in due tempi inaugurata in *Cappato*, laddove dapprima la Corte si reputa inabilitata a far subito luogo al rifacimento della normativa portata alla sua cognizione e considerata incompatibile con la Costituzione, superando quindi in seconda battuta ogni remora in tal senso già manifestata proprio in forza del principio della doverosa osservanza della discrezionalità del legislatore.

---

<sup>24</sup> V., dunque, di recente, il mio *Rapporti interordinamentali ed effettività della tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2023, 20 marzo 2023, 121 ss.

<sup>25</sup> Part., M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie*; L. D'ANDREA, *Il “governo” del processo costituzionale*, e N. CANZIAN, *Il divieto per la Corte costituzionale di sindacare l'uso discrezionale del potere legislativo del Parlamento*, nei loro contributi al convegno del Gruppo di Pisa tenutosi a Como il 26 e 27 maggio 2023 su *I 70 anni della Legge n. 87 del 1953: l'occasione per un “bilancio” sul processo costituzionale*, alla pagina Convegni del [sito](#) del Gruppo di Pisa.

<sup>26</sup> ... e, segnatamente, nel mio *La legge 87 e le “modifiche tacite” della disciplina del processo costituzionale*, in *I 70 anni della Legge n. 87 del 1953: l'occasione per un “bilancio” sul processo costituzionale*, cit.

<sup>27</sup> A. PUGIOTTO, *Dalla “porta stretta” alla “fuga” dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 169.



Il vero è che la tecnica in parola appare essere afflitta da una contraddizione interna insanabile, portando all'effetto di una innaturale commistione dei ruoli di decisore politico e di garante in capo alla Corte, come tale incompatibile con il principio della separazione dei poteri che, giusta la definizione datane all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, è (e resta) uno dei principi fondanti lo Stato costituzionale.

I meccanismi processuali, ad ogni buon conto, oltre ad essere assai spesso farraginosi e talora persino arrugginiti, vanno incontro a limiti loro propri, strutturali, prima di riuscire ad esprimere delle autentiche verità di diritto costituzionale; cionondimeno, la vocazione alla stabilizzazione è pur sempre insita negli istituti processuali e nelle tecniche decisorie di cui si avvalgono gli operatori di giustizia, in ispecie di alcuni.

Il giudicato costituzionale<sup>28</sup> è, forse, la massima espressione di verità costituzionale, a motivo dell'*auctoritas* dell'organo e, in ispecie, del carattere irreversibile degli effetti prodotti dalle sue decisioni: *secundum verba* – mi piace qui, ancora una volta, sottolineare<sup>29</sup> –, di *tutte* le decisioni, in forza del disposto di cui all'ultimo comma dell'art. 137 della Carta. Sappiamo però che, per la dottrina e la giurisprudenza correnti, le cose non stanno affatto così, assumendosi essere proprio delle sole pronunzie ablativo il carattere irreversibile degli effetti in parola ed escludendosi la stessa sussistenza del giudicato per le decisioni di rigetto. Si è, insomma, ormai affermata al riguardo una verità praticamente incrollabile, frutto di una consuetudine teorico-ricostruttiva non più contestata da alcuno, della quale, pur seguitando a non condividerla, convengo che si debba prendere atto, al fine di non incappare nel difetto, rilevato da un'autorevole, indimenticata dottrina, del "solipsismo giuridico, proprio di certi giuristi troppo orgogliosi e personalistici"<sup>30</sup>.

V'è di più. Non si perda di vista, infatti, la circostanza per cui, tornando sui propri passi, la Corte ha modo di avvalersi della tecnica dell'autocitazione<sup>31</sup> per precisare e rimettere a punto, a volte con operazioni sostanzialmente correttive seppur abilmente mascherate, il senso complessivo di anteriori pronunzie, siano esse di rigetto che di accoglimento. Nei fatti, insomma, non è vero che le verità di diritto costituzionale espresse nelle pronunzie in parola sono sempre fedelmente e scrupolosamente rispettate dalla stessa Corte, oltre che naturalmente dagli altri loro interpreti che, in buona o mala fede, se ne possono non di rado anche sensibilmente discostare.

Per un verso, non è detto, dunque, che la verità processuale rispecchi sempre la verità sostanziale: vale per le esperienze dei giudizi davanti alla Corte così come, ovviamente, per qualunque altra esperienza processuale: più ancora, anzi, per i giudizi comuni per i quali è prevista la soggezione a revisione, che naturalmente ha la sua *ratio* significativa nel bisogno di acclarare una verità dapprima non autenticamente disvelata e darle modo, seppur a seguito di un travagliato percorso, alla fine di affermarsi. Quanto, poi, ai giudizi davanti alla Corte, la questione si fa particolarmente complessa specificamente per il caso che sopravvengano pronunzie delle Corti europee incompatibili con i verdetti emessi al termine dei giudizi stessi, pur laddove siano racchiusi in decisioni di accoglimento.

<sup>28</sup> ... a riguardo del quale, dopo i noti studi di F. DAL CANTO (del quale v., almeno, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, Torino 2002), v., per tutti, E. FURNO, *Giudicato costituzionale*, in *Dig./Disc. pubbl.*, *Agg.*, VIII (2021), a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, 207 ss., e lett. *ivi*.

<sup>29</sup> Mi sono sforzato di argomentare la tesi ora evocata nel testo nel mio *Storia di un "falso". L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, con le precisazioni quindi apportate in *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in *AA.VV.*, *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi-M. Cavino-J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 349 ss.

<sup>30</sup> L. PALADIN, *Saluto ai partecipanti al convegno di Trieste del 26-28 maggio 1988 su Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1988, 5. Vi ho fatto richiamo in testa al mio *Storia di un "falso"*, cit., 1.

<sup>31</sup> Ne ha fatto (e ne fa), per vero, un uso a volte sapiente e raffinato, altre di contro oggettivamente forzato, come quando converte indebitamente un *obiter dictum* in un punto di diritto già ampiamente argomentato. In generale, sulle tecniche retorico-argomentative viepiù affinate messe in atto dalla Consulta, tra le quali è appunto quella ora accennata nel testo, v., per tutti, *AA.VV.*, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, e A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996.

In una congiuntura siffatta, la revisione del processo costituzionale, nel significato che è al termine usualmente assegnato con riguardo alle esperienze processuali che maturano nei giudizi comuni<sup>32</sup>, non è chiaramente possibile, stante la impossibilità della “reviviscenza” della legge caducata dalla Consulta, a motivo del carattere istantaneo (art. 136, I c.) ed irreversibile (art. 137, ult. c.) dell’effetto ablativo. Laddove, però, se ne abbia la “riproduzione” con altra legge<sup>33</sup>, quindi portata alla cognizione della Corte, è tuttavia da ritenere che la Corte stessa sia tenuta a far luogo ad una pronuncia di rigetto, in forza del vincolo anche su di essa gravante di dar seguito al verdetto del giudice europeo<sup>34</sup>. Potrebbe, insomma, dirsi che la verità processuale in precedenza enunciata si trovi soggetta a sostanziale revisione davanti ad una verità processuale sopravveniente *ab extra* che quindi richieda di rispecchiarsi fedelmente in verità processuali di diritto interno.

Tutto ciò posto, è pur vero, però, che la soggettività, connotato comunque ineliminabile di ogni interpretazione, non può portare ad escludere la eventualità che qualunque pronuncia dischiuda naturalmente il ventaglio a plurime e anche sostanziali correzioni di senso degli enunciati che racchiude dentro di sé, idonee ad affermarsi nella cerchia dei suoi destinatari e, quindi, a diffondersi in seno al corpo sociale. L’unica via percorribile al fine di contenere – fintantoché possibile – quest’esito, se non pure a far chiudere del tutto il ventaglio in parola, è che vengano man mano a prendere forma ed a consolidarsi nell’esperienza quelle *consuetudini culturali* di riconoscimento della bontà di una certa soluzione interpretativa, cui si è più volte fatto dietro richiamo, componendosi e radicandosi nel corpo sociale un *diritto vivente* che vi dia voce e la porti ad effetto.

Al tirar delle somme, come si vede, il c.d. “dialogo” tra le Corti – com’è usualmente chiamato – è, a un tempo, fattore di rinnovamento e di stabilizzazione di verità processuali che si fa particolarmente apprezzare proprio sul terreno del riconoscimento e della salvaguardia dei diritti fondamentali. È chiaro che la ricerca della verità costituzionale si dimostra essere assai più complessa in un contesto segnato dalla pluralità dei documenti *materialmente* (o – come preferisce dire la Consulta<sup>35</sup> – *tipicamente*) costituzionali, quali sono le Carte dei diritti, sollecitate a darsi mutuo sostegno ed alimento fino ad immedesimarsi – laddove possibile – nei fatti interpretativi<sup>36</sup>, rispetto al contesto di un tempo che vedeva la sola Costituzione porsi in sovrana solitudine quale *fons fontium*, unico punto di unificazione-integrazione dell’ordinamento. È parimenti chiaro, però, che, grazie alla disponibilità di più Carte e per effetto del “dialogo” incessante e fecondo che s’intrattiene tra le Corti che ne sono istituzionalmente garanti, è possibile raggiungere verità costituzionali dotate di ancora più saldo fondamento, proprio perché in esse si riconoscono più Corti operanti a livelli istituzionali diverse<sup>37</sup>, e – ciò che maggiormente importa – idonee ad offrire un servizio maggiormente appagante

---

<sup>32</sup> Sul significato che è da assegnare alla revisione in parola, con specifico riguardo al caso ora richiamato nel testo, dal punto di vista della verifica della verità processuale, v., part., R. CONTI, *Alcuni aspetti della verità nel diritto*, in [Diritti Comparati](#), 3/2022, spec. 830 ss.

<sup>33</sup> Ciò che, di norma, è da qualificare come illecito, appunto in quanto lesivo del giudicato costituzionale. Il punto è, per vero, come si sa discusso, alcuni giudicando inciso il giudicato unicamente qualora la “riproduzione” si abbia con effetto retroattivo ed altri, poi, escludendola del tutto, restando quindi demandato alla Corte di determinarsi come crede davanti alla legge posteriormente venuta alla luce, che sarebbe comunque da considerare “nuova” *quoad formam* se non pure *quoad substantiam*.

<sup>34</sup> ... salvo, ovviamente, il caso che lo si reputi lesivo dei principi che stanno a base del nostro ordinamento, dei “controlimiti” insomma.

<sup>35</sup> Il riferimento è – come si sa – nella notissima [sent. n. 269 del 2017](#).

<sup>36</sup> Così, secondo [Corte cost. sent. n. 388 del 1999](#) e succ. (tra le altre, [sentt. nn. 84 del 2021](#), [54](#), [145](#) e [198 del 2022](#)). La soluzione patrocinata da questa ispirata giurisprudenza è, dunque, quella di un paritario rapporto tra la Costituzione e le altre Carte dei diritti *al piano della teoria della interpretazione* e per gli esiti da essa linearmente discendenti; ciò che, però, contrasta con la ricostruzione dei rapporti stessi raggiunta *al piano della teoria delle fonti*, laddove si seguita a far utilizzo del criterio della gerarchia, che però a mia opinione fa a pugno con il previo riconoscimento della natura *materialmente* costituzionale dei documenti normativi in parola.

<sup>37</sup> Ovviamente, è da mettere in conto anche la eventualità, di cui peraltro si è non poche volte avuto riscontro, che si diano letture delle Carte reciprocamente divergenti, persino apertamente confliggenti. Ogni Carta, infatti, può esprimere plurime verità per uno stesso enunciato che vanno quindi a sommarsi a quelle di altre Carte. E, tuttavia, l’esperienza

a taluni bisogni elementari della persona umana, come tali da questa diffusamente ed intensamente avvertiti. Basti solo, a darne riprova, tenere a mente il modo con cui si perviene al riconoscimento dei nuovi diritti che – come si segnalava poc’anzi – vengono sovente alla luce grazie ai riferimenti ad essi fatti in Carte diverse dalla Costituzione, quindi portati a frutto, in primo luogo, dai giudici europei e, a seguire – ormai sempre più di frequente –, anche dai giudici di diritto interno, comuni e costituzionali<sup>38</sup>.

*6. Il diritto fondamentale alla verità quale prius logico ed assiologico di ogni altro diritto e il suo bilanciamento con altri beni della vita o interessi costituzionalmente protetti (l'esempio dell'accertamento delle origini biologiche della persona)*

Le sedi giurisdizionali, in ciascuna delle loro articolazioni strutturali ed espressioni funzionali, appaiono essere tra le più qualificanti, forse proprio quelle maggiormente attrezzate, al fine dell'accertamento della verità, specie – come si è veduto – per ciò che attiene alla emersione e salvaguardia dei nuovi diritti fondamentali. E ciò, a motivo della neutralità ed imparzialità che connota la posizione dei giudici e per il modo con cui è esercitato il *munus* ad essi demandato in conformità ai canoni che lo governano (relativi alla raccolta delle prove, al contraddittorio, all'obbligo di motivazione delle decisioni, ecc.).

L'ordinamento, nondimeno, contempla l'eventualità che essa risulti a seguito di un lungo e laborioso cammino; ammette, cioè, che una prima o, magari, una seconda volta non se ne abbia l'accertamento o diciamo pure che essa possa essere distorta e che, a garanzia del suo ripristino e, dunque, delle aspettative nutrite da coloro che si attivano per acquisirla, possa farsi luogo ad ulteriore verifica<sup>39</sup>. Il giudicato, con il carattere tendenzialmente definitivo che gli è proprio<sup>40</sup>, è stato pensato – come si è poc’anzi rammentato – proprio in funzione servente nei riguardi della certezza del diritto e della certezza dei diritti, vale a dire della loro effettiva, ottimale salvaguardia, e, per ciò stesso, della essenza costituzionale e, dunque, della verità in questa racchiusa<sup>41</sup>.

---

mostra che la tecnica dei richiami incrociati che le Corti sovente si fanno a vicenda incoraggia piuttosto la convergenza degli orientamenti e, alla lunga, in casi viepiù frequenti, la loro stessa integrazione. La molteplicità dei documenti materialmente costituzionali non preclude, dunque, l'affermazione di alcune “macroverità”, espressive di costanti giurisprudenziali su cruciali questioni particolarmente avvertite in seno al corpo sociale.

<sup>38</sup> Non si perda, ad ogni buon conto, di vista la circostanza per cui il rapporto tra le Corti è attraversato da un moto circolare incessante, sol che si pensi che, per un verso, non di rado le Corti europee fanno espliciti richiami alla giurisprudenza di diritto interno, nei cui riguardi si dichiarano variamente debitorie, e, per un altro verso, il patrimonio costituzionale europeo – per riprendere una nota espressione di un'autorevole, indimenticata dottrina (A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna 2002) – risulta composto altresì da materiali, le c.d. tradizioni costituzionali comuni, attinti dagli ordinamenti nazionali e quindi fatti oggetto di rielaborazione ed adattamento alle peculiari esigenze del contesto sovranazionale in cui si immettono.

<sup>39</sup> Non si trascuri, peraltro, il modo con cui, negli organi giudicanti aventi composizione collegiale, si perviene al *decisum*, a mezzo del confronto, a volte anche assai aspro ma sempre costruttivo, tra posizioni sensibilmente diverse. Fa notare un sensibile studioso che è anche un accreditato operatore come alla verità “finale” concorrano, in non secondaria misura, anche coloro che si riconoscono in un'altra verità, pur laddove quest'ultima non riesca appunto ad affermarsi né in seno al collegio giudicante né, quindi, presso gli altri operatori di giustizia, comunque non tenuti a conformarsi al verdetto prevalso in seno al collegio stesso [R.G. CONTI, *Il mestiere del giudice e il diritto incordato di verità*, in *Accademia*, 1/2023, 10 maggio 2023, spec. 318].

<sup>40</sup> ... fatte, cioè, salve le eccezioni cui si è sopra fatto cenno.

<sup>41</sup> Non si tralasci tuttavia di considerare il fatto che, non dandosi nel nostro e in similari ordinamenti il vincolo della conformità al precedente, il medesimo caso in senso oggettivo possa risultare ed effettivamente non di rado risulti trattato in sede giudiziaria in modi anche sensibilmente diversi, venendosi pertanto a formare plurimi giudicati espressivi di parimenti plurime verità processuali: ulteriore conferma, questa, della soggettività delle interpretazioni e dei relativi esiti. A fronte di ciò stanno però – come si è venuti dicendo – alcune verità ormai inconfutabili, specie in relazione ai principi di struttura dell'ordinamento, riferiti cioè all'essenza della forma di governo (indiscutibilmente parlamentare) e della forma di Stato (di tradizioni liberal-democratiche).

Se ne ha che esiste, senza alcun dubbio, al di là del fatto che non se ne faccia esplicita menzione nella Carta<sup>42</sup>, un vero e proprio *diritto fondamentale alla verità*<sup>43</sup> cui fa da *pendant* il dovere di prestarla da parte di quanti, individui ed organi di apparato, sono a vario titolo coinvolti nelle vicende volte al suo accertamento. È interessante fermare, sia pure solo per un momento, l'attenzione sul punto, con specifico riguardo al versante dei rapporti tra individuo e pubblici poteri. Il dovere di questi ultimi di assicurarla in occasione dell'esercizio delle funzioni loro proprie discende linearmente dal dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione; e può, anzi, considerarsi una delle più genuine espressioni di quest'ultimo sotto più aspetti, peraltro inscindibilmente legati tra di loro<sup>44</sup>.

In primo luogo, è infatti da considerare che nessun ordinamento d'ispirazione liberal-democratica può essere edificato sulla menzogna e trasmettersi integro nel tempo a mezzo di essa; possono esserlo (e di fatto molte volte lo sono) ordinamenti di connotazione autoritaria che, però, prima o poi si trovano costretti a fare i conti con la storia e con l'aspirazione, profondamente avvertita dalla comunità governata, all'acquisizione ovvero al ripristino della verità e, con essa, al riconoscimento dei valori fondamentali di libertà, eguaglianza, giustizia sociale, democrazia. Condizione, dunque, necessaria, seppur da sola non sufficiente, per la stessa sopravvivenza degli ordinamenti di democrazia occidentale è la tessitura di una trama istituzionale di rapporti con e tra i pubblici poteri le cui maglie risultino saldamente unite tra di loro dal collante della verità, in ciascuna delle sue espressioni e in tutte assieme.

In secondo luogo, riconsiderato *ex parte communitatis*, il diritto alla verità si pone quale un *prius* logico ed assiologico di ogni altro diritto. A che varrebbe, d'altronde, pretendere l'appagamento di qualsivoglia diritto fondamentale laddove non fosse assicurato il rispetto della verità? La salvaguardia dei diritti e l'accertamento della verità fanno, anzi, tutt'uno, l'una cosa in uno Stato costituzionale non potendosi avere facendo a meno dell'altra o, peggio, opponendovisi frontalmente.

Si danno, tuttavia, circostanze al verificarsi delle quali lo schema ora succintamente rappresentato si complica non poco. È vero, infatti, che i diritti possono farsi valere unicamente grazie alla (e nella) verità ma è parimenti vero che al diritto alla conoscenza (*scilicet*: vera) può talvolta opporsi quello alla non conoscenza, che – sia chiaro – non equivale al diritto alla menzogna né mai può in esso risolversi, traducendosi piuttosto nell'aspettativa costituzionalmente salvaguardata a che la verità non emerga. In buona sostanza, qui, così come in innumerevoli altre circostanze, si tratta di far luogo ad un bilanciamento tra posizioni giuridiche comunque meritevoli di tutela; ed è il contesto o – se si preferisce altrimenti dire – la situazione di fatto a far pendere la bilancia dall'una ovvero dall'altra parte.

Illuminante è al riguardo la nota vicenda relativa all'accertamento delle origini biologiche della persona<sup>45</sup>, laddove si fronteggiano il diritto alla verità del figlio e il diritto del genitore (perlopiù della madre) al mantenimento dell'anonimato, un diritto quest'ultimo più volte considerato prevalente nei riguardi del primo.

La vicenda è assai istruttiva anche sotto un aspetto che merita di essere qui rimarcato; ed è che in sede di ponderazione dei diritti costituzionali ha rilievo, per un verso, come si diceva, il contesto in cui essi sono fatti valere e, per un altro verso, anche il modo con cui si perviene alla loro composizione. Ho sempre ritenuto, con riferimento all'esempio appena fatto, che la soluzione

---

<sup>42</sup> V., infatti, quanto se ne dice nel mio *Notazioni sparse per uno studio su Stato costituzionale, memoria collettiva ed etica pubblica repubblicana*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), 1/2022, 30 gennaio 2022, 231, in nt. 19.

<sup>43</sup> In tema, v., nuovamente, R. CONTI, *Alcuni aspetti della verità nel diritto*, cit., 833 ss., ed *ivi* specifico approfondimento della travagliata questione relativa al diritto alla ricerca di persone scomparse (con opportuni richiami di giurisprudenza, nazionale e non).

<sup>44</sup> Sul dovere in parola, v., nuovamente, gli studi di A. MORELLI, part. la sua monografia su *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, già richiamata.

<sup>45</sup> ... cui accenna anche R. CONTI, nello scritto da ultimo richiamato, 849, in nt. 63 (con richiamo a [Corte cost. sent. n. 272 del 2017](#)).

maggiormente conforme a ragionevolezza fosse quella non già di dare incondizionato rilievo al volere storicamente rappresentato dall'ascendente bensì di verificarne l'attualità e di assumere quindi le opportune determinazioni alla luce dell'accertamento della verità per tale via acquisita. È vero, infatti, che il genitore potrebbe anche in seguito restare fermo nel suo originario proposito, per plurime ragioni qui non specificamente interessanti (aver taciuto il proprio passato alla famiglia cui abbia in seguito dato vita, ecc.), ma è parimenti vero che potrebbe nel frattempo aver mutato avviso e che, anzi, ardentemente desidera conoscere il figlio ed intrattenere con lo stesso quei rapporti che mai prima si erano avuti. Sarebbe persino paradossale – se ci si pensa – che entrambi i protagonisti di queste vicende si prefiggano il medesimo obiettivo e che non siano messi in grado di poterlo centrare. La soluzione maggiormente mite, ragionevole, è, dunque, quella che il giudice, cui il figlio si sia rivolto al fine di veder appagato il proprio desiderio alla verità, si attivi nella ricerca dell'ascendente, lo contatti riservatamente e appunto verifichi l'attualità del suo volere, determinandosi quindi di conseguenza.

Come si vede, il diritto alla verità può maturare nel suo processo di crescita ed essere appagato, sempre che ciò non comporti un *vulnus* ad altro diritto costituzionalmente fondato; e, come di consueto, la ragionevolezza è lo strumento che presiede alle operazioni di bilanciamento secondo valore.

Si danno, poi, circostanze in cui il diritto alla verità non può affermarsi per la concomitante emersione di un interesse facente capo all'intera comunità che vi si opponga (e sono, in specie, i casi in cui entra in campo il segreto di Stato<sup>46</sup>). In altre circostanze ancora, di contro, il diritto alla verità si appunta non soltanto in capo a singoli individui ma anche (e soprattutto) all'intera comunità, tant'è che sovente si battono più piste contemporaneamente ovvero in successione l'una rispetto all'altra in vista del suo conseguimento, nel mentre la stessa appare talvolta essere volutamente appannata ed ostacolata.

Si pensi, ad es., ai casi in cui si fa luogo alla istituzione di commissioni parlamentari d'inchiesta nell'intento di dipanare matasse fortemente aggrovigliate (relative, ad es., alla mafia, le stragi di Stato, ecc.).

### *7. Una succinta notazione finale a riguardo del rapporto tra testo e verità costituzionali e, specificamente, degli sviluppi che esso assume per effetto delle consuetudini culturali di riconoscimento di queste ultime*

Si dispone ora degli elementi utili per una succinta notazione finale. Si è, infatti, veduto che si può, sì, legittimamente discorrere di una verità costituzionale ma unicamente in relazione a talune cruciali questioni riguardanti la conformazione strutturale dell'ordinamento, il suo modo complessivo di essere, la sua essenza. Attorno a questo “nucleo duro” – se così vogliamo seguire a chiamarlo<sup>47</sup> – si dispone infatti una parte, ora più ed ora meno consistente, che appare essere duttile per un verso, opaca ed appannata per un altro. Il *punctum crucis* della questione sta però nei limiti segnati alla varietà degli esiti interpretativi, con riguardo cioè ai confini dei campi materiali sui quali essi

---

<sup>46</sup> In tema, v., almeno, V. PUPO, *Segreto di Stato e democrazia nell'Italia repubblicana*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2018, e AA.VV., *Il segreto di Stato. Una indagine multidisciplinare sull'equo bilanciamento di ragioni politiche e giuridiche*, a cura di G. Dalia e M. Panebianco, Giappichelli, Torino 2023.

<sup>47</sup> Di “nucleo duro” usualmente si discorre – come si sa – in relazione ai principi fondamentali dell'ordinamento, considerati irriducibili proprio perché caratterizzanti l'ordinamento stesso (v., per tutti, AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e principî fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Giappichelli, Torino 2006). Si è, però, fatto altrove notare (e qui pure ribadito già nelle notazioni iniziali di questo studio) che gli stessi principi possono andare soggetti a modifiche volte a portare ad ulteriore espansione il “nucleo” concettuale e positivo in essi racchiuso. Allo stesso tempo, va poi tenuto, ancora una volta, presente che gli enunciati che li esprimono si aprono a raggiera a plurime specificazioni di senso, anche in essi dunque coesistendo, accanto ad una verità omnicondivisa, plurime verità, frutto di letture variamente differenziate tra di loro, e dotate di parimenti varia valenza normativa.

maturano, sovente a seguito di un lungo e sofferto lavoro sui testi. Il rischio sempre incombente è, infatti, quello della deriva interpretativa; della qual cosa molti studiosi mostrano di non avere piena avvertenza, dal momento che finiscono con il sovraccaricare di significati e di aspettative gli enunciati della Carta, in ispecie appunto quelli espressivi dei principi fondamentali, portando all'effetto per cui, assumendo che la Costituzione sia in grado di dire *tutto su tutto*, si finisce con il non farle dire... *nulla*<sup>48</sup>.

Ora, non è di qui tornare ad indugiare su criteri e metodi dell'interpretazione in genere e di quella costituzionale in ispecie, su cui – come si sa – si sono versati fiumi d'inchiostro. Mi limito solo a fermare l'attenzione su un punto cui è, a mia opinione, da assegnare particolare rilievo; e riguarda la relazione che s'intrattiene tra la lettera degli enunciati e quelle consuetudini culturali cui si è fatto ripetutamente richiamo nel corso della riflessione che sta ora per concludersi. Il testo, infatti, detiene pur sempre un posto di primo piano nei ragionamenti dei giuristi e con esso dunque – piaccia o no – occorre pur sempre fare i conti. Il suo accantonamento non è, pertanto, immaginabile.

In innumerevoli occasioni mi sono dichiarato dell'idea, che qui reputo di dover tenere ferma, secondo cui quando il testo della Costituzione non piace, la via lineare non è quella della sua "modifica tacita", per via interpretativa appunto, bensì l'altra della innovazione alla luce del sole, con le procedure dalla stessa Carta allo scopo stabilite. Certo, la prima via è non poche volte assai più piana e agevolmente percorribile, tant'è che la lavagna costituzionale è stata – praticamente, in ogni sua parte – più e più volte fatta oggetto di cancellazioni e riscritture di vario segno, mentre la soluzione delle innovazioni per via di revisione rimane pur sempre una evenienza eccezionale. D'altronde, le stesse modifiche per tale via introdotte sono quindi andate incontro a plurime "modifiche tacite", espressive di una generale, irrefrenabile tendenza dell'esperienza costituzionale a prendere il sopravvento sulle discipline positive.

Sta di fatto, però, che gli enunciati non possono fare a meno delle consuetudini culturali che su di essi s'impiantano e maturano. Le consuetudini in parola sono, infatti, una risorsa preziosa, specie con riguardo agli enunciati dotati della maggiore vaghezza o, diciamo pure, ambiguità espressiva. Danno voce – come si è veduto dall'esempio altamente illuminante del riconoscimento dei nuovi diritti fondamentali – ai più avvertiti bisogni del corpo sociale ed hanno altresì una rilevante duplice funzione, di rinnovamento, per un verso, e di stabilizzazione semantica, per un altro verso. Ad ogni buon conto, la questione in particolare si pone in relazione ai casi in cui la lettera appare essere vistosamente invecchiata, nel mentre le consuetudini culturali che la riguardano si presentano in modo parimenti vistoso da essa debordanti. A conti fatti, però, contano solo queste ultime che, con la forza che viene dalla effettività, riescono ad affermarsi ed a farsi valere, imputando poi alla Carta le verità costituzionali di cui si fanno portatrici, presentandole come ormai definitivamente acquisite e, perciò, non più discutibili.

---

<sup>48</sup> Viene a porsi al riguardo la micidiale questione teorica concernente la esistenza di lacune costituzionali, cui nondimeno non può qui farsi neppure un cenno [in tema v., volendo, il mio *Lacune costituzionali*, in [Rivista AIC](#), 2/2016, 18 aprile 2016].

**Marco Ladu – Nadia Maccabiani**  
**L'autodeterminazione popolare nell'era digitale:**  
**tra opportunità normative e tecnologiche\***

**ABSTRACT (EN):** *The paper, after a brief introduction of the risks and opportunities entailed by the digital transformation process in respect of the right to vote, focuses on some legal (§ 4) and technological (§ 3) developments in order to understand in which terms they intersect with the constitutional purposes that referendum underlie (i.e. the strengthening of popular self-determination). In this last respect, any new right is requested but rather the enhancement of traditional principles and rights by means of further specific “qualifications” that aims at reinforcing both, the awareness and empowerment of the voter. Consequently, the pivotal issue falls on the implementation of those prerequisites that support the voter's ability to take “direct decisions” for the collective life by means of technological tools functional to his empowerment (what we deem could be found in the double arrangement between referendum and technological systems like blockchain and gamification), as well as by means of regulatory tools functional to his awareness (what we deem could be found in the address followed by some European initiatives that support equity and transparency).*

**SOMMARIO:** 1. Il perimetro della ricerca. – 2. Transizione digitale e diritto di voto. – 2.1. L'amplificarsi degli strumenti di manipolazione. – 2.2. Il voto elettronico: libero, personale e segreto? – 3. Strumenti tecnologici funzionali al voto referendario. – 3.1. La *gamification*. – 3.2. La tecnologia *blockchain*. – 3.3. Segue: sicurezza e affidabilità per le procedure referendarie. – 4. Strumenti normativi funzionali al voto referendario. – 4.1. Trasparenza, equità. – 5. Tra diritto e tecnologia: un voto referendario consapevole e sicuro?


### 1. Il perimetro della ricerca

Lo scritto, nel prendere atto delle sfide ed opportunità (v. *infra*, §§ 2-3) che il processo di trasformazione digitale comporta per gli istituti di democrazia diretta<sup>1</sup> e, più in generale, per il diritto di voto<sup>2</sup>, si sofferma su alcuni recenti sviluppi di natura tecnologica e normativa che sembrerebbero condividere la *ratio* giuridico-costituzionale dell'istituto referendario: la valorizzazione dell'autodeterminazione popolare.

Al riguardo, gli “accorgimenti” di natura normativa (contemplati in recenti iniziative europee: v., *infra*, § 4) e la strumentazione tecnologica (*blockchain*, *gamification*: cfr., *infra*, § 3) sui quali si porrà l'accento, pare possano contribuire al perseguimento di tale finalità senza tuttavia passare attraverso la configurazione di “nuovi diritti”, quanto piuttosto introducendo ulteriori “qualificativi”, rispetto a diritti e principi già esistenti, essenziali per le dinamiche politico-democratiche (in termini, come si vedrà, di trasparenza, equità, sicurezza ed affidabilità).

Questi strumenti, di natura tecnologica e normativa, risultano quindi accomunati da un *idem sentire*, volto al rafforzamento dell'*awareness* e dell'*empowerment*<sup>3</sup> dell'individuo, che viene

---

\*  Il presente contributo, frutto di una riflessione condivisa tra gli autori, è direttamente riferibile, quanto ai §§ 2.2, 3, (3.1, 3.2 e 3.3) a Marco Ladu, e, quanto ai §§ 1, 2 (2.1), 4 (4.1) e 5 a Nadia Maccabiani.

<sup>1</sup> Per una distinzione degli strumenti di democrazia diretta si veda J. ORGAN, *Direct Citizen Participation in the EU Democratic System*, in A. ALEMANNI, J. ORGAN, *Citizen Participation in Democratic Europe: what next for the EU?* ECPR Press, London-New York, 2021, 43-57.

<sup>2</sup> P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2019, 71 ss.

<sup>3</sup> Volendo seguire la “scala” proposta da S.R. ARNSTEIN, *A ladder of citizen participation*, in *Journal of the American Planning Association*, vol. 35, n. 4/1969, 216 ss., l'*empowerment* è il massimo grado della partecipazione popolare perché si traduce in un *decision-making* paritario, non solo del potere pubblico, ma anche del popolo (gli altri due gradini della scala sono l'*enablement* e l'*engagement*).

“posto al centro” e “potenziato”, mediante le richiamate “qualificazioni” ulteriori di principi e diritti tradizionali (tra cui spiccano il principio personalista, democratico e, con essi, il diritto di voto ed i presupposti diritti di pensiero e informazione). Tale connubio alimenta un circolo virtuoso che vede protagoniste, da un lato, le “potenzialità” ammesse dalle nuove tecnologie, dall’altro lato, una maggiore consapevolezza dell’elettore edificata su nuove basi normative che (come detto) implementano con “qualificativi” ulteriori categorie classiche di diritti e principi, creando presupposti funzionali all’autodeterminazione popolare (finalità primigenia e tipica dell’istituto referendario).

Simile mutua implementazione ci pare tanto più importante nella realtà odierna dove «Referendum democracy is a growing feature of constitutional politics in Europe»<sup>4</sup> e – per conseguenza – adeguate garanzie vanno edificate per uno strumento che consegna al popolo decisioni definitive, prive di intermediazioni partitiche o istituzionali<sup>5</sup>, e che pertanto scopre ancor più il fianco della carica “costituzionalmente lesiva” di alcuni aspetti dell’ambiente digitale. Da qui l’importanza del “mezzo”, sia esso normativo o tecnologico, volto a meglio strutturare la presupposta autodeterminazione degli elettori. Per far sì che questi, quali *inforgs*, nell’era dell’*onlife*<sup>6</sup>, sappiano orientarsi e – per conseguenza – consapevolmente autodeterminarsi, a fronte dell’espandersi dei rischi legati alla manipolazione e, con essa, alla banalizzazione<sup>7</sup> della partecipazione politica<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> E. CASANAS ADAM, D. KAGIAROS, S. TIERNEY, *Democracy in Question? Direct Democracy in the European Union*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 14, n. 2/2018, 262.

<sup>5</sup> F. BASSANINI, *I corpi intermedi nella democrazia del XXI secolo: la sfida della disintermediazione*, in F. Bassanini, T. Treu, G. Vittadini (a cura di), *Una società di persone? I corpi intermedi nella democrazia di oggi e di domani*, Bologna, 2021, 310-311, «La complessità delle forme e degli strumenti di partecipazione propria delle democrazie moderne si riduce alla partecipazione ai referendum e alla adesione atomistica alle scelte del leader, a loro volta attentamente calibrate e sapientemente comunicate in modo da favorire l’“effetto gregge”»; in questo contesto la «deriva plebiscitaria e populista... è la sensazione largamente diffusa, non solo nel nostro Paese, che la globalizzazione, la rivoluzione tecnologica, le migrazioni di massa, da un lato, e l’affermarsi di poteri sovranazionali (i mercati, la finanza globale, l’Unione europea, le agenzie di rating) dall’altra, abbiano sottratto ai cittadini (al popolo sovrano) il controllo sulle scelte dalle quali dipende il loro futuro; e che dunque l’unica possibilità *to take back control* sia quella di esprimersi direttamente nei referendum o delegare i poteri a un capo che possa rappresentare la volontà della maggioranza».

<sup>6</sup> L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione – Come l’infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, 45 ss., osserva che «la transizione dall’analogico al digitale e la crescita esponenziale di spazi informativi in cui trascorriamo sempre più tempo illustrano con massima evidenza il modo in cui le ICT stanno trasformando il mondo in un’infosfera... Nell’infosfera, popolata da enti e agenti parimenti informativi e in cui non vi è differenza fisica tra *processori* e *processati*, anche le interazioni divengono informativi... Si è soliti fare riferimento a tale recente fenomeno con una varietà di espressioni: dalla “computazione ubiquitaria” all’ “ambiente intelligente”, dall’ “Internet delle cose” alla “realtà delle cose aumentate dal web”. Per quanto mi riguarda preferisco parlare di *esperienza onlife*... La graduale informatizzazione degli artefatti e dell’intero ambiente (sociale) fa sì che sia diventato difficile rappresentarsi come fosse la vita in epoca predigitale... nel prossimo futuro la distinzione tra *onlife* e *offline* è destinata a divenire ancora più sfumata e quindi a scomparire». Ne deriva che il modo con il quale concepiamo noi stessi, anche nella relazione con l’ambiente digitale in cui interagiamo, al quale spesso deleghiamo o esternalizziamo ricordi, decisioni, compiti e attività varie con modalità sempre più integrate con le nostre vite, comporta, quale conseguenza, che «abbiamo iniziato a concepire noi stessi come *inforg*, non attraverso qualche trasformazione biotecnologica del nostro corpo, ma, più seriamente e realisticamente, attraverso la radicale trasformazione del nostro ambiente e degli agenti che vi operano... in molti contesti le ICT hanno già iniziato a essere la squadra che gioca “in casa”, nell’infosfera, con noi che giochiamo “in trasferta”», fungendo spesso da parte integrante di un meccanismo utile alle ICT per funzionare (p. 167).

<sup>7</sup> S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari, 1997, 55 ss.

<sup>8</sup> Come recentemente messo in evidenza, sia pure contestualizzato alla raccolta digitale delle sottoscrizioni referendarie, ma con osservazioni di più ampio respiro da F. PALLANTE, *Referendum digitali e autodelegittimazione del Parlamento*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 6/2021, 344 ss.



Accanto a queste considerazioni preliminari, si deve altresì ricordare che la dottrina non è unanime nel ritenere efficace il processo di digitalizzazione delle procedure democratiche, in particolare in termini di incremento della partecipazione dei cittadini alla vita politica (il c.d. *engagement*)<sup>9</sup>. Preso atto di questa incertezza, l'approccio che qui si intende assumere è di evitare ogni "fideismo digitale", per adottare piuttosto un approccio giuridico-costituzionale di natura pragmatica.

In questo senso, ciò che assume qui rilievo non è tanto se e in che misura la digitalizzazione dei processi elettorali sia in grado di stimolare l'*engagement* dei cittadini (essendo, questa, un'analisi complessa e che senz'altro coinvolge valutazioni di impatto e saperi diversi da quello giuridico); quanto, piuttosto, soffermarsi (come detto) su quei requisiti giuridici e tecnologici che – in combinato disposto – si pongono in aderenza ad una finalità di stampo immanentemente giuridico-costituzionale, peraltro sottesa allo stesso referendum. Finalità che trova il proprio fondamento nel cuore del diritto costituzionale vale a dire nel principio personalista, il quale pone al centro la persona, la sua dignità e la sua capacità di autodeterminazione, che ancor più debbono essere valorizzati nel momento democratico in cui viene ad essa attribuito il potere di assumere, attraverso l'attivazione della leva referendaria, decisioni giuridicamente vincolanti e definitive.

Se risulta quantomeno condivisibile in linea generale la premessa sino ad ora svolta, il punto di partenza che consente di sviluppare il ragionamento sotteso al presente scritto non può che consistere in un approccio meramente ricognitivo, che si traduce nella presa d'atto di alcune evidenze. Da un lato, infatti, occorre prendere atto del carattere di "manipolatività" al quale l'*onlife* ci espone (v., *infra*, § 2). Dall'altro lato, si osserva la crescente emersione di nuove tecnologie (la *blockchain* e le DLTs, di cui si dirà: v., *infra*, §§ 3.2, 3.3) e di alcune loro estensioni (la *gamification*, cfr., *infra*, § 3.1) le quali sono tutte suscettibili di "qualificare" e supportare ulteriormente le finalità giuridico costituzionali collegate all'esercizio, in particolare, del diritto di voto<sup>10</sup>.

Una simile ricostruzione, tuttavia, presuppone necessariamente il portato di scienze diverse da quella giuridica, *in primis* quelle informatiche e, come si vedrà, anche quelle comportamentali (v., *infra*, §§ 2 e 3). Nel contesto di questa dimensione interdisciplinare sia ben inteso che deve continuare a competere al giurista (ed al giurista costituzionalista nello specifico) il compito di soffermarsi sui termini entro i quali i nuovi strumenti offerti dall'evoluzione tecnologica (e, conseguentemente, normativa) possano non solo rispettare formalmente, ma altresì contribuire alla promozione dei diritti e principi costituzionali esistenti che, nel caso di specie, si traducono nella valorizzazione dell'autodeterminazione popolare (v., *infra*, §§ 3 e 4).

Simile constatazione "metodologica" ha altresì portato a far emergere un mutamento di prospettiva del legislatore europeo, traducibile in una "chiamata in corresponsabilità" del singolo individuo, in ragione dell'evidenza che, in un contesto tanto complesso quanto multidimensionale come quello della trasformazione digitale, il "paternalismo" pubblico non basta. Questa "chiamata in corresponsabilità" diventa poi particolarmente significativa per l'istituto referendario, tanto più laddove lo si intenda strutturare per via elettronica. Da un lato, infatti, la già rammentata definitività dell'esito nonché la presupposta mancanza di intermediazioni richiede, *a fortiori*, una necessaria quanto diretta "responsabilizzazione" dei partecipanti; dall'altro lato, è tuttavia necessario che gli elettori siano adeguatamente "attrezzati" attraverso i menzionati "qualificativi" con i quali è ulteriormente contornato e

---

<sup>9</sup> Come sottolineato da A. MACINTOSH, A. WHYTE, *Towards an evaluation framework for eParticipation. Transforming Government*, in *People, Process & Policy*, vol. 2, n. 1/2008, 16-30

<sup>10</sup> Per l'uso della tecnologia come regulatory management tool, cfr. R. BROWNSWORD, *Law, Technology and Society – Re-imagining the regulator environment*, Routledge, New York, 2019.

“puntellato” il diritto di voto (la trasparenza e equità dell’infosfera<sup>11</sup>, in cui si formano le opinioni; la sicurezza e affidabilità del voto elettronico: cfr., *infra*, §§ 3-4). È in questo contesto che si “chiude il cerchio” dell’*awareness* e dell’*empowerment* dell’individuo attraverso mediazioni – giuridiche e tecnologiche – che assolvono un ruolo di supporto alla promozione dell’autodeterminazione popolare mediante referendum.

In merito, sia concesso un ultimo appunto: l’approccio metodologico e la finalità dello scritto non derivano da mera speculazione teorica. Da un lato, la normativa europea, come si vedrà (*infra* § 4), sta ponendo le basi per l’edificazione di una maggiore trasparenza e consapevolezza da parte degli individui, ormai immersi nella *onlife*. Dall’altro lato, i pubblici poteri si stanno dimostrando sempre meno refrattari all’uso delle nuove tecnologie<sup>12</sup>, oltre che nell’*e-government*<sup>13</sup>, per scopi di partecipazione politica (*e-democracy*)<sup>14</sup>, anche mediante *blockchain* (v., *infra*, § 3.2). Con altre e significative parole: «the fact of the matter is that institutional systems are highly imperfect, no less so than technological systems, and only a combination of the two is likely to address the vulnerability of individuals to the diverse sources of power and coercion they face»<sup>15</sup>.

## 2. Transizione digitale e diritto di voto

Le attuali sfide poste dalla trasformazione digitale si innestano nel punto di intreccio tra la libertà di espressione, il diritto all’informazione e il diritto di voto<sup>16</sup>, il che equivale al punto in cui affondano le proprie radici la democrazia costituzionale e il principio personalista<sup>17</sup>.

Numerosi documenti internazionali ed europei dichiarano la consapevolezza dei rischi che tali libertà e diritti fondamentali corrono nell’epoca di una rapida transizione digitale. Il *Rapporto sui rischi globali del 2023* rinnova la preoccupazione per la disinformazione, dopo averla inclusa, già nel 2022, nell’elenco dei rischi globali attuali<sup>18</sup>.

<sup>11</sup> L. FLORIDI, cit.

<sup>12</sup> Cfr. gli spazi di sperimentazione normativa (Art. 53) previsti dalla proposta di regolamento europeo sull’Intelligenza Artificiale, in merito, per un approfondimento cfr. F. DI PORTO, A. SIGNORELLI, *Regolare attraverso l’intelligenza artificiale*, Bologna, Il Mulino, 2022.

<sup>13</sup> L. TORCHIA, *Lo Stato Digitale – Una introduzione*, Bologna, 2023, 97 ss. L’amministrazione digitale include ormai non solo la digitalizzazione delle procedure amministrative, ma anche l’utilizzo di algoritmi per lo svolgimento automatizzato di valutazioni, previsioni, decisioni. Con specifico riguardo alle implicazioni in termini di legittimità delle decisioni amministrative algoritmiche, cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, «Umano troppo umano». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2019, 5 ss.

<sup>14</sup> Sui diversi significati della *e-democracy*, cfr. P. COSTANZO, *La democrazia elettronica (note minime sulla cd. e-democracy)*, in *Dir. inform.*, 2003, 465 ss. Così, per un approfondimento, si veda G. FIORIGLIO, *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, CEDAM, Padova, 2017.

<sup>15</sup> Y. BENKLER, *Degrees of Freedom, Dimensions of Power*, in *Doedalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, n. 1/2016, 29.

<sup>16</sup> Cfr. ex plurimis, D. BUTTURINI, *Le notizie false su internet e il ruolo delle piattaforme digitali*, in G. Ferri (eds.), *Diritti costituzionale e nuove tecnologie*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2022, 79; F. DONATI, *Democrazia, pluralismo delle fonti di informazione e rivoluzione digitale*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 23/2013; MEOLA F., *Tecnologie digitali e neuro-marketing elettorale. A proposito di una possibile regolamentazione delle nuove forme di propaganda politica*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), n. 1/2020; M. MEZZANOTTE, *Fake news nelle campagne elettorali digitali. Vecchi rimedi o nuove regole?* in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 24/2018.

<sup>17</sup> L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia – Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza, Bari-Roma, 2021, 235

<sup>18</sup> *World Economic Forum’s Global Risk Report – 2023*, 24: «“Misinformation and disinformation” are, together, a potential accelerant to the erosion of social cohesion as well as a consequence. With the potential to destabilize trust in information and political processes, it has become a prominent tool for geopolitical agents to propagate extremist beliefs and sway elections through social media echo chambers».

Anche l'Unione Europea include la *disinformation* e la *misinformation* tra i rischi sistemici per i processi democratici<sup>19</sup>: il Regolamento UE n. 2065/2022 (DSA) statuisce, infatti, che la disinformazione o le attività di manipolazione e abuso sono rischi sistemici concreti ed effettivi per la democrazia e la società<sup>20</sup>. Inoltre, come sottolineato dalla proposta dell'UE sull'intelligenza artificiale (AIA), quest'ultima può «essere utilizzata impropriamente e... fornire strumenti nuovi e potenti per pratiche di manipolazione, sfruttamento e controllo sociale. Tali pratiche sono particolarmente dannose e dovrebbero essere vietate poiché contraddicono i valori dell'Unione relativi al rispetto della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza, della democrazia e dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali dell'Unione»<sup>21</sup>. La proposta vieta, quindi, pratiche di intelligenza artificiale «che presentano un elevato potenziale in termini di manipolazione delle persone attraverso tecniche subliminali, senza che tali persone ne siano consapevoli, oppure di sfruttamento delle vulnerabilità di specifici gruppi»<sup>22</sup>.

Nella proposta di regolamento sulla pubblicità politica, inoltre, l'UE ha ammesso che «La pubblicità politica può essere un vettore di disinformazione, specie se non ne è esplicitata la natura politica e se è mirata»<sup>23</sup>. A questo proposito, «I dati personali raccolti direttamente presso i cittadini o ottenuti dalle loro attività online e con profilazione comportamentale e altre analisi sono usati per indirizzare messaggi politici a cittadini, con pubblicità che prende di mira gruppi, e per amplificarne l'impatto e la diffusione personalizzando contenuto e diffusione in funzione di caratteristiche determinate grazie al trattamento di dati personali e la loro analisi»; ciò che produce «precise ripercussioni negative sui diritti dei cittadini, tra cui la libertà di opinione e di informazione, nel prendere decisioni politiche ed esercitare il diritto di voto»<sup>24</sup>. Più specificamente, «visto il potere e il potenziale insiti in un uso improprio dei dati personali nel *targeting*, compreso il *microtargeting* e altre tecniche avanzate, tali tecniche possono costituire una minaccia particolare per legittimi interessi pubblici quali l'equità, le pari opportunità e la trasparenza del processo elettorale e il diritto fondamentale a un'informazione obiettiva, trasparente e pluralistica»<sup>25</sup>.

Tanto considerato, è quindi evidente la presa di coscienza degli amplificati rischi cui oggi è sottoposto il diritto all'autodeterminazione, anche politica, quindi il diritto a un voto libero e personale<sup>26</sup>.

La sfida va, pertanto, affrontata su un duplice fronte: in primo luogo quello – più generale e omnicomprensivo – della *onlife* degli *inforgs*<sup>27</sup>; in secondo luogo quello – più specificamente riferito all'istituto referendario – del *design* del quesito referendario e della strumentazione elettronica su cui possono essere strutturate le procedure di voto. Tuttavia, prima di entrare nel

---

<sup>19</sup> Regolamento UE n. 2065/2022, considerando n. 79 e n. 82; proposta di Regolamento relativo alla trasparenza e al *targeting* nella pubblicità politica – COM(2021) 731 final – considerando n. 4 e n. 5.

<sup>20</sup> Regolamento UE n. 2065/2022, considerando n. 104

<sup>21</sup> COM(2021) 206 final, considerando n. 15.

<sup>22</sup> COM(2021) 206 final, par. 5.2.2.

<sup>23</sup> COM(2021) 731 final, considerando n. 4.

<sup>24</sup> COM(2021) 731 final, par. 1.

<sup>25</sup> COM(2021) 731 final, considerando n. 5.

<sup>26</sup> Sui mutamenti intervenuti nella “public sphere” di habermasiana e weberiana memoria nonché sui conseguenti rischi per la libertà di pensiero e di informazione, cfr. M. KÖKCÜ, *Global Transformation of the Public Sphere in the Digital World: From Public to Silent Sphere?*, in [Academia Letters](#), Article 3018/2021; E. LONGO, *Rivoluzione digitale e sviluppi della partecipazione democratica nell'Unione europea*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 3/2021, 1313, “la sfera digitale offre strumenti che rendono molto facile la manipolazione mirata su scala globale, senza offrire alcuna forma di trasparenza, né esiste una disciplina chiara degli attori nell'ecosistema pubblicitario o dei processi proprietari sottostanti”.

<sup>27</sup> L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione – Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, cit.

merito di tali fronti (v. *infra*, §§ 3 e 4), sia consentito un breve *excursus* sulla portata dei rischi in oggetto.

### 2.1. L'amplificarsi degli strumenti di manipolazione

La questione del ricorso ai referendum come strumenti di manipolazione politica non è nuova, come del resto ben evidenziato già da Lipjhart<sup>28</sup>. Ciò che semmai rappresenta una novità è la pervasività e viralità degli strumenti di manipolazione attualmente messi a disposizione dalla tecnica, in ragione del rapido sviluppo delle nuove tecnologie e del loro connubio con le scienze comportamentali. Al riguardo, come anticipato, l'attenzione sarà prima posta – in prospettiva più generale e comprensiva – sui rischi posti dall'ambiente digitale entro il quale gli elettori formano le loro opinioni (a), per poi scendere nel dettaglio della formulazione dei quesiti referendari e delle insidie ad essa sottese (b).

(a) Anzitutto potremmo evocare dei “rischi sistemici” che l'ambiente digitale pone al diritto di voto<sup>29</sup>, tra cui rientrano, a titolo di esempio, alcuni concetti sintetizzabili in cosiddette *buzzwords*: *disinformation*, *malinformation*, *misinformation*<sup>30</sup> e *hate speech*. Il potenziale nocivo di tali approcci risulta incrementato dal ricorso a pratiche di profilazione comportamentale e *micro-targeting*<sup>31</sup>. A questo proposito, vi è chi ha osservato come «Social media can shape ideas and redesign society. It can increase sensitivity and strengthen the social response. Anything can become a reality through social media, and society can become part of this simulated or artificial world. Social media can manipulate reality to weaken the administration, society, military, or economy of a country»<sup>32</sup>.

In questo contesto, i mezzi per diffondere la disinformazione sono molteplici (*bot*, *botnet*, *troll*, *account* hackerati o rubati, strategie di propaganda)<sup>33</sup> e la loro efficacia è stata dimostrata

<sup>28</sup> A. LIPJHART, *Democracies: patterns of majoritarian and consensus government in 21 countries*, Yale, 1984, 197 ss.

<sup>29</sup> H. ALCOTT, M. GENTZOKOW, *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, in *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 31, No. 2/2017, 211 ss.

<sup>30</sup> Secondo l'*High-Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation (HLEG)* della Commissione Europea, il termine “fake news” non è dotato di adeguata carica descrittiva rispetto alla disinformazione, intendendosi per quest'ultima «all forms of false, inaccurate, or misleading information designed, presented and promoted to intentionally cause public harm or for profit», cfr. *High level Group on fake news and online disinformation. A multi-dimensional approach to disinformation*, 2018, 10,. Secondo quanto precisato da M.F. COMMON, R.K. NIELSEN, *Submission to UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression – Report on disinformation*, 15 febbraio 2021, per disinformazione si intendono «false information that is created and spread, deliberately or otherwise, to harm people, institutions and interests»; per *misinformation* si intende «false or misleading information, spread without intent to harm», e per *malinformation* si intende «information that is not false, but strategically used with intent to harm». Secondo gli Autori «behaviours and forms of expression discussed under the heading disinformation often overlap with misinformation... and malinformation... and with wider discussions under the imprecise and misleading but frequently used term “fake news”», ne deriva pertanto «the lack of conceptual clarity in defining the problem, and frequent lack of substantial agreement what exact kinds of behaviour and content are problematic, are... parts of the problems we face in addressing these problems».

<sup>31</sup> E. LONGO, *Rivoluzione digitale e sviluppi della partecipazione democratica nell'Unione europea*, cit., 1327, “le campagne elettorali online sono diventate tanto più efficaci quanto sfruttano meccanismi molto dubbi come la profilazione psicologica, tecniche complesse di microtargeting e altri metodi di *digital nudging*”.

<sup>32</sup> L. CHEN, J. CHEN, C. XIA, *Social network behavior and public opinion manipulation*, in *Journal of Information Security and Applications*, n. 64/2022, 2.

<sup>33</sup> Benché la dottrina non sia giunta ad una definizione condivisa e univoca di “propaganda”, è convinzione comune che si sostanzi nel condizionamento, la manipolazione ed il controllo delle opinioni e dei comportamenti per una pluralità di obiettivi, tra cui campagne pubblicitarie politiche, soprattutto durante il periodo elettorale; il tentativo dei movimenti ideologici di influenzare e raccogliere *followers*, oppure l'attività di governi di Paesi terzi

da specifiche ricerche sulla *social media warfare*, sulle cc.dd. armi psicologiche nelle mani dei *social media*<sup>34</sup> e sugli orientamenti degli utenti *social*: «Social media can quickly push selected information to hundreds of millions of target audiences in the form of pictures and texts, which affects the target audience's views and attitudes towards the event»<sup>35</sup>. Ciò può accadere per le più svariate finalità, senz'altro anche politiche<sup>36</sup>, come dimostrano gli accadimenti di *Capitol Hill*<sup>37</sup>, in Myanmar<sup>38</sup> o le elezioni brasiliane<sup>39</sup> (certo è che rimane difficile, da un punto di vista empirico, misurare l'entità delle concrete incidenze dei *social media* rispetto ai singoli eventi)<sup>40</sup>.

Il potenziale dannoso della disinformazione risulta, in ogni caso, rafforzato dalla “triplice alleanza” tra profilazione, *microtargeting* e scienze comportamentali<sup>41</sup>. La *digital footprint* degli individui è composta da una quantità crescente di informazioni significative, le quali consentono a sempre più sofisticati algoritmi di sviluppare, con crescente precisione, valutazioni e previsioni sulla personalità dei cittadini elettori<sup>42</sup>. Come hanno dimostrato alcuni

---

intenzionalmente rivolta ad incidere sulle procedure democratiche di altri Stati, cfr. J.BAYER, N. BITIUKOVA, P. BARD, J. SZAKACS, A. ALEMANN, E. USZKIEWICZ, studio richiesto dalla Commissione LIBE - *Disinformation and Propaganda – Impact on the functioning of the rule of law in the EU and its Member States*, PE 608.864 - Febbraio 2019, 26.

<sup>34</sup> C. O'NEIL, *Weapons of Math Destruction – How Big Data increases inequality and threatens democracy*, New York, 2016, 63 ss.

<sup>35</sup> L. CHEN, J. CHEN, C. XIA, *Social network behavior and public opinion manipulation*, cit.

<sup>36</sup> C. SUNSTEIN, *#republic*, Princeton-Oxford, 2018, 62.

<sup>37</sup> L'assalto a *Capitol Hill* realizzato da parte di un gruppo di sostenitori dell'ex Presidente Donald Trump è simbolo della “forza” della disinformazione, in questo caso ricollegabile alla diffusione sui *social networks* della denuncia da parte di Trump di brogli elettorali e della conseguente vittoria “fraudolenta” dell'attuale Presidente Joe Biden. Come sottolineato da B. CARAVITA, *Davanti ad un mondo che cambia chi è più pericoloso tra Trump e Zuckerberg? Alla ricerca di una risposta che penetri nei meccanismi che governano la nostra vita in rete*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 1/2021, VII, «Trump - come tutti i populistici negli ordinamenti tendenzialmente democratici (i populistici autoritari non hanno questo tipo di problemi) - ha operato da catalizzatore di questa rabbia, ne è stato il primo incendiario sperando di essere il primo e unico beneficiario. Per far ciò Trump ha utilizzato i social, gli stessi social che adesso si rivoltano contro di lui, bandendolo o sospendendolo, come è capitato in questi giorni in cui Twitter ha definitivamente chiuso l'account di Trump e Facebook lo ha sospeso e infine Google, Amazon hanno bandito il social Parler dai propri data base»: sulla vicenda, v. P. COSTANZO, “*Social*” *Democracy?* in *Cultura constitucional y derecho viviente. Escritos en honor al profesor Roberto Romboli*, IV, 1135, Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, Ilma, 2021.

<sup>38</sup> In Birmania, le forze armate che hanno guidato il colpo di stato e destituito il governo democratico di Aung San Suu Kyi hanno fatto ampio uso dei social media per finalità di propaganda pro-golpe quindi per incitare violenza e odio contro i leader politici al potere, cfr. A. ALÙ - A. LONGO, in *Birmania, primo colpo di Stato “digitale”: i social accettano il proprio ruolo politico*, in [Agenda Digitale.eu](http://Agenda Digitale.eu), 12 marzo 2021.

<sup>39</sup> Analogamente a quanto accaduto negli Stati Uniti, in conseguenza del risultato elettorale che ha consegnato la vittoria al Presidente Joe Biden, anche in Brasile i sostenitori dell'ex Presidente Bolsonaro hanno utilizzato i social media, sia per diffondere false teorie di complotto in merito alle elezioni che per organizzare, attraverso l'utilizzo di un linguaggio in codice, un tentativo di colpo di stato, facendo leva su rabbia e odio popolare, cfr. M. BORGABELLO, Brasile, i social hanno favorito il colpo di Stato: un problema irrisolto, in [Agenda Digitale.eu](http://Agenda Digitale.eu), 16 gennaio 2023.

<sup>40</sup> Come emerge dagli approfondimenti di J.BAYER, N. BITIUKOVA, P. BARD, J. SZAKACS, A. ALEMANN, E. USZKIEWICZ, *Disinformation and Propaganda – Impact on the functioning of the rule of law in the EU and its Member States*, cit., 36 ss., secondo cui «Causal links to concrete real-world events are notoriously hard to establish as well, rendering the assessment of effects more difficult» (p. 47).

<sup>41</sup> F. GALLI, F. LAGIOIA, G. SARTOR, *Consent to target advertising*, in *European Business Law Review*, vol. 33, n. 4/2022, 510, ritengono che il consenso, espresso ai sensi dell'art. 9 del Regolamento UE n. 679/2016, non dovrebbe legittimare la *targeted online political advertising* «the validity of consent should be excluded whenever targeted advertising pursues political rather than commercial goals, as in electoral propaganda. This approach could prevent undue influence over elections, politics, and public opinion. It would exclude that people can be “paid” to accept being influenced for political purposes on the basis of their characteristics and patterns of behaviour».

<sup>42</sup> Ciò è facilitato dai nuovi modelli di machine learning (apprendimento non supervisionato e deep-learning): J. BARTLETT, J. SMITH, R. ACTON, *The Future of political campaigning*, in *Demos*, London, 2018, 26 ss.; K.

studi proprio nell'ambito della scienza comportamentale, le probabilità di successo di un messaggio aumentano quando questo è basato su una profilazione psicométrica e, quindi, quando esso risulti adattato agli interessi e alle attitudini personali dei destinatari<sup>43</sup>. Sicché, il potenziale di influenza oggetto di studio delle scienze comportamentali<sup>44</sup> risulta a sua volta amplificato dagli strumenti messi a disposizione dalle nuove tecnologie e, precisamente, dalle tecniche di intelligenza artificiale, le quali consentono una comprensione approfondita delle emozioni e dei sentimenti personali, per poterli meglio manipolare senza che gli interessati ne siano consapevoli<sup>45</sup>.

Se quelli di cui si è dato brevemente conto sino ad ora rappresentano alcuni nuovi e attuali rischi digitali, è altrettanto vero che invocarne la regolamentazione significa entrare in un terreno costituzionalmente scivoloso<sup>46</sup>. La disciplina della disinformazione è, infatti, oggetto di contestazione, sia per la difficoltà nel definire di cosa sia “vero”<sup>47</sup>, sia per la sua stretta attinenza alla fondamentale libertà di manifestazione del pensiero<sup>48</sup>, rispetto alla quale operano approcci diversi (tra cui spiccano in modo significativo le differenti impostazioni di Stati Uniti e Unione Europea)<sup>49</sup>.

(b) Con specifico riguardo al “confezionamento” del quesito da sottoporre all'elettorato, invece, le scienze sociali insegnano che le modalità di formulazione della domanda possono,

---

SHAFFER, *Data versus Democracy: How Big Data Algorithms Shape Opinions and Alter the Course of History*, Apress, Colorado, 2019. Per una definizione delle diverse tecniche di intelligenza artificiale, tra cui il *machine learning*, cfr. S. RUSSEL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence – A Modern Approach*, Pearson, Hoboken, 2021, 651 ss.

<sup>43</sup> B. ZAROUALI, T. DOBBER, G. DE PAUW, C. DE VREESE, *Using a Personality-profiling Algorithm to Investigate Political Micro-Targeting: Assessing the Persuasion Effects of Personality-Tailored Ads on Social Media*, in *Communication Research*, vol. 49, n. 8/2022, 1066 ss. Gli autori analizzano il *targeting* personalizzato osservando che sebbene la pubblicità politica abbia sempre cercato di influenzare l'elettorato e guidarne il comportamento, il *targeting* elettorale consentito dalle nuove tecnologie risulta essere più insidioso perché i cittadini non si rendono conto di essere “bersagli” di una “tailored ad”, confezionata sulla base delle loro preferenze e convinzioni. V. anche A. KOZYREVA, S. LEWANDOWSKY, R. HERTWIG, *Citizens Versus the Internet: Confronting Digital Challenges With Cognitive Tools*, in *Psychological Science in the Public Interest*, n. 3/2020, 103 ss.

<sup>44</sup> Le tecniche impiegate dalle neuroscienze risultano in grado di manipolare il comportamento umano attraverso la stimolazione neurale che agisce sulle emozioni e gli istinti umani, cfr. L. TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, Napoli, 2018, 71 ss. Con specifico riguardo alle pratiche neuroscientifiche maggiormente invasive come le *Brain Computer Interfaces*, cfr. gli Atti del Convegno organizzato dall'Autorità Garante per la Privacy, *Privacy e neurodiritti – La persona al tempo delle neuroscienze*, 28 gennaio 2021.

<sup>45</sup> D. SCHREIBER, *Neuropolitics: Twenty years later*, in *Politics and the Life Sciences*, vol. 36, n. 2/2017, 124-125, «Neuropolitics researchers have used machine-learning algorithms to classify individuals as liberal or conservative based on brain structure or function... However, the machine learning approach allows for even more provocative applications such as “mind reading” (inferring perceptual, emotional, and cognitive states from brain imaging data) and “neuroforecasting” (inferring the future behaviour of individuals or mass populations from brain activity in small groups of individuals)». Sulla base di questa premessa, l'Autore chiede «how long will it take until the neuromarketing techniques that are currently influencing other sectors of society come into full play in the political domain? Trends would indicate not that long. Already, some are engaged in practical neuropolitics, but the ethical implications and the threats to democratic deliberation are woefully underappreciated».

<sup>46</sup> Come osservato da C. PINELLI, *Disinformazione, comunità virtuali e democrazia: un inquadramento costituzionale*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2022, 184, «Il punto cruciale è che viene meno la stessa possibilità di individuare una falsità, per la già ricordata tendenza a trasformare la contrapposizione vero/falso in un contrasto di opinioni o di interpretazioni, e a rendere così irrilevante la prima».

<sup>47</sup> G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli (a cura di), *Parole e Potere – Libertà di espressione, hate speech, fake news*, cit., 72 si chiede se è possibile distinguere le opinioni dalle *fake news*.

<sup>48</sup> Cfr. C. PINELLI, *Disinformazione, comunità virtuali e democrazia: un inquadramento costituzionale*, cit., 173 ss.

<sup>49</sup> O. POLLICINO, A. MORELLI, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018, 1-24.

già di per sé, rivelarsi suscettibili di influenzare la risposta e, di conseguenza, di incidere significativamente sul risultato, nel nostro caso quello di un referendum<sup>50</sup>. In questo senso, la progettazione del quesito può non essere trasparente, come nel caso dell'impiego dei cosiddetti *dark-pattern* che «mislead users and lead them toward a certain decision path, hiddenly affecting their decision-making process»<sup>51</sup>.

Anche rispetto a ciò, come per quanto descritto sub (a), le possibilità di raggiungere lo scopo ne escono rafforzate laddove si faccia impiego della combinazione tra la profilazione fondata sulle tecniche di *big data analytics* e le conoscenze derivanti dagli studi comportamentali<sup>52</sup>.

In aggiunta, ove si faccia ricorso al voto elettronico, è il *design* stesso dell'interfaccia che può contribuire ad influenzare ulteriormente l'elettorato. Lo attesta la soglia di guardia elevata dal *Digital Services Act*, laddove denuncia (e, quindi, di fatto vieta) le interfacce progettate in modo da ingannare o manipolare i destinatari del servizio o in modo da distorcere o compromettere materialmente la capacità dei destinatari di prendere decisioni libere e consapevoli<sup>53</sup>.

Si tratta quindi di approntare precauzioni volte ad evitare quesiti referendari nascostamente fuorvianti e ingannevoli, sia nella formulazione testuale che nella interfaccia digitale (ove il voto sia elettronico), conformemente del resto a quanto richiesto dalla Commissione di Venezia in merito ai referendum: «the question put to the vote... must not be misleading...[and] must not suggest an answer»<sup>54</sup>.

## 2.2. Il voto elettronico: libero, personale e segreto?

Il voto espresso tramite strumenti elettronici offre opportunità<sup>55</sup>, ma sottopone altresì a significativi rischi alcune tradizionali categorie costituzionali<sup>56</sup>, che risultano ancor più stringenti nel nostro ordinamento giuridico<sup>57</sup>.

<sup>50</sup> C. M. KNEIER, *Misleading the Voters in Initiative and Referendum Elections in Cities*, in *DePaul Law Review*, vol. 8, n. 1/1958, 36 ss.

<sup>51</sup> R. DUCATO, *Spaces for legal design in the European General Data Protection Regulation*, in R. Ducato, A. Strowel (a cura di), *Legal Design Perspectives – Theoretical and Practical Insights from the Field*, cit., 198.

<sup>52</sup> A. Alemanno, A.L. Sibony (a cura di), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2015.

<sup>53</sup> Cfr. Regolamento UE n. 2065/2022, art. 25, par. 1.

<sup>54</sup> European Commission for Democracy through law, *Code of Good Practice on Referendums*, par. I, 3.1.

<sup>55</sup> Sulle sperimentazioni del voto elettronico in Italia, cfr. A. GRATTERI, *Il valore del voto. Nuove tecnologie e partecipazione elettorale*, CEDAM, Padova, 2015; L. TRUCCO, *Il voto elettronico nel quadro della democrazia digitale*, in T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, 2016, 431 ss.; S. ROLANDO, *Democrazia digitale. Difficile equilibrio tra e-democracy, e-publicity, e-government*, in *Rivista italiana di comunicazione pubblica*, n. 9/2001, 21 ss.; M. ROSINI, *Il voto elettronico tra standard europei e principi costituzionali, prime riflessioni sulle difficoltà di implementazione dell'e-voting nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, 1 ss.; S. SCAGLIARINI, *Tecnologie informatiche e procedimento elettorale: un matrimonio che s'ha da fare*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione, I. Costituzionalismo, reti e intelligenza artificiale*, Genova, 2020, 327 ss.; M. SCHIRIPPA, *Il voto elettronico nell'esperienza europea tra pregi e criticità*, in *federalismi.it*, n. 6/2020, 238 ss. Per la sperimentazione da ultimo introdotta con la legge di bilancio del 2020, limitatamente agli italiani all'estero e agli elettori che, per motivi di lavoro, studio o cure mediche, si trovino in un comune di una regione diversa da quella del comune nelle cui liste elettorali risultano iscritti, cfr. G. DI COSIMO, *La partecipazione nell'era digitale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022, 102-103.

<sup>56</sup> Per un approfondimento sulle caratteristiche costituzionali del voto, cfr. M. ARMANNI, *Personale, uguale, libero e segreto. Il diritto di voto nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, 2018; M. RUBECHI, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, Torino, 2016; G. CHIARA, *Contributo allo studio del diritto di voto. Appunti delle lezioni*, Milano, 2012.

<sup>57</sup> V. DESANTIS, *Le nuove prospettive dell'internet voting tra avanzamento tecnologico e sostenibilità giuridica*, in *Rivista AIC*, n. 4/2022, 40, «l'intera conformazione del sistema di voto, nel nostro ordinamento, present[a] degli

Semplificando, quanto alle opportunità del voto elettronico, esso può, ad esempio, agevolare in termini di “accesso” al voto le persone con problemi di disabilità e potrebbe forse contribuire ad incrementare la partecipazione e ridurre l’astensionismo involontario (ma la questione dell’astensionismo è molto complessa e l’efficacia del voto elettronico a questo scopo è - come sopra accennato - contestata)<sup>58</sup>. Il voto elettronico, inoltre, può evitare voti non validi e rendere più semplice, rapida e certa la procedura di calcolo dei voti<sup>59</sup>.

Quanto, invece, ai pericoli sottesi alle procedure elettroniche di voto si deve distinguere a seconda che il voto elettronico avvenga in un seggio elettorale o in ambiente non presidiato<sup>60</sup>. In entrambi i casi, comunque, si pone la questione della sicurezza del sistema, volta a garantire la segretezza e a prevenire la manipolazione del voto<sup>61</sup>, così come si fa questione dell’accessibilità del sistema, ossia dell’esistenza di una procedura comprensibile e agevole per l’elettore, nel rispetto del principio di equità ed uguaglianza<sup>62</sup>.

Se poi si entra nel merito del voto elettronico espresso in ambiente non presidiato, è la garanzia della personalità e della libertà di voto che subisce un’ulteriore attenuazione<sup>63</sup>.

In particolare, per ciò che attiene al profilo della *segretezza*<sup>64</sup>, le procedure di voto elettronico, basate sulle nuove tecnologie, dovrebbero essere in grado di porre al riparo da eventuali tentativi di intrusione all’interno dei server, con la conseguente possibilità di associare il dato acquisito all’identità del soggetto che ha espresso il voto<sup>65</sup>. Si tratta di una problematica molto rilevante e che, però, sembra poter essere chiarita e definita soltanto attraverso un’attenta sperimentazione e messa a punto del meccanismo. In termini generali, tuttavia, se ci si attiene al dato tecnico, i sistemi di crittografia e la possibilità di replicazione dei dati sui vari registri distribuiti alla base della tecnologia *blockchain*, sembrano poter assicurare la segretezza del voto<sup>66</sup>.

Per ciò che, invece, concerne la *personalità*, qualsiasi sistema di voto elettronico dovrà necessariamente garantire un’univoca identificazione dell’elettore, verificando che vi sia un’esatta corrispondenza tra chi esprime il voto mediante il dispositivo e l’effettivo titolare del diritto, in ciò ponendosi un concreto problema rispetto al parametro costituzionale. Si tratta, effettivamente, di uno snodo nel ragionamento attorno all’implementazione di modalità di voto non presidiato.

---

importanti requisiti di legittimità costituzionale che sconsigliano o impediscono l’adozione di alcune soluzioni, in quanto potenzialmente lesive dei principi costituzionali in materia”.

<sup>58</sup> L. PRATCHETT, *Local e-democracy in Europe: Democratic x-ray as the basis for comparative analysis*, paper presented to the *International Conference on Direct Democracy in Latin America*, 2007.

<sup>59</sup> A. GRATTERI, *Finalità e problemi del voto elettronico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*. Per una disamina di queste implicazioni legate alla digitalizzazione del diritto di voto sia consentito rinviare a M. LADU, *Contrastare l’astensionismo e favorire la partecipazione: il voto elettronico basato sulle tecnologie Blockchain e Distributed Ledger*, in *MediaLaws*, n. 1/2023.

<sup>60</sup> L. TRUCCO, *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, in *Diritto inform.*, n. 1/2011, 57; M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Diritto inform.*, n. 2/2015, 273 ss.

<sup>61</sup> Per un approfondimento sulle criticità dal punto di vista della sicurezza del voto elettronico, cfr. G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e Tecniche*, ETS, Pisa, 2017, cap. 4.

<sup>62</sup> Per approfondimenti in merito, cfr. G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Pisa, 2017, in particolare alle 153 ss.

<sup>63</sup> La dottrina si è espressa in termini di incompatibilità con la costituzione del voto elettronico non presidiato, con specifico riguardo alla violazione dei «canoni della libertà e della segretezza del voto», cfr. S. CATALANO, *Il voto elettronico*, in G. Ferri (a cura di), *Diritti costituzionale e nuove tecnologie*, cit., 361.

<sup>64</sup> E, nel caso di specie, riferita non tanto ai rapporti tra i privati quanto piuttosto rispetto alla possibilità che dall’esterno si riesca ad accedere ai dati acquisiti e, in modo diretto o indiretto, si riesca ad associare l’elettore alla scelta da esso compiuta.

<sup>65</sup> Si veda, tra gli altri, il recentissimo contributo di C. CHIARIELLO, *Voto elettronico e principio di segretezza tra regola ed eccezioni*, in questa *Rivista 2023/1*, 59 ss.

<sup>66</sup> Cfr. G. GOMETZ, M.T. FOLARIN, *Voto elettronico presidiato e blockchain*, in *Ragion Pratica*, n. 2/2018.



Non solo. Anche l'impiego di nuove tecnologie, come le *Distributed Ledgers Technologies*, che “architetturalmente” sembrano garantire una maggiore sicurezza ed integrità nelle procedure di voto, si è prestato ad una sorta di *blue-washing* democratico, essendo in realtà state sfruttate da poteri autocratici, come accaduto con la piattaforma *Active Citizen* implementata dal Comune di Mosca. Essa ha offerto ai moscoviti una mera illusione di *empowerment* democratico-partecipativo, essendosi poi rivelata una forma di controllo sulle scelte pubbliche<sup>67</sup>.

Per chiudere sul punto, è senz'altro difficile individuare precauzioni che rendano il voto elettronico, espresso al di fuori di un seggio elettorale, conforme ai requisiti giuridico-costituzionali, volti ad assicurarne libertà, segretezza e personalità<sup>68</sup>, salva la possibilità di “scendere” a scelte di compromesso per situazioni rispetto alle quali il voto già è ammesso a distanza (italiani all'estero o, nella forma del voto per corrispondenza, nella provincia autonoma di Bolzano) oppure per soggetti che sono lontani dal luogo di residenza o per soggetti fragili e vulnerabili che, in quanto tali, non potrebbero recarsi al seggio elettorale<sup>69</sup>.

### 3. Strumenti tecnologici funzionali al voto referendario

Dopo aver brevemente ricordato, nei paragrafi precedenti, i rischi che lo sviluppo delle *ICT* e delle loro pratiche evolutive possono comportare per il formarsi dell'opinione pubblica e per il diritto di voto (pratiche che, se si svolgono in modalità elettroniche, risultano rinvigorite dalla grande quantità di dati, dall'incremento della potenza di calcolo, dall'elaborazione di modelli algoritmici sempre più sofisticati nonché dal connubio con le scienze comportamentali), si passi ora ad alcune opportunità che lo sviluppo delle nuove tecnologie può comportare per l'istituto referendario.

Lungi dall'essere catturati dal cosiddetto “complesso di Borg”<sup>70</sup>, e consapevoli del fatto che politiche pubbliche complesse molto spesso sono difficilmente riducibili ad una serie di “sì” e “no”, a meno che si voglia declinare verso una dimensione plebiscitaria della democrazia<sup>71</sup>, l'intento, come detto in premessa, resta quello di mantenersi su di una linea di pragmatismo giuridico-costituzionale, per prendere in considerazione quanto i possibili impieghi delle *ICT* (e delle loro implicazioni, tra cui la *gamification*, come subito si vedrà nel successivo paragrafo)

---

<sup>67</sup> H. ESTECAHANDY, *The Democratic Illusion through the Technological Illusion: a Case Study of the Implementation of a Blockchain to Support an E-voting Platform in Moscow (Active Citizen)*, in *arXiv.org*, Cornell University, 10 gennaio 2023.

<sup>68</sup> Come evidenziato da V. DESANTIS, *Le nuove prospettive dell'internet voting tra avanzamento tecnologico e sostenibilità giuridica*, cit., 43: «per quanto sia necessario prendere atto che nessun sistema di voto tecnologico sia, in astratto, inattaccabile e che, almeno per il momento, è inverosimile che un sistema di voto elettronico possa replicare, più o meno nella stessa misura, le garanzie di segretezza che offre, fisicamente, la cabina elettorale, si può comunque essere più fiduciosi per il futuro perché, a differenza di quanto accadeva nel recente passato, si può, oggi, disporre di forme di voto elettronico non presidiate significativamente più sicure di quelle elaborate originariamente».

<sup>69</sup> Come ipotizzato da V. DESANTIS, *Le nuove prospettive dell'internet voting tra avanzamento tecnologico e sostenibilità giuridica*, cit., 62 ss.

<sup>70</sup> Per come originariamente introdotto da L.M. SACASAS, *Borg Complex: A primer*, 1° marzo 2013.

<sup>71</sup> M. PATRONO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nell'era digitale*, in G. Ferri (a cura di), *Diritti costituzionale e nuove tecnologie*, cit., 389. Analogamente, come sottolineato da J. BAYER, N. BITIUKOVA, P. BARD, J. SZAKACS, A. ALEMANNI, E. USZKIEWICZ, *Disinformation and Propaganda – Impact on the functioning of the rule of law in the EU and its Member States*, cit., 57 e 65, “As the complexity of public issues grows, decisions (like voting) are based more on emotions and social identity, as opposed to reasoned argumentation”; against this backdrop «Populism gives easy to understand but oversimplified and false answers to complex questions, and emotional politics builds on the worst characteristics of the people».

siano suscettibili sia di rispettare che di promuovere diritti e principi costituzionali in relazione alle pratiche referendarie<sup>72</sup>.

Pertanto, l'approccio adottato sarà utile a far emergere punti di forza e criticità dell'utilizzo delle nuove tecnologie in un ambito delicato quale la consultazione referendaria.

### 3.1. *La gamification*

Il *design thinking* è un approccio che si inserisce, come una sub-sezione, nel più ampio fenomeno dello sviluppo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (*ICT*, per l'appunto) e che con esse può modificare il rapporto e le "connessioni" tra cittadini e pubblici poteri<sup>73</sup>.

Nello specifico, il *design-thinking* mira a promuovere una prospettiva centrata sulla persona, sia nelle modalità di identificazione dei singoli problemi sia nelle modalità volte ad affrontarli, al fine di raggiungere una soluzione il più possibile persona-centrica<sup>74</sup>. In questi termini, il *design-thinking* funge da supporto esterno a una prospettiva che è immanente al diritto, quella del rispetto e della promozione del principio personalista e, con esso, della dignità umana e della autodeterminazione.

Non è un caso che tale prospettiva stia guadagnando salienza anche con riguardo ai processi di partecipazione politica, al fine di contribuire a combattere astensionismo e disaffezione crescenti, motivando l'impegno dei cittadini attraverso strumenti più "attraenti" e "stimolanti", quali la *gamification*. Quest'ultima è parte dell'approccio di *design-thinking* e si traduce – almeno nella sua accezione positiva, che qui si accoglie<sup>75</sup> – nell'idea «of using game design elements in non-game contexts to motivate and increase user activity and retention»<sup>76</sup>. In questo senso, dunque, la *gamification*, fa leva sull'attenzione e sull'interesse degli individui, sollecitandone la motivazione intrinseca ed estrinseca<sup>77</sup>. Nello specifico, «Gamification refers to designing systems, services and processes to provide positive, engaging experiences similar to the engaging experiences games provide, commonly with the aim of motivating beneficial behaviors»<sup>78</sup>. Tra le più note esperienze di gamificazione della democrazia digitale si possono citare Decide Madrid e vTaiwan, piattaforme create nel 2015, allo scopo di sfruttare «new gamified solutions to tackle issues in Taiwanese and Spanish democracy such as distrust, low motivation, and disengagement. The app interfaces, which incorporate game elements (e.g., avatars, rules of competition and visual aid effects), claim to excite and motivate citizens to

<sup>72</sup> About the possibility to deploy technological management tools in order to foster and enforce legal rules, see R. BROWNSWORD, *Law, Technology and Society – Re-imagining the Regulatory Environment*, Routledge, New York, 2019.

<sup>73</sup> G. SGUEO, *Games, Powers and Democracies*, Bocconi University Press, Milano, 2018, 17.

<sup>74</sup> A. LE GALL, *Legal Design beyond Design Thinking: processes and effects of the four spaces of design practices for legal field*, in R. Ducato, A. Strowel (a cura di), *Legal Design Perspectives – Theoretical and Practical Insights from the Field*, Ledizioni, 33.

<sup>75</sup> Vi è, infatti, chi intravede nella *gamification* un rischio, dovuto alla sottovalutazione, per l'appunto come fosse un gioco, delle frequenti occasioni di partecipazione che le modalità elettroniche di voto e di consultazione possono offrire. Si tratta, in sostanza, del rischio di una "banalizzazione" della democrazia (come denunciato, tra gli altri, da P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l'uso)*, cit., 84 ss.). Un approccio "positivo" al tema della *gamification*, viceversa, punta a metterne in luce la capacità attrattiva e di maggiore predisposizione del destinatario ad una riflessione seria rispetto a quel che viene proposto.

<sup>76</sup> S. DETERDING, D. DIXON, R. KHALED, L. NACKE, *From game design elements to gamefulness: defining gamification*, in *Proceedings of the 15th International Academic MindTrek Conference: Envisioning Future Media Environments*, ACM Press, 2011, 9; B. BURKE, *Gamify: How Gamification Motivates People to Do Extraordinary Things*, Bibliomotion, 2014, 6.

<sup>77</sup> G. SGUEO, *Games, Powers and Democracies*, cit., 20.

<sup>78</sup> L. HASSAN, J. HAMARI, *Gameful civic engagement: A review of the literature on gamification of e-participation*, in *Government Information Quarterly*, n. 37/2020, 1.

vote and comment on digital issues (vTaiwan) or propose and vote on participatory budgeting proposals (Decide Madrid)»<sup>79</sup>. Ma anche in alcuni comuni e città della Germania, allo scopo di incrementare l'*engagement* dei cittadini, si è assistito ad una *gamification* della partecipazione. In particolare può essere rammentato il *participatory budget* della città di Potsdam, dove le tecnologie *Web2.0*, supportando la *gamification*, hanno consentito lo sviluppo di piattaforme che attraverso *game-like tools* hanno permesso agli elettori di selezionare progressivamente le proposte in competizione; oppure il caso della pianificazione infrastrutturale di Ludwigshafen dove un software con visualizzazioni, simulazioni e animazioni tridimensionali ha semplificato, reso chiare e quindi facilitato le scelte dei votanti<sup>80</sup>.

Il *design* dell'intera procedura di voto referendario – dalle modalità di accesso alla piattaforma, alla progettazione dell'interfaccia, alle modalità di attivazione delle risposte al quesito – potrebbe contribuire notevolmente ad agevolare l'esercizio del diritto di voto<sup>81</sup>.

In merito, l'analisi pubblicata dal *Servizio europeo di ricerca parlamentare* indica la *gamification* delle procedure democratiche come uno dei dieci temi sui quali investire<sup>82</sup>. In particolare, tale rapporto sottolinea che «public regulators are looking at how to harness the motivational potential of game design to counter disenchantment with politics, and foster civic engagement», ammettendo, tuttavia, che una simile prospettiva «presents EU legislators with legal and ethical concerns. Legal challenges will demand appropriate measures to protect citizens' privacy and guarantee inclusiveness. Ethically speaking, it could be argued that incentivising participation via game design might implicitly suggest that weaker or simpler forms of participation exist next to stronger more complex forms of civic engagement – thus acknowledging that game design nurtures a second-class civic spirit at best»<sup>83</sup>.

In definitiva, la posta in gioco sembra risiedere, come osservato dal menzionato rapporto europeo, nel cogliere le opportunità che il *design-thinking* e la *gamification* mettono a disposizione, agevolate dagli sviluppi delle ICT, senza tuttavia scadere nella “banalizzazione” della democrazia.

In ogni caso, ciò che rileva sottolineare, a questo punto della ricerca, è la possibilità che alcune modalità di strutturazione delle nuove tecnologie possano assecondare obiettivi perseguiti da principi e diritti costituzionali: la valorizzazione della persona insita nel principio di autodeterminazione referendaria. A questo contribuisce, oltre la menzionata *gamification*, anche la tecnologia *blockchain*, grazie alla sua “architettura” decentralizzata, trasparente e resistente a manomissioni: ciò che sarà oggetto di attenzione nei due successivi paragrafi.

### 3.2. La tecnologia blockchain

Prima di entrare nello specifico dell'implementazione di una tecnologia *blockchain* per le procedure di voto elettronico nei referendum, si ritiene opportuno richiamare, seppur concisamente, le caratteristiche di fondo del sistema.

In sintesi, la *blockchain* è una *distributed ledger technology* composta da una “catena” di blocchi contenenti copie identiche di un registro<sup>84</sup>: «it is primarily a distributed decentralized

<sup>79</sup> Y.-S. TSENG, *Rethinking gamified democracy as frictional: a comparative examination of the Decide Madrid and vTaiwan platforms*, in *Social & Cultural Geography*, 2022, 3.

<sup>80</sup> K. MASSER, L. MORY, *Citizens' Participation and Gamification – Lessons Learnt from Previous and Recent Participation Boosts in Germany*, in *International Journal of Open Government*, 2017-01-05, 50 e 58-61.

<sup>81</sup> K. Masser, L. Mory (a cura di), *The Gamification of Citizens' Participation in Policymaking*, Springer, 2018, 19 ss.

<sup>82</sup> *European Parliamentary Research Service (EPRS)*, PE 646.116 – Gennaio 2020,

<sup>83</sup> *European Parliamentary Research Service (EPRS)*, PE 646.116, cit., pp- 10-11.

<sup>84</sup> K. WERBACH, *Trust, But Verify: Why the Blockchain Needs the Law*, in *BTLJ*, vol. 33, 2018, 493. «Everyone can maintain a copy of a dynamically-updated ledger, but all those copies remain the same, even without a central

database that maintains a complete list of constantly germinating and growing data records secured from unauthorized manipulating, tampering and revision. Blockchain allows every user to connect to the network, send new transactions to it, verify transactions and create new blocks. Each block is assigned a cryptographic hash (which may also be treated as a finger print of the block) that remains valid as long as the data in the block is not altered. If any changes are made in the block, the cryptographic hash would change immediately indicating the change in the data which may be due to a malicious activity. Therefore, due to its strong foundations in cryptography, blockchain has been increasingly used to mitigate against unauthorized transactions across various domain»<sup>85</sup>. Nello specifico, «the truthfulness of the information encrypted in the blocks is certified by third parties without the need to involve any central authority. Plus, each transaction is public (namely every user can see what, when and how a transaction has occurred) but no one can see who has made the transaction»<sup>86</sup>.

Riassumendo, le caratteristiche che qualificano la piattaforma *blockchain* sono: (a) la disintermediazione, che implica una struttura *peer-to-peer* in cui «no single party controls a blockchain, and blockchains do not rely on one centralized party for maintenance or operation»<sup>87</sup>; (b) la resilienza e la resistenza alle manomissioni, grazie ad algoritmi di *hashing* che impediscono la modifica formale o il *rollback* delle informazioni una volta memorizzate su una *blockchain*; (c) la trasparenza, poiché «a blockchain serves as an auditable trail of activity occurring on a peer-to-peer network»; (d) infine, tutti i dati memorizzati sono autenticati, non ripudiabili e pseudonimizzati grazie alla firma digitale e alla crittografia a chiave pubblica-privata<sup>88</sup>.

Le potenzialità del sistema sono quindi multiple: «This technology was first developed to allow for the transaction of *value* over the internet without an intermediary to maintain user balances, but has subsequently become a way for users to reach collective decisions outside of the realm of traditional hierarchies and political institutions»<sup>89</sup>.

Non è pertanto un caso che la *blockchain* sia oggetto di attenzione non solo nel settore privato, ma anche in quello pubblico<sup>90</sup>. A quest'ultimo proposito, in dottrina si è discusso della possibilità di sostituire funzioni statali con una *governance* implementata su una *blockchain*<sup>91</sup>: la sua architettura e le modalità di funzionamento risulterebbero, infatti, conformi ad alcuni principi amministrativi fondamentali quali la trasparenza, la decentralizzazione, l'efficienza,

---

administrator or master version... The software enabling this uses digital cryptography and game-theoretic incentives to make it difficult to cheat the system».

<sup>85</sup> K. M. KHAN, J. ARSHAD, M. M. KHAN, *Secure Digital Voting System based on Blockchain Technology*, in *Int. J. Electron. Gov. Res.*, vol. 14, 2018, 54.

<sup>86</sup> B. Capiello, G. Carullo (a cura di), *Blockchain, Law and Governance*, cit.

<sup>87</sup> P. DE FILIPPI, A. WRIGHT, *Blockchain and the Law – The Rule of Code*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2018, 34.

<sup>88</sup> P. DE FILIPPI, A. WRIGHT, *Blockchain and the Law – The Rule of Code*, cit., 37: «Because blockchains rely on public-private key encryption and digital signatures» nessuna transazione ivi registrata può essere smentita. Questo grazie alla «core feature of cryptographic blockchains... that of authenticating data inscribed inside them, be them transactions of blocks or, in more advanced scenarios, any other sort of metadata inscribed or linked into such transactions», cfr. D. ROIO, M. SACHY, S. LUCARELLI, F. BRIA, B. LIETAER, *D-Cent Project - Technical Design of Digital Social Currency*, Version n. 1/2015, 18.

<sup>89</sup> A. BERG, C. BERG, M. NOVAK, *Blockchains and Constitutional Catallaxy*, in *Constitutional Political Economy*, Vol. 31, No. 2/2020, 194.

<sup>90</sup> Come testimoniato dai due volumi: B. Capiello, G. Carullo (a cura di), *Blockchain, Law and Governance*, Springer, 2021; O. Pollicino, G. De Gregorio (a cura di), *Blockchain and Public Law. Global Challenges in the Era of Decentralisation*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2021.

<sup>91</sup> D. CAGIGAS, J. CLIFTON, D. DIAZ-FUENTES, M. FERNÁNDEZ-GUTIÉRREZ, *Blockchain for Public Services: A Systematic Literature Review*, in *IEEE Xplore*, vol. 9, 2021, 13904 ss.; M. ATZORI, *Blockchain Technology and Decentralized Governance: is the State still necessary?* in *Journal of Governance and Regulation*, vol. 6, n. 1/2017, 45 ss.

l'autenticità, l'integrità e l'apertura agli scambi *peer-to-peer*<sup>92</sup>. In particolare, «as long as DLTs can guarantee data structure and security, they represent a promising opportunity for the management and assurance of transparency and efficiency in public sector transactions while maintaining information security. This is why Blockchain application in the public sector has received increasing attention from government, practitioners and consulting services. Another important feature is their temporary sealing capacity and the inalterability of the data they contain, as well as the reduced risk of unauthorized access and data manipulation - even by insiders who previously had access to documents and could potentially alter their contents»<sup>93</sup>.

In merito all'impiego della *blockchain* nelle procedure di voto, esistono diverse “scuole di pensiero”<sup>94</sup>. La *Letter to Governors and Secretaries of State on the insecurity of online voting*, redatta dall'*American Association on the Advancement of Science* il 9 aprile 2020, ha denunciato l'insicurezza di qualsiasi votazione via web, anche laddove i risultati siano memorizzati su una piattaforma *blockchain*, in ragione della non verificabilità dei contenuti registrati<sup>95</sup>. Altri studiosi, all'opposto, hanno sottolineato l'utilità della *blockchain*, quale strumento volto ad evitare frodi nelle procedure elettorali<sup>96</sup>.

Dal punto di vista teorico, le piattaforme *blockchain* si qualificano per alcuni requisiti strutturali che richiamano principi alla base di un sistema democratico, quali l'uguaglianza (rete *peer-to-peer*; trasparenza), l'autodeterminazione (non è un sistema gerarchico, non ha un'autorità centrale) e la certezza (essendo non reversibile, resistente alle manomissioni)<sup>97</sup>. Inoltre, con specifico riferimento alle procedure di voto, alcuni requisiti di un'applicazione *blockchain* ben si adattano alla sicurezza ed equità del voto in ragione della garanzia di integrità e di non modificabilità di quanto archiviato su una *blockchain*, l'assenza di un *single point of failure* e di un *single point of control*, quindi la trasparenza legata alla architettura *peer-to-peer*<sup>98</sup>. Infatti, l'esistenza di registri leggibili in modo identico da tutti i partecipanti e la possibilità di “rimpiazzare” il rapporto fiduciario cittadini-istituzioni con la fiducia negli algoritmi matematici, supportano l'affidabilità della procedura e valorizzano la partecipazione dei singoli utenti<sup>99</sup>.

Per quanto attiene alle finalità perseguite dal presente scritto, le menzionate caratteristiche “architetturali” di una *blockchain* ben si attagliano ai presupposti dell'autodeterminazione, in termini di decentralizzazione, trasparenza, non manomissione: «a blockchain can be regarded as a shared repository of information – an open, low-cost, resilient and secure storage system that nobody owns but many people maintain. Because blockchain helps people to reach consensus they may help solve some of the issues traditionally associated with common-pool resources. By recording every interaction on a public blockchain and encoding rules linking the

<sup>92</sup> M. SWAN, *Blockchain. Blueprint For a New Economy*, O'Reilly, Sebastopol, 2015.

<sup>93</sup> F.L. BENÍTEZ-MARTÍNEZ, M. VISITACIÓN HURTADO-TORRES, E. ROMERO-FRÍAS, *A neural blockchain for a tokenizable e-Participation model*, in *Neurocomputing*, Volume 423, 29 January 2021, 703-712

<sup>94</sup> Non vanno scordati i rischi costituzionali insiti nel «technological libertarianism», cfr. O. Pollicino, G. De Gregorio (a cura di), *Blockchain and Public Law. Global Challenges in the Era of Decentralisation*, cit., 3

<sup>95</sup> V. al [sito](#) dell'*American Association for the Advancement of Science*.

<sup>96</sup> G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e Tecniche*, Edizioni ETS, Pisa, 2017, 192.

<sup>97</sup> La dottrina «explores whether blockchain-based voting can secure foundational constitutional values and realise democratic ideals, while minimising risks in electoral and political processes»: D. JOHNSON, *Blockchain-Based Voting in the US and EU Constitutional Orders: A Digital Technology to Secure Democratic Values?* in *European Journal of Risk Regulation*, vol. 10, n. 2/2019, 331.

<sup>98</sup> Come sottolineato da G. GOMETZ, M.T. FOLARIN, *Voto elettronico presidiato e blockchain*, in *Ragion Pratica*, n. 2/2018, 326, non è possibile adottare un sistema blockchain che renda verificabile da parte del votante il proprio voto (da quando viene espresso a quando entra nella computazione degli esiti), pena la violazione del principio costituzionale di segretezza del voto.

<sup>99</sup> Ed è qui fondamentale richiamare il tema della fiducia che, complessivamente, deve essere sempre presente ove, per la vita delle istituzioni democratiche, siano in gioco dei principi fondamentali, quali l'espressione libera della propria scelta attraverso le procedure di voto.

interactions blockchain can help commons-based communities govern themselves through decentralized incentive systems»<sup>100</sup>.

Inoltre, sono da tempo in atto studi e ricerche volti a elaborare una *blockchain* che assicuri prestazioni più elevate e che si riveli maggiormente adatta agli scopi pubblici. In merito, è stato proposto un sistema di partecipazione “tokenizzabile” che utilizza strumenti di voto elettronico basati su una rete neurale *blockchain* guidata dall’uso di *smart contracts*, in sostituzione del tradizionale sistema di produzione di blocchi e la conseguente necessità di “minatori” in grado di risolvere la *proof of work*<sup>101</sup>. L’obiettivo del progetto è duplice: non solo l’implementazione di una piattaforma *blockchain* per rendere affidabile la procedura di voto, ma anche la promozione della partecipazione (*engagement*) attraverso la consegna di un *token* (a tutti i cittadini che partecipano al voto) che dà titolo ad alcuni vantaggi nell’utilizzo dei servizi pubblici<sup>102</sup>. Il *trend* degli studi in corso sembra, quindi, andare verso una combinazione tra sistemi *blockchain*, applicazioni *smart contracts*<sup>103</sup> e crittografia a chiave privata-pubblica<sup>104</sup>.

Alcuni Paesi (come Estonia, Svezia, Australia, Regno Unito) hanno sperimentato soluzioni DLTs per l’*e-government* e la partecipazione elettronica<sup>105</sup>.

In particolare, nell’Unione Europea, come evidenziato dall’*European Union Blockchain Observatory and Forum* nel suo Rapporto (2022)<sup>106</sup>: «Romania is the first EU country to use a voting reporting tool that is based on Blockchain technology for national elections. The national parliamentary elections, held on December 6, 2020, used Blockchain technology to guarantee the integrity of the electoral process and strengthen its transparency»<sup>107</sup>. Al di fuori dell’UE, va

<sup>100</sup> P. DE FILIPPI, A. WRIGHT, *Blockchain and the Law – The Rule of Code* cit., 42.

<sup>101</sup> F.L. BENÍTEZ-MARTÍNEZ, M. VISITACIÓN HURTADO-TORRES, E. ROMERO-FRÍAS, *A neural blockchain for a tokenizable e-Participation model*, cit., 2.

<sup>102</sup> F.L. BENÍTEZ-MARTÍNEZ, M. VISITACIÓN HURTADO-TORRES, E. ROMERO-FRÍAS, *A neural blockchain for a tokenizable e-Participation model*, cit., 4: «Our model... is based on a public G-Cloud system that allows a blockchain platform to be integrated as a service (BaaS). This guarantees the functional requirement of scalability necessary in any governmental and/or territorial environment. In our system, the voter would access the platform through a permissioned dApp that would connect with the interface and the voter database to proceed with the recognition and identification of a specific person in the process. Then, the System Administrator would activate the Smart Contract at the front end that would allow the citizen to participate in the process opened by the agency to register their participation and their vote. In the validation node, data encryption is performed with a one-way SHA-256 hash function so that the result of voting cannot be reversed. Once the vote is encrypted, the block will be added to the blockchain within the BaaS architecture used and, in turn, the block generates the “token” (through a transaction generated by a smart contract... which will grant the voter a series of advantages and/or rights of use in the city)».

<sup>103</sup> *Smart contracts* sono applicazioni *blockchain* attraverso cui le «parties can enter into a binding commercial relationship, either entirely or partially memorialized using code, and use software to manage contractual performance... To execute a smart contract, parties must first negotiate the terms of their agreement... Once agreed upon, parties memorialize all or part of their understanding in smart contract code, which is triggered by digitally signed blockchain-based transactions... Because no single party controls a blockchain, there may not be a way to halt the execution of a smart contract after it has been triggered by the relevant parties»: P. DE FILIPPI, A. WRIGHT, *Blockchain and the Law – The Rule of Code* cit., 74-75.

<sup>104</sup> J. H. HSIAO, R. TSO, C.M. CHEN, M. E. WU, *Decentralized E-Voting Systems Based on the Blockchain Technology*, in J. J. Park et al. (a cura di), *Advances in Computer Science and Ubiquitous Computing*, Springer, Singapore, 2018, 305: «The anonymities of voters, the security of ballot transmission and the verifiability of votes during the billing phase are the most fundamental requirements for voting. The anonymity and security can be achieved by the secret sharing scheme with Paillier’s public-key cryptosystem while the verifiability of votes can be realized by taking advantage of the transparency and non-repudiation of blockchain. Voters can calculate the ballots and verify the election results on their own without a trusted third party».

<sup>105</sup> F.L. BENÍTEZ-MARTÍNEZ, M. VISITACIÓN HURTADO-TORRES, E. ROMERO-FRÍAS, *A neural blockchain for a tokenizable e-Participation model*, cit., 2.

<sup>106</sup> V. il report [EU Blockchain Ecosystem Developments](#), elaborato dall’*European Union Blockchain Observatory & Forum*.

<sup>107</sup> *Ibid.*, 162.

ricordato il caso svizzero (più precisamente la sperimentazione attuata dalla città di Zugo)<sup>108</sup>, così come il sistema *blockchain* Agora utilizzato dal governo nazionale in Sierra Leone nel 2018<sup>109</sup>.

In definitiva, se la tecnologia *blockchain* sembra conforme ad alcuni requisiti costituzionali essenziali del diritto di voto, rimane tuttavia la difficoltà, comune a tutti i casi di voto espresso lontano dal seggio elettorale, di garantire la libertà e la personalità del voto. In proposito, la dottrina ha avanzato la soluzione dell'*early voting*<sup>110</sup>.

### 3.3. *Segue: sicurezza e affidabilità per le procedure referendarie*

Va anzitutto ricordato che l'affidamento alla *blockchain* per il voto referendario non intende supportare la teoria della sostituzione delle funzioni statali da parte di una società civile auto-organizzata attraverso una propria *governance* su piattaforma *blockchain*<sup>111</sup>. Lungi dall'abbracciare una «blockchain utopias... guilty of technological essentialism by drawing determinist conclusion from an underlying architectural design and by failing to allow for the functional and technological latencies within that design»<sup>112</sup>, l'approccio seguito mira piuttosto a collocarsi sul percorso del già richiamato pragmatismo giuridico-costituzionale.

Un sistema *blockchain* deve, anzitutto, rispettare la legge<sup>113</sup> e deve farlo in un duplice senso. Non solo deve rispettare l'ordinamento giuridico esistente, ma, in ragione dei distinti usi per i quali può essere implementato, il sistema *blockchain* deve presupporre una collaborazione tra gli esperti del sistema stesso e le pubbliche autorità. In questo senso, l'architettura *blockchain* va configurata e utilizzata in funzione di obiettivi di derivazione costituzionale.

Da un lato, le caratteristiche di sicurezza e resistenza alle manomissioni proprie di tale piattaforma (v., *supra*, § 3.2), si prestano ad assicurare i requisiti di certezza giuridica (quindi integrità dei voti espressi). Dall'altro, i passaggi attraverso cui si articola la raccolta delle sottoscrizioni (o, più in generale, gli adempimenti formali richiesti per dare avvio al procedimento), il controllo di legittimità, nonché quello di ammissibilità del quesito referendario, così come il voto degli elettori, potrebbero essere resi ulteriormente affidabili e certi laddove andassero ad integrare i “blocchi” della catena, posti sotto la supervisione di differenti “nodi” costituiti da pubbliche autorità.

Potrebbero, quindi, essere caricate e codificate nella *blockchain* le fasi dell'intera procedura referendaria<sup>114</sup>, che così verrebbero a beneficiare dei requisiti di trasparenza, sicurezza e affidabilità, che, come anzidetto, sono propri di tale tecnologia (v., *supra*, § 3.2).

<sup>108</sup> *Ibid.* 189-190, «Following a successful pilot, the city [of Zug] launched its blockchain-powered digital identity programme in November of 2017. In early summer 2018, the Ethereum-based “Zug ID” was successfully used for a non-binding referendum».

<sup>109</sup> T.P.J. BURGEMEESTER, *A Case for Blockchain-Based Voting Applications to Reinforce Public Trust in Elections*, in *Amsterdam Law Forum*, vol. 14, n. 2/2022, 76-81.

<sup>110</sup> E. CATERINA, M. GIANNELLI, *Il voto ai tempi del Blockchain: per una rinnovata valutazione costituzionale del voto elettronico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2021, 14; R.M. ALVAREZ, T.E. HALL, A.H. TRECHSEL, *Internet Voting in Comparative Perspective: The Case of Estonia*, in *Political Science & Politics*, vol. 42, n. 3/2009, 497.

<sup>111</sup> M. ATZORI, *Blockchain Technology and Decentralized Governance: Is the State Still Necessary?*, cit., 51.

<sup>112</sup> U. KOHL, *Blockchain utopia and its governance shortfalls*, in O. Pollicino, G. De Gregorio (a cura di), *Blockchain and Public Law. Global Challenges in the Era of Decentralisation*, cit., 14.

<sup>113</sup> K. WERBACH, *Trust, But Verify: Why the Blockchain Needs the Law*, cit.

<sup>114</sup> M. ATZORI, *Blockchain technology and decentralised governance: is the State still necessary?* in *Journal of governance and regulation*, Vol. 6, No. 1/2017, 45. In relazione al voto elettronico in generale, V. DESANTIS, *Le nuove prospettive dell'internet voting tra avanzamento tecnologico e sostenibilità giuridica*, cit., 45, osserva che il sistema «deve presupporre l'intero affidamento dei servizi di raccolta ed elaborazione dei dati della votazione al gestore pubblico, in modo che l'intera sequenza elettorale non sia attratta o intercettata da altri e confliggenti interessi».

Sulla scorta di tale premessa e tenendo conto delle diverse “architetture” di *blockchain* possibili (centralizzata, privata e autorizzata; decentralizzata, federata e autorizzata; o distribuita, pubblica e *permissionless*)<sup>115</sup>, la scelta dovrebbe ricadere su una *blockchain* autorizzata, nella quale le pubbliche autorità agiscono come nodi che validano le procedure, al fine di garantire adeguati livelli di controllo e coordinamento, con vantaggi rispetto alle problematiche sottese, da un lato, a registri completamente distribuiti e, dall’altro lato, ai database tradizionali, completamente centralizzati<sup>116</sup>.

In sintesi, la scelta “tecnica” che combina diverse caratteristiche strutturali dei sistemi *blockchain*, che sembrerebbe meglio rispondente alle “esigenze costituzionali” sottese al referendum potrebbe cadere su una *blockchain* decentralizzata, federata e autorizzata: un consorzio tra diversi poteri pubblici – che svolgano compiti distinti nell’ambito della procedura referendaria – realizzerebbe l’“entità federata”; l’accesso degli elettori avverrebbe in conseguenza di autenticazione<sup>117</sup>; i “blocchi” della catena renderebbero un’evidenza decentralizzata di tutto quanto ivi registrato. Questa soluzione integrerebbe, quindi, un giusto equilibrio tra l’interesse delle autorità pubbliche a supervisionare il sistema e l’interesse dei cittadini a mantenere un controllo decentralizzato sui registri<sup>118</sup>, così ponendosi in linea con gli obiettivi di autodeterminazione collettiva, sicurezza del voto e affidabilità del sistema.

Si condivide, di fatto, l’affermazione secondo la quale «fair and trustworthy voting procedures are a prerequisite of sustainable democracy. Therefore, one could explore the possibility of using distributed ledger technology, such as blockchain, in order to contribute to the efficiency and reliability of voting procedures and their monitoring»<sup>119</sup>, tenuto peraltro conto che nessuna procedura di voto è immune da *points of failure*<sup>120</sup>.

La *blockchain*, già sperimentata per la registrazione e il conteggio dei voti, potrebbe essere implementata anche per l’espressione del voto, a condizione che sia garantita la segretezza e la personalità del medesimo, il che, fisiologicamente, va di pari passo con l’esistenza di un luogo presidiato per l’esercizio dello stesso.

Si tratta di raggiungere un equilibrio, attraverso la strutturazione di accorgimenti tecnici che “qualificano” ulteriormente il diritto di voto in termini di sicurezza e affidabilità. Ciò che

---

<sup>115</sup> U. KOHL, *Blockchain utopia and its governance shortfalls*, cit., 22 e 33, sottolinea la flessibilità di una piattaforma basata su una tecnologia che può assecondare differenti configurazioni (da centralizzate a distribuite).

<sup>116</sup> M. ATZORI, *Blockchain technology and decentralised governance: is the State still necessary?* cit., 52.

<sup>117</sup> I sistemi attuali di identificazione (Spid e CIE), abilitati dal CAD (Capo V, Sezione III) e specificati dalle linee guida Agid, rispondono ad elevati livelli quanto ad autenticità e sicurezza, secondo il disposto del Regolamento UE 910/2014 (art. 8, c. 2, lett. c).

<sup>118</sup> Come sottolineato da V. DESANTIS, *Le nuove prospettive dell’internet voting tra avanzamento tecnologico e sostenibilità giuridica*, cit., 46, a garanzia della segretezza del voto, le fasi della identificazione e della raccolta e conteggio dei voti dovrebbe essere chiuso in compartimenti non comunicanti, per evitare la riconducibilità del voto espresso a chi si è autenticato sulla piattaforma: «una volta che il voto sia stato raccolto dal sistema (si tratterebbe, com’è intuibile, di rafforzare, anche in questo caso, la segretezza del voto), è necessario spezzarne la riconducibilità al suo autore, restando disponibile all’amministrazione solo il dato che attesti l’avvenuta partecipazione dell’elettore alla consultazione elettorale e non anche *in che modo* il singolo elettore abbia votato. Un risultato di questo genere potrebbe essere raggiunto istituendo un sistema di raccolta dei voti articolato su due sequenze: la prima che autorizza al voto, verificando la titolarità del diritto in base ai sistemi di riconoscimento delle identità digitali; la seconda che provvede al conteggio delle espressioni di voto, senza disporre di dati sulla provenienza delle stesse».

<sup>119</sup> J. GOOSSENS, *Blockchain and democracy: Challenges and opportunities of blockchain and smart contract for democracy in the distributed, algorithmic state*, in O. Pollicino, G. De Gregorio (a cura di), *Blockchain and Public Law. Global Challenges in the Era of Decentralisation*, cit., 85.

<sup>120</sup> Si pensi, solo a titolo di esempio, a tutte le problematiche connesse ai cosiddetti brogli, i quali si sono pur sempre verificati nella storia e che danno atto di una certa fallacia del sistema elettorale. Naturalmente, ciò che rileva, è che il sistema sia complessivamente affidabile e rilasci un risultato che è ritenuto accettabile anche al netto di eventuali “falle”.



parrebbe poter essere realizzato con l'adozione di un sistema *blockchain* con le caratteristiche sopra menzionate (decentralizzata, federate, autorizzata).

In definitiva: «The major challenge for global civil society will soon be to explore new political and social dimensions, with the aim of integrating the applications of disruptive technologies such as the blockchain with citizens' rights, equality, social cohesion, inclusiveness, and protection of public sector. Such integration is vital and cannot be left to the (anti-) political engineering of IT experts, financial investors, and code developers: it requires indeed a mature and interdisciplinary effort by all the fields of human knowledge, with particular regard to political theory, humanities and social sciences, to best assess risks, benefits and outcomes of the new technologies»<sup>121</sup>. In questo dialogo, quindi, i poteri pubblici sono chiamati ad interpretare la loro parte nella sperimentazione di tali nuove tecnologie<sup>122</sup>.

#### 4. Strumenti normativi funzionali al voto referendario

Luciano Floridi già da tempo parla di un'etica adatta all'"ambientalismo digitale" in cui l'*inforg* sviluppa le sue relazioni<sup>123</sup>. Ciò significa riconoscere che la trasformazione digitale è un processo irreversibile e che – come tale – richiede un approccio adeguato. A tale stregua, il giurista, chiamato a sottoporre a verifica i "parametri giuridici" con i quali abitualmente opera per verificarne l'adeguatezza alle nuove evoluzioni tecnologiche, è altresì chiamato a prendere in considerazione lo "stato dell'arte" raggiunto in altre discipline che gli consentano di acquisire migliore contezza di problematiche tanto complesse quali quelle sottese ai processi di digitalizzazione (di cui si è detto: v., *supra*, §§ 2 e 3). Non per "piegare" la tecnica al diritto, o viceversa<sup>124</sup>, quanto piuttosto per andare alla ricerca di una "mutua alleanza", in grado di sollecitare nuove dinamiche che, attraverso il combinato disposto di accorgimenti giuridici (come si vedrà nel presente capitolo) e tecnologici (come si è visto, invece, in precedenza: v., *supra*, § 3), portano all'implementazione di "qualificativi" ulteriori per principi e diritti già esistenti (trasparenza, equità, sicurezza, affidabilità).

Nello specifico, alla comune *ratio* sottesa a tali strumenti tecnologici, volta a porre la persona al centro (*design thinking*, *gamification*) e potenziarne le possibilità di "autodeterminazione" decentralizzata in ambiente sicuro (*blockchain*), fa da *pendant* analoga *ratio* sottesa ad una serie di iniziative normative europee (si veda il paragrafo successivo), volte a rafforzare – attraverso requisiti di trasparenza – la consapevolezza individuale nella sfera digitale. Entrambe queste *ratio* (come già posto in evidenza: v., *supra*, § 1) condividono, a loro turno, quella propria dell'istituto referendario che, non a caso, si traduce nella possibilità dell'individuo di autodeterminarsi sul piano collettivo.

<sup>121</sup> M. ATZORI, *Blockchain technology and decentralised governance: is the State still necessary?* cit., 59.

<sup>122</sup> Nel corso della XVIII legislatura, è stato previsto, nella legge di bilancio 2020, un fondo per la sperimentazione del voto elettronico con riferimento alle elezioni europee, nazionali e per i referendum. La sperimentazione, in particolare, dovrebbe coinvolgere gli italiani residenti all'estero e gli elettori che temporaneamente si trovano fuori dal comune di residenza per motivi di lavoro, di studio o per ragioni medico-sanitarie. Con il decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 (poi convertito, con modificazioni, nella legge 29 luglio 2021, n. 108) la sperimentazione è stata estesa alle elezioni amministrative e regionali, in programma prima per il 2022 e poi, a seguito di rinvio, per il 2023, con integrazione ulteriore del fondo. Con apposito decreto ministeriale del 9 luglio 2021, successivamente integrato da un ulteriore decreto del 21 ottobre 2021, sono state adottate le Linee guida per la sperimentazione di modalità di espressione del voto in via digitale, come previsto dal provvedimento di istituzione del fondo.

<sup>123</sup> L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione – Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2021, 251 ss.

<sup>124</sup> N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, 11 ss.

Da questa “triplice alleanza” tra componente tecnologica, normativa e istituto referendario, scaturisce non solo il rispetto, ma anche la promozione dell’autodeterminazione collettiva e con essa del principio personalista e democratico<sup>125</sup>.

#### 4.1. *Trasparenza, equità*

Dopo aver affrontato “l’ingrediente tecnologico” (v., *supra*, § 3) della menzionata alleanza tra diritto e tecnologia, funzionale all’istituto referendario, si passi ora “all’ingrediente normativo”, rispetto al quale vengono in questione anzitutto una serie di iniziative dell’Unione Europea.

Prima di entrare nel merito, giova ricordare che la dottrina ha qualificato le piattaforme online «come formazioni sociali in cui la personalità di ciascuno viene catturata da meccanismi occulti di manipolazione delle scelte individuali, con la conseguente messa a repentaglio di diritti inviolabili, a partire dalla libertà di pensiero»<sup>126</sup>.

Se nell’ordinamento interno regna una sorta di anomia quanto alla pubblicità politica ed elettorale su piattaforme digitali<sup>127</sup>, l’UE si è attivata per regolamentare le nuove tecnologie e il loro impatto sull’opinione pubblica, anche in ambito politico. In merito, si richiamano non solo il Regolamento UE 679/2016 (GDPR) che tratta la profilazione e il processo decisionale automatizzato (articolo 22), ma anche il Regolamento UE 2065/2022 (DSA), nonché la proposta di regolamento sull’intelligenza artificiale (AIA)<sup>128</sup> e la proposta di regolamento sulla pubblicità politica<sup>129</sup>.

Si tratta di iniziative che sono accomunate da un analogo *fil rouge*: la costruzione di una sorta di “partnership di impegno” tra autorità pubbliche, fornitori di servizi Internet, piattaforme, motori di ricerca e imprese in generale, al fine di migliorare la consapevolezza digitale della società civile e proteggerne l’autodeterminazione<sup>130</sup>.

L’AIA, in particolare, vieta le pratiche di intelligenza artificiale «che utilizza[no] tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole al fine di distorcerne materialmente il comportamento», o «che sfrutta[no] le vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone, dovute all’età o alla disabilità fisica o mentale, al fine di distorcer[n]e materialmente il comportamento»<sup>131</sup>. La proposta disciplina altresì i sistemi di intelligenza ad alto rischio (che,

---

<sup>125</sup> Nei termini in cui sono considerati intimamente connessi da L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia – Teoria del garantismo costituzionale*, cit.

<sup>126</sup> C. PINELLI, *Disinformazione, comunità virtuali e democrazia: un inquadramento costituzionale*, cit., 197.

<sup>127</sup> In merito alla distinzione tra comunicazione politica ed elettorale, alla normazione nazionale per la comunicazione elettorale sui mass-media tradizionali ed alla sua inadeguatezza per le peculiarità che contraddistinguono i social media nonché al prevalere, in tale ambito, di forme di autoregolamentazione, cfr. E. CATERINA, *La comunicazione elettorale sui social media tra autoregolazione e profili di diritto costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021, 1393 ss.

<sup>128</sup> COM(2021) 206 final.

<sup>129</sup> COM(2021) 731 final.

<sup>130</sup> In linea con la richiesta avanzata anche in dottrina, C. PINELLI, *Disinformazione, comunità virtuali e democrazia: un inquadramento costituzionale*, cit., 197: «Ecco perché non potremo accontentarci di ricette idonee a individuarne i responsabili, entro limiti alla libertà di espressione compatibili coi principi delle democrazie liberali. Dovremo pure ricercare come favorire la consapevolezza collettiva dei rischi di quei circuiti comunicativi, e come stimolare virtù trasformative volte alla formazione di circuiti alternativi, e meno costrittivi per le libertà individuali».

<sup>131</sup> Art. 5, c. 1, sub a), b). Tuttavia, come osserva R. J. NEUWIRTH, *The EU Artificial Intelligence Act – Regulating Subliminal AI Systems*, Routledge, London-New York, 2023, 15, l’AIA non specifica il significato delle “tecniche subliminali”. Allo scopo si deve risalire ai lavori preparatori, nello specifico lo *Study to Support an Impact Assessment of Regulatory Requirements for Artificial Intelligence in Europe: Final Report*, Luxembourg, 2021, 31, della Commissione Europea, da cui risulta «AI can be used to exert a significant impact on human

tra l'altro, potrebbero produrre un impatto negativo sui diritti fondamentali), statuendo che gli utenti debbano essere adeguatamente informati sulle caratteristiche, capacità e i limiti delle prestazioni del sistema di IA ad alto rischio<sup>132</sup>. Inoltre, (a) per quanto riguarda i sistemi di IA destinati a interagire con le persone fisiche, è disposto che essi debbano essere progettati e sviluppati in modo che quest'ultime siano rese edotte del fatto che stanno per interagire con un sistema artificiale; (b) per sistemi di IA di riconoscimento delle emozioni o di categorizzazione biometrica, le persone fisiche che vi sono esposte devono essere informate del funzionamento del sistema; (c) gli utenti di un sistema di IA che genera o manipola immagini, audio o video che assomigliano notevolmente a persone, oggetti, luoghi o altre entità o eventi esistenti e che potrebbero apparire falsamente autentici o veritieri per una persona (*deep fake*), devono essere informati del fatto che il contenuto è stato generato o manipolato artificialmente<sup>133</sup>.

Il DSA<sup>134</sup>, da parte sua, prevede garanzie di trasparenza per i sistemi di moderazione dei contenuti adottati dai fornitori di servizi (comprese le piattaforme online), in particolare quando la moderazione è eseguita da algoritmi automatizzati<sup>135</sup>. Alle piattaforme online è, inoltre, fatto divieto di progettare, organizzare o gestire le loro interfacce in modo da ingannare o manipolare i destinatari del loro servizio o in modo da falsare o compromettere la loro capacità di prendere decisioni libere e informate<sup>136</sup>. Inoltre, tutte quelle piattaforme online che mostrano pubblicità sulle loro interfacce devono provvedere affinché, per ogni singola pubblicità presentata a ogni singolo destinatario, l'utente sia in grado di identificare in modo chiaro, conciso, inequivocabile e in tempo reale che il messaggio è una pubblicità, la persona fisica o giuridica per conto della quale la pubblicità è presentata e che paga l'avviso pubblicitario, nonché informazioni significative, direttamente e facilmente accessibili dalla pubblicità, sui principali parametri utilizzati per determinare il destinatario a cui la pubblicità è presentata e, se del caso, come modificare quest'ultimi<sup>137</sup>. Analogamente è richiesto per i sistemi di raccomandazione<sup>138</sup>; mentre adempimenti supplementari in termini di trasparenza sono imposti alle piattaforme online di grandi dimensioni o ai motori di ricerca di grandi dimensioni, a causa dei rischi sistemici derivanti dalla progettazione o dal funzionamento del loro servizio, compresi i sistemi algoritmici, o dall'uso che viene fatto dei loro servizi<sup>139</sup>. A quest'ultimo proposito (piattaforme online o motori di ricerca molto grandi), tra le misure di mitigazione previste per ridurre i rischi

---

agency, including triggering cognitive manipulation through 'dark patterns' and interaction with sub-conscious processes».

<sup>132</sup> Art. 13.

<sup>133</sup> Art. 52, cc. 1-3.

<sup>134</sup> Artt. 15-16-17-18.

<sup>135</sup> Sull'inserimento di questa proposta nel solco del "Piano d'azione per la democrazia europea" - COM(2020) 790 final, nonché come *lex generalis* rispetto a quella *specialis* relativa alla proposta di regolamento europeo sulla pubblicità politica, cfr. E. LONGO, *Rivoluzione digitale e sviluppi della partecipazione democratica nell'Unione europea*, in [Osservatorio sulle fonti](#), cit., 1326.

<sup>136</sup> Art. 25.

<sup>137</sup> Art. 26.

<sup>138</sup> L'art. 27, c. 1, dispone che i «fornitori di piattaforme online che si avvalgono di sistemi di raccomandazione specificano nelle loro condizioni generali, in un linguaggio chiaro e intellegibile, i principali parametri utilizzati nei loro sistemi di raccomandazione, nonché qualunque opzione a disposizione dei destinatari del servizio che consente loro di modificare o influenzare tali parametri principali».

<sup>139</sup> Tra i rischi sistemici, vanno inclusi (Art. 34, c. 1, sub b) «eventuali effetti negativi, attuali o prevedibili, per l'esercizio dei diritti fondamentali, in particolare i diritti fondamentali alla dignità umana sancito nell'articolo 1 della Carta, al rispetto della vita privata e familiare sancito nell'articolo 7 della Carta, alla tutela dei dati personali sancito nell'articolo 8 della Carta, alla libertà di espressione e di informazione, inclusi la libertà e il pluralismo dei media, sanciti nell'articolo 11 della Carta, e alla non discriminazione sancito nell'articolo 21 della Carta, al rispetto dei diritti del minore sancito nell'articolo 24 della Carta, così come all'elevata tutela dei consumatori, sancito nell'articolo 38 della Carta»; così come (Art. 34, c. 1, sub c) «eventuali effetti negativi, attuali o prevedibili, sul dibattito civico e sui processi elettorali, nonché sulla sicurezza pubblica».

per i diritti fondamentali, si fa esplicito riferimento all' «adozione di misure di sensibilizzazione e l'adattamento della loro interfaccia online al fine di dare ai destinatari del servizio maggiori informazioni» nonché «il ricorso a un contrassegno ben visibile per fare in modo che un elemento di un'informazione, sia esso un'immagine, un contenuto audio o video, generati o manipolati, che assomigli notevolmente a persone, oggetti, luoghi o altre entità o eventi esistenti e che a una persona appaia falsamente autentico o veritiero, sia distinguibile quando è presentato sulle loro interfacce online»<sup>140</sup>.

Alle disposizioni del DSA e dell'AIA, si aggiunge la proposta di regolamento sulla pubblicità politica<sup>141</sup>. Essa si rivolge a tutti i fornitori di servizi di pubblicità politica (non solo alle piattaforme online) al fine di rendere più trasparente il loro operato, sensibilizzando i destinatari e imponendo la *disclosure* di ulteriori informazioni (rispetto a quanto richiesto dal DSA: principalmente in merito allo *sponsor* che si cela dietro le pubblicità e agli obiettivi politici perseguiti)<sup>142</sup>. La proposta entra inoltre nel merito delle tecniche di *targeting* e amplificazione impiegate nella pubblicazione, diffusione o promozione di pubblicità politica che comportano il trattamento di dati personali rivolgendosi ad ogni titolare del trattamento, anche coloro che non sono fornitori di servizi di pubblicità politica. Vieta, quindi, le tecniche (*targeting* e amplificazione) che coinvolgono categorie particolari di dati, ai sensi dell'articolo 9 del GDPR, salvo il caso del previo consenso esplicito dell'interessato o del caso *sub art. 9*, par. 2, lett. d), GDPR. In ogni caso, i titolari del trattamento sono tenuti a trasmettere «contestualmente al messaggio di pubblicità politica, informazioni supplementari per permettere all'interessato di comprendere la logica utilizzata e i principali parametri della tecnica applicata»<sup>143</sup>.

L'intento sotteso a tali normative è evidente: in conformità con l'approccio basato sul rischio, che dal GDPR ha accompagnato l'UE lungo il processo di trasformazione digitale<sup>144</sup>, la protezione dei cittadini si concentra principalmente sugli "attributi" della trasparenza ed equità, nonché sui diritti procedurali che li supportano<sup>145</sup>, al fine di rendere gli individui maggiormente consapevoli e responsabili nell'autodeterminarsi. Allo scopo, a sorvegliare che i "signori" del digitale<sup>146</sup> operino conformemente a quanto normativamente richiesto in termini di trasparenza ed equità, è prevista una *governance* composta da autorità di vigilanza nazionali ed europee, nonché dal loro *network* (per affrontare problematiche di natura essenzialmente transfrontaliera). L'ambito territoriale di applicazione di tali previsioni, vista la natura strutturalmente transfrontaliera del digitale, si estende oltre il caso dei soggetti destinatari stabiliti all'interno dell'UE per raggiungere quello dell'attività rivolta a persone che si trovano nell'UE, indipendentemente dal luogo in cui ha sede lo stabilimento del fornitore o del prestatore di servizi.

---

<sup>140</sup> Art. 35, c. 1, i), k).

<sup>141</sup> COM(2021) 731 final.

<sup>142</sup> Come recita il considerando n. 4 della proposta, «Transparency of political advertising contributes to enabling voters to better understand when they are being presented with a political advertisement on whose behalf that advertisement is being made, and how they are being targeted by an advertising service provider, so that voters are better placed to make informed choices».

<sup>143</sup> Cfr. il considerando n. 53 e l'art. 12, c. 3.

<sup>144</sup> L. CALIFANO, *Regolamento UE 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dei dati personali*, in L. Califano, C. Colapietro (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona – Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017, 34 ss.

<sup>145</sup> Sui diritti procedurali del *digital constitutionalism*, cfr. O. POLLICINO, *L'impatto dell'IA sul diritto e sui diritti*, in *BioLaw Journal*, No. 1/2020, 492.

<sup>146</sup> Per mutuare le parole di L. AMMANNATI, *I 'signori' nell'era dell'algorithm*, in *Diritto Pubblico*, 2, 2021, 381 ss.

In definitiva, l’approccio dell’UE nei confronti del potenziale impatto del fenomeno della digitalizzazione (con suoi progressi, fatti di strumenti di IA per la profilazione e il *targeting*, che contribuiscono a potenziare le evidenze degli studi delle scienze comportamentali) opera seguendo un “rischio calcolato”. Da un lato, infatti, l’UE evita di soffocare il progresso tecnologico, motivo per cui i divieti contenuti nel DSA e nelle proposte sull’IA e sulla pubblicità politica sono limitati a casi estremi, che colpiscono il cuore del principio personalista, quindi della dignità umana e dell’identità personale, attraverso tecniche di manipolazione delle persone senza che queste ne siano consapevoli<sup>147</sup>. D’altra parte, i rischi per la democrazia di cui tali atti si dichiarano consapevoli (definiti “rischi sistemici” dal DSA e dalla proposta sulla pubblicità politica, o “alti rischi” dall’AIA), sono “messi in conto”: allo scopo è creato un “armamentario” per strutturare ed affinare la *awareness* degli individui ai quali è chiesto di sviluppare una propria *due diligence* in vista dell’autodeterminazione, nei vari campi della vita (da quello economico-sociale a quello politico-democratico). In questo modo, vengono “attrezzati” più che con nuovi diritti, principalmente con “nuovi attributi” (trasparenza, equità) per diritti e principi esistenti.

##### 5. Tra diritto e tecnologia: un voto referendario consapevole e sicuro?

Gli obiettivi perseguiti dalla ricerca sono plurimi e intrecciati. *In primis*, l’inquadramento delle questioni giuridiche tradizionali (come la democrazia diretta, con specifico riguardo al referendum) all’interno del più ampio panorama della trasformazione digitale, sottolineandone rischi e opportunità (v., *supra*, §§ 2 e 3). Secondariamente, la presupposta apertura interdisciplinare, in quanto la “ricognizione” dei rischi e delle potenzialità dell’ambiente digitale da parte del giurista presuppone la presa d’atto di evidenze rese da altre scienze (in particolare quelle informatiche e comportamentali: v., *supra*, §§ 2 e 3). Infine, l’emersione di una metodologia giuridico-costituzionale che – cercando di orientarsi tra le opportunità offerte dalla trasformazione digitale, ivi incluse le sue estensioni (*blockchain* e *gamification*: v., *supra*, § 3) – individui in che termini la *ratio* propria dell’istituto referendario (di fatto, l’autodeterminazione popolare) possa essere non solo rispettata, ma altresì promossa da specifici strumenti tecnologici (v., *supra*, §3) e normativi (v., *supra*, § 4).

Allo scopo, si tratta quindi di combinare requisiti tecnologici (v., *supra*, §3) e normativi (v., *supra*, § 4) che, anziché tradursi in nuovi diritti, si traducono piuttosto nel rafforzamento, mediante ulteriori “qualificazioni”, di principi e diritti esistenti. Tali “qualificazioni”, come più volte evidenziato, ruotano attorno alla centralità della persona e, proprio per questo, acquistano salienza e momento rispetto all’istituto referendario, nel quale la consapevolezza e responsabilizzazione (una sorta di *due diligence*) dell’elettore è essenziale ai fini di una diretta autodeterminazione non intermediata dalle istituzioni.

Lungo tale percorso campeggia l’approccio *risk-based*, adottato dall’UE sin dal GDPR, volto a favorire la presa di coscienza di quanto la multidimensionalità propria delle sfide digitali non possa essere affrontata in termini meramente paternalistici e difensivi, essendo più funzionale un atteggiamento pro-attivo e sinergico, che si traduce in una chiamata in “corresponsabilità” dei privati da parte dei poteri pubblici<sup>148</sup>, i quali si premurano tuttavia di “attrezzare” i primi strutturando i loro diritti con i menzionati “qualificativi” ulteriori (in termini di trasparenza ed equità: v., *supra*, § 4.1).

<sup>147</sup> R. J. NEUWIRTH, *The EU Artificial Intelligence Act – Regulating Subliminal AI Systems*, cit.

<sup>148</sup> A. PAJNO, M. BASSINI, G. DE GREGORIO, M. MACCHIA, F.P. PATTI, O. POLLICINO, *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in [BioLaw Journal](#), n. 3/2019, 7

L'analisi delle sopra accennate evoluzioni normative (§ 4) e tecnologiche (§ 3) si è dimostrata quindi funzionale agli scopi che ci si era proposti: individuare in che termini tali sviluppi incrocino gli obiettivi giuridico-costituzionali tradizionalmente sottesi all'istituto referendario. Obiettivi che, in estrema sintesi, si traducono nel potenziamento dell'autodeterminazione popolare, e che, per realizzarsi appieno, presuppongono una "strutturazione" alquanto complessa, composta da procedure in grado di rafforzare, per utilizzare due inglesismi attualmente di moda, *awareness* ed *empowerment* dell'individuo. In definitiva, si tratta di implementare quei presupposti volti a fare sì che la possibilità dell'elettore assumere "decisione dirette", riguardanti la vita collettiva, venga potenziata sia da strumenti tecnologici funzionali al suo *empowerment* (ciò che ci è parso possa derivare dal combinato disposto tra l'istituto referendario e l'impianto tecnologico costituito da *blockchain* e *gamification*, secondo quanto illustrato), che da strumenti normativi funzionali alla sua *awareness* (ciò che ci è parso di poter ritrovare nell'indirizzo seguito dalle menzionate iniziative europee menzionate in termini di rafforzamento della consapevolezza e trasparenza).

Non si ha certo la presunzione di considerare raggiunto l'obiettivo perseguito. Lo sforzo ricostruttivo che è stato intrapreso ha – in tutta umiltà – cercato di far emergere evidenze, "connessioni" e comunanza di finalità, sia all'interno del sistema giuridico che tra questo e altri "sistemi", nell'auspicio di delineare un "perimetro" significativo, entro il quale futuri approfondimenti scientifici possano svilupparsi.

Ferma rimane, in ogni caso, la presa d'atto che è in questa duplice alleanza (tra diritto e tecnologia; tra poteri pubblici e privati) che riposano le odierne "ragioni del diritto" e, con esse, la valorizzazione dell'autodeterminazione singola e collettiva, quindi del principio personalista e democratico<sup>149</sup>: alleanza tanto più importante laddove la decisione sia affidata direttamente agli elettori, com'è il caso del referendum.

---

<sup>149</sup> Evocando i concetti di "ragioni del diritto" e "democrazia costituzionale" sviluppati da L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia – Teoria del garantismo costituzionale*, cit., 6 e 235.

**Ugo Adamo**  
**La legge dimenticata. Le DAT a cinque anni dalla loro introduzione\***

«Stavo io stessa appassendo.  
Morire non era più una speculazione intellettuale, stava realmente accadendo.  
Molto lentamente e prima del previsto»

PIA PERA, *Al giardino ancora non l'ho detto*, Ponte delle grazie, Milano, 2016, 17.

**ABSTRACT:** *More than five years ago, Law N. 219/2017 came into force. This law transformed the principle of self-determination and the choice to refuse medical treatment into positive law. This law also regulated the directives capable of deciding 'today for then', which are now referred to as 'Advance treatment provisions'. Not much time has elapsed since the approval of Law No. 219/2017, but this time allows us to make some considerations about it and the difficulties of its implementation. This difficulty is mainly due to the understanding of the legal institution, as can be deduced from the 'Alfredo Cospito case', which is already dramatic and susceptible to generates conflicts and disharmonies in the legal system.*

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Prima della legge: un “diritto per principi”. L’esistenza del diritto di decidere sulle proprie cure. – 3. Le DAT nella l. n. 219/2017: un “diritto per regole”. Le modalità dell’esercizio del diritto. – 3.1. Segue. Le deroghe alla vincolatività delle DAT. – 3.2. Segue. Sul concetto di “congruità”. – 4. Dopo la legge: la Banca dati DAT. – 5. Il mancato ricorso alla sottoscrizione delle DAT. – 6. Su una recente questione posta (dal Ministero della Giustizia) e risolta (dal CNB) in tema di DAT.


### 1. Premesse

Sono trascorsi più di cinque anni dal 31 gennaio 2018, data dell’entrata in vigore della legge n. 219/2017, del 22 dicembre, contenente *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*; con essa è stata introdotta nel nostro ordinamento una legislazione pressoché<sup>1</sup> completa sulla materia che ha inteso normare.

Un lustro rappresenta sicuramente un periodo molto breve per poter valutare gli effetti di una legge e, in particolare, la realizzazione dell’obiettivo atteso (che è di lungo periodo), ovvero sia quello di consentire di decidere sulla propria salute futura, nel caso sopravvenga l’incapacità di autodeterminarsi.

Un periodo assai ridotto, dicevamo, perché il fine della l. n. 219/2017 (anche se ciò rientra nel non detto) era ed è anche quello di far evolvere la coscienza sociale verso temi da sempre poco discussi (almeno nell’ampio dibattito pubblico) per non dire stigmatizzati come questioni sulle quali non poter decidere, e quindi non discutere, perché rientranti in quelle che sovente vengono definite come tematiche “eticamente sensibili”, quasi che la società non fosse pronta ad affrontarle; ciò

---

\*  Si vuole ringraziare l’amico e collega Paolo Carmelo Cozzucoli, professore associato di Statistica presso l’Università della Calabria, per aver reso più “comprensibili”, rielaborandoli in quozienti, i dati consultati nelle Relazioni presentate dal Ministero della Salute al Parlamento, di cui si darà conto nel corso della trattazione. Senza il suo supporto scientifico, molti dati forniti sarebbero rimasti grezzi e poco utili alla verifica della tesi elaborata nel testo.

<sup>1</sup> Sulle carenze della legislazione in materia si rinvia al § 3.1.

valendo in particolare quando tali temi hanno a riguardo (*recte* possono riguardare) le fasi ultime della propria esistenza.

Il tempo trascorso consente, in ogni caso, di valutare come la normativa in tema, in particolare per quanto riguarda la *quaestio* delle disposizioni anticipate di trattamento (d'ora in avanti DAT), sia stata attuata dallo stesso Legislatore e come sia stata accolta dai suoi diretti destinatari<sup>2</sup>. Per consentirlo è necessario almeno richiamare il contesto in cui è nata la n. 219/2017 e ripercorrere – seppur brevemente – le principali novità in tema di DAT da essa introdotte. Nell'ottica di un primo bilancio, nell'ultimo § si tratterà (implicitamente) del 'caso Cospito' in quanto esso, al di là dell'avvicinarsi degli eventi, dimostra come a cinque anni dall'approvazione della legge il dibattito sulle DAT sia ancora tutt'altro che chiuso, tanto che il Ministro della Giustizia ha esplicitamente avanzato diversi interrogativi<sup>3</sup> riassumibili in due aree tematiche: una in merito alla validità del consenso ovvero del rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari quando questi siano subordinati e finalizzati all'ottenimento di beni diversi (materiali o immateriali) dalla libertà di cura, ovvero a una modifica di condizione personale in relazione a un contesto estraneo a quello sanitario; l'altra in merito alla vincolatività o meno delle DAT redatte da chi si trova in regime di detenzione carceraria. A tal fine, lo sviluppo argomentativo sulla vincolatività delle DAT e di come interpretare le deroghe a tale carattere (per esempio su che cosa debba intendersi per *congruità*) sarà oggetto di riflessione preliminare.

## 2. Prima della legge: un "diritto per principi". L'esistenza del diritto di decidere sulle proprie cure

A partire dagli anni '80 del secolo scorso, si è iniziato a discutere (*in primis* nei Paesi anglosassoni) di "testamento biologico". Nel nostro Paese, solo dopo quasi 40 anni, si è prodotta la disciplina normativa su ciò che nel panorama comparato, o comunque in letteratura, va sotto il nome di "*living will*" o di "testamento di vita".

Uno dei primi documenti pubblicati in Italia in merito a tale tematica è quello del Comitato nazionale per la bioetica (d'ora in avanti CNB), che, preferendo impiegare l'espressione "dichiarazione anticipata di trattamento", ne parla come di un atto con il quale «una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidera o non desidera essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato»<sup>4</sup>.

Il tema, quindi, non era nuovo, ma il vuoto di regole, almeno fino alla fine del 2017, continuava a persistere. Dopo diversi falliti tentativi di disciplinare le DAT, il Legislatore è riuscito a muoversi nella prospettiva di positivizzare i principi tratti dalla giurisprudenza (amministrativa, tutelare, di legittimità e costituzionale) in materia sia di consenso informato<sup>5</sup>, che di vincolatività delle manifestazioni di volontà espresse "oggi per domani". Il bagaglio giurisprudenziale era infatti ormai vasto, ma continuava (per sua natura) a essere elaborato in base ai "casi della vita", che possono sempre determinare (a prescindere dalla presenza di un diritto vivente) una decisione anziché un'altra e non sempre in modo coerente con una visione complessiva dell'istituto<sup>6</sup>. La ricerca di una

---

<sup>2</sup> «Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari», così l'art. 4, c. 1, l. n. 219/2017.

<sup>3</sup> Cfr. *infra* la nota 82.

<sup>4</sup> CNB, *Parere. Dichiarazioni anticipate di trattamento*, del 18 dicembre 2003.

<sup>5</sup> Che è un diritto fondamentale: Corte cost., [sent. n. 438/2008](#).

<sup>6</sup> Su tutti non si può che richiamare il "caso Englaro" (Cass., sez. I, 16-10-2007, n. 21748), con la giurisprudenza *seguita e conseguente* dei giudici tutelari in tema di "contenuto" a disposizione dell'amministrazione di sostegno. Qui, in nota, si può solo ricordare che tale ultimo istituto – benché nato per un determinato scopo (possibilità di assumere



più salda certezza del diritto e, quindi, la volontà di ridurre il ricorso al giudice stanno alla base del tentativo di trasporre sul piano legislativo – attraverso la formulazione di regole certe – i principi (non eccessivamente vaghi) pur presenti nell’ordinamento. Al netto di quanto appena affermato, il diritto per principi (anche giurisprudenziali) determinava comunque un quadro abbastanza completo e disciplinato, in grado di modellarsi sui casi concreti. E infatti, tale contesto normativo ha fatto sì che la mancanza di una legge non abbia impedito alle giurisdizioni competenti di rispondere a quelle domande di giustizia che provenivano da persone le cui vicende (umane e di salute) potevano essere accomunate nel loro muoversi nella vasta e proteiforme materia del fine vita.

La salute – in un’epoca tecnologica come è quella attuale e da diversi decenni – ha assunto una dimensione nuova; essa non è più intesa come semplice assenza di malattia, ma si pone in consonanza alla percezione che ciascuno ha di sé, anche nella concreta esperienza di relazioni con altri individui. Per il rispetto dell’autodeterminazione del paziente, anche prima della legge statale e alla luce del formante normativo internazionale<sup>7</sup>, chi non era in grado di manifestare la propria volontà (trovandosi in uno stato di totale incapacità e non avendo indicato, quando era nel possesso delle proprie facoltà, i trattamenti sanitari che avrebbe o meno voluto ricevere qualora si fosse trovato in uno stato d’incoscienza) poteva vedersela ricostruita (processualmente) alla luce dei desideri e delle determinazioni precedentemente espresse. E infatti: «[i]l valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali», anche grazie al legale rappresentante che deve agire «nell’esclusivo interesse dell’incapace»<sup>8</sup>. Esiste(va), quindi, anche il diritto di decidere “ora per allora”, in vista di una propria futura incapacità, e di incidere sul potere tecnico-scientifico.

### 3. Le DAT nella l. n. 219/2017: un “diritto per regole”. Le modalità dell’esercizio del diritto

Quelli richiamati nel § precedente sono alcuni dei principi già presenti nell’ordinamento e che hanno richiesto una positivizzazione in un testo di legge capace di attribuire quella certezza che sola è in grado di assicurare che l’autodeterminazione delle persone cadute in uno stato di incoscienza non rimanga confinata sull’altare aureo della *petitio principii*.

Per come si è precisato, la volontà politico-legislativa di produrre una disciplina *ad hoc* pare essere scaturita proprio dalla perdurante mancanza di una regolazione che disciplinasse la possibilità per qualsiasi soggetto di far valere le sue determinazioni vincolanti (quelle che, più correttamente, si sarebbero dovuto denominare “direttive”)<sup>9</sup> quando, nel pieno possesso delle facoltà mentali, una persona voglia liberamente decidere “ora per allora” su eventuali trattamenti sanitari che potrebbero riguardarla e sui quali non fosse in condizione di prestare il consenso, manifestando tale volontà mediante la redazione di un atto all’uopo previsto per legge.

---

l’incarico per funzioni aventi carattere patrimoniale di ordinaria e straordinaria amministrazione) – è stato sottoposto a interpretazioni estensive tali da poter rispondere ad altre aspettative fra cui le decisioni circa la cura e la salute della persona beneficiaria. P. CENDON, *Amministrazione di sostegno*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VII, 2014; B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti del diritto costituzionale all’autodeterminazione terapeutica*, Milano, 2014; G. FERRANDO, *L’amministrazione di sostegno nelle sue recenti applicazioni*, in *Famiglia, persona, successioni*, 10/2012; D. SIMEOLI, *Amministrazione di sostegno (profili sostanziali)*, in *Enciclopedia giuridica*, Agg., I, Roma, 2008.

<sup>7</sup> Il riferimento va all’art. 9 della Convenzione di Oviedo: «[i] desideri anteriormente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell’intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione».

<sup>8</sup> Così, ancora, Cass., sez. I, 16-10-2007, n. 21748.

<sup>9</sup> Sul punto ci si permette di rinviare al nostro *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Milano, 2018, 90 ss.

È stata proprio l'esigenza di garantire una maggiore certezza del diritto (e dei diritti) ad aver richiesto la disciplina di quelle che il Legislatore ha definito *disposizioni* anticipate di trattamento attraverso una legislazione statale<sup>10</sup>, tale da limitare le diverse "spinte" locali<sup>11</sup> e le divergenze interpretative che possono essere assunte dalle diverse autorità giudiziali, dato che in un sistema che non è di *common law* non si applica il vincolo del precedente<sup>12</sup>.

È senz'altro vero che nell'ordinamento esisteva già il diritto a decidere sulle proprie cure nonché il diritto a farlo in modo anticipato per far valere la propria intenzione qualora non si fosse più in condizione di esprimersi, ma lo stesso non poteva dirsi sulle modalità di esercizio del diritto<sup>13</sup> e quindi sulla sua stessa garanzia.

Allo scorcio della XVII Legislatura, è intervenuta, per l'appunto, la l. n. 219/2017, che colma un vuoto legislativo in tema di consenso ai trattamenti sanitari che non era – come sottolineato – di tipo giurisprudenziale. Oltre a costituire – nel suo art. 1 – una disciplina unitaria del consenso informato, il Legislatore ha chiaramente riconosciuto al paziente il diritto di rifiutare qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico, ma, soprattutto, il diritto di revocare in qualsiasi momento il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento, con conseguenza infausta sulla sua salute. Si precisa, infatti, nello stesso art. 1, che il paziente può esprimere «la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari<sup>14</sup> necessari alla propria sopravvivenza» e che il medico «è esente da responsabilità civile o penale»<sup>15</sup>.

In punto di analisi della normativa inerente alle DAT, non si può che ribadire che non avrebbe (avuto) alcun senso giuridico predisporre uno strumento che permetta di redigere un atto scritto quando si è nello stato di intendere e di volere, finalizzato a far rispettare le proprie volontà in caso di pervenuta condizione di incapacità, per poi far venir meno (in quanto *non vincolanti*) tali determinazioni manifestate anticipatamente. Se così fosse<sup>16</sup>, si potrebbe facilmente osservare che verrebbe meno la *ratio* della norma, che ha il precipuo fine di salvaguardare l'eguaglianza tra soggetti capaci e soggetti incapaci. Il fine della norma è quello, *id est*, di eliminare *il più possibile* (ferme restando le ipotesi di cui all'art. 4 della l. n. 219/2017) la disparità che pur sempre rimane fra individui che si trovano in condizioni personali differenti (capacità, incapacità) e che ricevono trattamenti discriminatori (che si riflettono in un godimento ineguale di diritti fondamentali) non conformi, quindi, al parametro *ex art. 3 Cost.* che li vieta se fondati proprio sulle «condizioni personali».

Parlare di *vincolatività*, d'altronde, non significa incorrere nel rischio di abbandono terapeutico e/o di mancata valutazione medica circa la non corrispondenza tra contenuto delle DAT e disponibilità di trattamenti nuovi rispetto al momento in cui le stesse erano state sottoscritte. L'obiezione per cui le DAT non produrrebbero efficacia nell'attualità per il sol fatto di essere proposte "ora per allora" è superata dal concetto per cui l'attualità esprime, in questo caso, un

---

<sup>10</sup> Autorevole dottrina ha richiamato, ancora di recente, la necessità di un intervento con legge costituzionale: A. RUGGERI, *Fine-vita (problemi e prospettive)*, in questa *Rivista*, 2023/I, 118.

<sup>11</sup> Corte cost., *sent. n. 262/2016*.

<sup>12</sup> A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in questa *Rivista*, 2015/I, 17 ss. L'A. bene mette in risalto le differenze che intercorrono tra le "risposte" che sono nelle disponibilità e del Legislatore e del giudice; infatti, solo la Magistratura è limitata dal principio della domanda così come definito nel *thema decidendum*. Inoltre (p. 29) la mancanza di una legge generale e astratta, che rimette al giudice la decisione sul caso concreto, produce una disparità tra chi ha la possibilità e le risorse per accedere agli strumenti di protezione e chi, non disponendone, rimane escluso dal diritto non positivamente riconosciuto.

<sup>13</sup> L. CARLASSARE, *La Costituzione, la libertà e la vita*, in *Astrid*, 6.

<sup>14</sup> Per il Legislatore (art. 1, c. 5, l. n. 219/2017) la nutrizione e l'idratazione artificiali (le NIA) sono considerate come trattamenti sanitari, con la conseguenza che anche esse possono essere rifiutate e sospese. In dottrina per tutti/e: S. AGOSTA, *Se l'accanimento legislativo è peggio di quello terapeutico: sparse notazioni al disegno di legge in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

<sup>15</sup> Art. 1, c. 6, l. n. 219/2017.

<sup>16</sup> Si rinvia al § 5.

«requisito logico e non meramente cronologico-temporale»<sup>17</sup>, il che mantiene in capo al redattore la possibilità di esercitare il diritto di revoca o modifica della propria volontà fino al momento precedente l'eventuale perdita della consapevolezza, e questo perché non è dato a nessuno di «congetturare se e quali altri cambiamenti possano essere intervenuti nel soggetto nel tempo successivo alla perdita della coscienza»<sup>18</sup>.

La conclusione paradossale del non attribuire valore giuridico-vincolante alle DAT è che – per escludere la possibilità del rischio di inattualità derivante dallo sfasamento temporale tra il momento in cui sono state redatte e quello in cui vengono applicate – si mortifica, fino ad annullarla, l'autonomia del malato, finendo col far prevalere il paternalismo del medico su una manifestazione di volontà comunque espressa (inattuale in senso cronologico ma non in senso logico). Se si è persa la coscienza, non si può neanche ipotizzare una eventuale volontà diversa da quella espressa nelle DAT<sup>19</sup>, che, quindi, sono sempre attuali per la coscienza, anche se possono non esserlo nel contenuto in ragione di scoperte scientifiche nuove e/o per possibili cure non prese in considerazione al momento della redazione dell'atto. Se la disposizione è vincolante in una situazione non modificata, il mero trascorrere del tempo non può costituire, per ciò solo, motivo per negare consapevole validità a una manifestazione di volontà: «[i]l fatto che la persona non abbia più la possibilità di revocare l'atto non è un motivo per disconoscerle a posteriori la libertà che, compiendo l'atto, ha esercitato»<sup>20</sup>. Chiarito questo presupposto – e tenendo presente che le DAT possono essere prese in considerazione solo nel caso in cui il paziente sia incapace di autodeterminarsi, in quanto se il paziente è capace il medico è obbligato ad acquisire il suo consenso informato – è senz'altro preferibile rifarsi alla volontà certa seppur astratta e risalente a un momento non attuale piuttosto che a una incerta (anzi, non esplicitata) riferita a una circostanza attuale (in senso cronologico). Non si deve allora «aver paura di parlare di vincolatività»<sup>21</sup>, in quanto essa comporta non una applicazione meccanica e acritica delle DAT, quanto piuttosto un'attuazione sostanziale delle volontà prima espresse alla luce delle sopravvenute circostanze concrete: con il che – per come vedremo – si verifica la *congruità*.

La responsabilità del medico è investita dall'obbligo dell'annotazione in cartella clinica delle decisioni adottate durante la valutazione di conformità tra quanto dichiarato e quanto verificatosi, non potendosi dar seguito a quanto scritto, per esempio, quando ciò che è stato ipotizzato non è, data la circostanza concreta, riferibile alla particolare e attuale situazione clinico-diagnostica-prognostica. Le motivazioni adducibili dal personale sanitario a non dar seguito al contenuto delle DAT devono essere rispettose del diritto all'autodeterminazione, senza, d'altronde, una traduzione tirannica dello stesso. E infatti, come si sta per osservare, esistono diverse circostanze per cui le DAT possono essere «disattese» dal medico.

### 3.1. Segue. *Le deroghe alla vincolatività delle DAT*

---

<sup>17</sup> CNB, *Parere. Dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., 13

<sup>18</sup> *Ibidem*, 13.

<sup>19</sup> C. PICIOCCHI, *Dichiarazioni anticipate trattamento: dare forma al vuoto in attesa di una legge*, in *Riv. AIC*, 2016, 12.

<sup>20</sup> «Un paziente non smarrisce la propria “identità” quando raggiunge le soglie estreme dell’incapacità caratterizzate dalla perdita irreversibile della coscienza, pur nel mantenimento intatto delle altre parti del cervello che governano le funzioni vegetative, con la conseguenza che, in nome della tutela e della valorizzazione della sua stessa “identità”, appare compatibile con il quadro costituzionale che l’ordinamento giuridico gli riconosca un diritto a pianificare le cure e gli metta a disposizione degli strumenti per realizzare la sua “identità personale” anche in quelle angosciose situazioni», così F.G. PIZZETTI, *“Ai confini delle cure”: la sedazione palliativa (o terminale) tra diritto di non soffrire e diritto di morire*, in *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, a cura di P. Macchia, Napoli, 2012, 138.

<sup>21</sup> P. BORSELLINO, *Audizione presso la XII Commissione*, seduta del 19 aprile 2016.

Come appena messo in risalto vi è la previsione che pone le deroghe alla rigida vincolatività delle *disposizioni*, la quale è strettamente legata alla questione connessa al ruolo del medico dinanzi a una DAT, ed è di quanto mai difficile interpretazione; ne danno prova le diverse e antitetiche letture normative che la dottrina ha iniziato a offrire all'indomani della pubblicazione della legge<sup>22</sup>. La norma legale non limita la possibilità di disattendere il contenuto delle DAT per il suo essere (diventato) non più attuale, circostanza, quest'ultima, che per noi avrebbe dovuto costituire l'unica e sola possibilità di mancata applicazione. Infatti, «[f]ermo restando quanto previsto dal comma 6 dell'articolo 1, il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere *disattese*, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano *palesamente incongrue* o non corrispondenti alla *condizione clinica* attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di *miglioramento* delle condizioni di vita»<sup>23</sup>.

La legge ha previsto la non vincolatività delle DAT rispetto ai casi in cui le stesse «appaiano manifestamente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente». Il palesamente incongruo potrebbe aprire a una discrezionalità di giudizio da parte del medico<sup>24</sup> che fuoriesce dal giusto temperamento tra le due posizioni espresse nell'alleanza terapeutica, per cui esso va correttamente interpretato.

Se il concetto di palesamente incongruo<sup>25</sup> rinvia alla questione di come si scrivono le DAT (si v. i §§ successivi), su ciò che si deve intendere per «miglioramento delle condizioni di vita» bisogna rilevare che esso rinvia non già alle mere condizioni cliniche che valutano lo stato oggettivo della vita biologica, ma al vissuto e all'esperienza di esistenza, insomma alla vita biografica della persona, che non può in nessun modo essere consegnata totalmente, come una cosa, al sapere-potere medico.

Le decisioni positivizzate nelle DAT non hanno riguardo alle terapie valutate nella loro generalità (dimensione scientifica della cura), ma alla qualità della vita del sottoscrittore e all'efficacia concreta della terapia. Ciò che si sta dicendo è che una cosa è il generale miglioramento delle condizioni di vita, altra è la qualità delle stesse.

Va poi sottolineato lo stretto legame fra l'istituto in parola e il principio del consenso informato nell'esplicitato richiamo che il medesimo comma 5 dell'art. 4 fa al comma 6 dell'art. 1 nella parte in cui, tale secondo articolo, disciplinando proprio il consenso informato, esplicita i limiti che si impongono alla legittima espressione della volontà del paziente espressa in maniera anticipata rispetto al caso dato. Questo rinvio comporta la perdita di vincolatività delle DAT se e nella misura in cui vengano richiesti «trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali»; in tali casi, si consente al medico di *disattendere* le disposizioni anticipate di trattamento.

Il rinvio a tale previsione pare privo di valore ovvero altamente “pericoloso” per i riflessi che si potrebbero avere sull'istituto delle DAT<sup>26</sup>. Si può rilevare l'inutilità della previsione per cui non

---

<sup>22</sup> Per tutti, A. LO CALZO, *Il consenso informato “alla luce della nuova normativa” tra diritto e dovere alla salute*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2018, 1 ss. Già prima C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004; F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008; A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11.10.2009, 15; M. GENSABELLA FURNARI-A. RUGGERI, *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici. Atti di due incontri di studio (Messina 3 aprile e 15-16 ottobre 2009)*, Torino, 2010; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. II. Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano, 2012; G. LUCCIOLI, *Dignità della persona e fine della vita*, Bari, 2022.

<sup>23</sup> Art. 4, c. 5, l. n. 219/2017 (corsivi nostri).

<sup>24</sup> Molti dei dubbi interpretativi non possono che rimanere tali, nella misura in cui non esistono al momento studi (penso alla sociologia) o anche giurisprudenza (su eventuale disattesa delle *disposizioni*) che rilevino il contenuto (evidentemente sensibile) delle DAT e le loro concrete ricadute sulle condotte del medico. Ma si v. *infra* la nota 48.

<sup>25</sup> Cfr. *supra* la nota 23.

<sup>26</sup> Cfr. ancora *supra* la nota 23.

possono essere richiesti trattamenti contrari alle norme di legge e alle buone pratiche cliniche (*disposizione* con contenuto di *facere*), dal momento che il contenuto tipico di una DAT è una richiesta di astensione e/o di revoca di un trattamento sanitario, cioè un contenuto di *non facere*.

È ovvio, infatti, che in mancanza di DAT, il medico non può che porre in essere comportamenti di *facere* finalizzati alla cura del paziente, fermo restando il divieto di “accanimento terapeutico”.

Per la legislazione le DAT non avranno séguito se dovessero contenere indicazioni a favore di comportamenti rientranti in fattispecie di reato per la normativa vigente e quindi per il Codice penale, che vieta, per esempio, le pratiche eutanasiche; la qual cosa, come è evidente, non può essere evitata da una previsione “testamentaria” che la indicasse come contenuto in una disposizione anticipata di trattamento. Non si darebbe corso, d'altra parte, neanche a eventuali richieste di accanimento terapeutico e quindi di impiego di trattamenti ancora non validati scientificamente o incongrui o sproporzionati.

Altro limite – per come richiamato – è quello indicato nel rispetto delle buone pratiche clinico-assistenziali, vale a dire del complesso di conoscenze tecnico-scientifiche che sono proprie della professione sanitaria e che si concretizzano in quel criterio di valutazione dell'atto medico eseguito dal professionista che tiene in debito conto sia le particolari caratteristiche della professione, sia dello stato del malato, ma anche della stessa organizzazione sanitaria, e ciò al fine di qualificare tale atto come conforme o meno alla tecnica normalmente esercitata e praticata. Anche tale previsione di legge, però, non convince, e di certo richiede una puntualizzazione interpretativa, giudicata – dallo scrivente – più che opportuna. Intanto, il limite indicato nel rispetto della buona pratica medica – e, quindi, del complesso di conoscenze tecnico-scientifiche che le sono proprie –, ovverosia quello di negare il diritto di pretendere un qualsiasi trattamento, compreso quello inappropriato o sproporzionato, è già riconosciuto dalla comune pratica giudiziale. D'altronde, il rifiuto di trattamenti è già disciplinato dal Legislatore a valle di un'ultradecennale giurisprudenza. Infatti, con riguardo all'altro diritto che trae fondamento dal principio di autonomia – il consenso informato –, è già previsto che il paziente deve apprestare il consenso per qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario pur potendolo revocare in qualsiasi momento; sia nel primo che nel secondo caso non viene indicato alcun limite all'obbligo di cura anche quando si è dinanzi a trattamenti salvavita. La *ratio* della legge è proprio quella di tutelare il *diritto all'autodeterminazione della persona*, che è messa nelle condizioni di anticipare un eventuale futuro stato di incoscienza prendendo una decisione attuale in coscienza; anche per questo i limiti in *subiecta materia* devono essere sottoposti a una rigorosa ponderazione. Inoltre, il riferimento (solo) accennato alle non meglio precisate buone pratiche-mediche potrebbe favorire il ricorso a pratiche locali, cioè a quelle non solo di livello nazionale o regionale, ma soggette anche al vincolo territoriale delle varie ASL; e così l'incertezza che si voleva superare con la legge forse si sarebbe potuta evitare non facendo riferimento a ciò che non è valido *erga omnes*.

Altro limite legale alla vincolatività delle DAT è il seguente: «[i]l paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari [...] alla deontologia professionale». La volontà del paziente di richiedere determinati trattamenti sanitari potrebbe essere soggetta a riserva di regole professionali, con la diretta conseguenza di equiparare la deontologia professionale medica alla legge, sottraendo a quest'ultima il primato che le è proprio e lasciando di conseguenza l'autodeterminazione in ostaggio di consuetudini sanitarie. Il riferimento testuale al codice deontologico nel suo complesso – e quindi anche al suo art. 22 che riconosce al medico autonomia e responsabilità diagnostico-terapeutica – pare servente al rinvio all'obiezione di coscienza dei medici contro la coscienza dei pazienti<sup>27</sup>. Sofferamoci sul significato teorico e pratico che può avere questa disposizione, perché ci pare possibile una interpretazione che renderebbe inoperante il disposto oggetto di attenzione critica. Se è vero – come è vero – che le DAT rappresentano l'estensione logica del consenso al trattamento sanitario, e se è vero – e presumibilmente lo è – che il contenuto delle DAT, per come

---

<sup>27</sup> Art. 1, c. 6, l. n. 219/2017.

sopra detto, è di natura astensiva, bisognerebbe prima riflettere sulla questione se sia teoricamente possibile avanzare obiezione di coscienza<sup>28</sup> dinanzi a una richiesta di dissenso/revoca al trattamento, così come avviene per chi rifiuta un trattamento e si trova in una condizione di *capacità*. Che ciò non sia ipotizzabile lo si deduce dall'essere il consenso informato un diritto fondamentale e dal fatto che la revoca al consenso del trattamento (anche) salvavita non si pone in nesso di causalità con la fine della vita: dando seguito all'esercizio del diritto del consenso/dissenso informato non si procura la morte ma si limita il solo trattamento. Stante tale quadro, il diritto di obiezione di coscienza pare, dunque, non esercitabile<sup>29</sup>.

A ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere che si trovi già in una relazione medico-paziente e acquisiti alcuni requisiti soggettivi<sup>30</sup>, oltre alle DAT, è riconosciuta la possibilità di definire il *modus operandi* di tale relazione, con riferimento a scelte sanitarie da adottare durante il processo di cura (in una fase cioè patologica) attraverso una “pianificazione condivisa delle cure” (PCC)<sup>31</sup>. La differenza con le DAT di cui all'art. 4 è di tutta evidenza: se queste ultime possono essere redatte in un tempo lontano da un eventuale stato patologico (tanto che esso non è neanche prevedibile), dovranno essere *in re ipsa* contestualizzate, perdendo eventualmente in potere vincolante. La PCC, invece, è esente dalla possibilità di essere disattesa data la concretezza della situazione patologica in cui è sottoscritta, perché nasce già in un contesto di relazione tra paziente e medico e, quindi, dinanzi a uno stato patologico il cui evolversi è (con una certa dose di certezza) prognosticabile, più prevedibile nelle sue conseguenze croniche e invalidanti, o caratterizzato da una fenomenologia patologica con prognosi infausta verso un'inarrestabile evoluzione della malattia. Il paziente, se ben informato sul possibile evolversi dello stato patologico, potrà pianificare le cure in modo condiviso con i medici e l'*équipe* sanitaria; a tali desiderata questi ultimi saranno tenuti ad attenersi in modo pressoché assoluto.

Nel caso di una diversa determinazione tra DAT e PCC riferite a una particolare situazione patologica, a prevalere è il contenuto del secondo istituto, in quanto più recente: *voluntas posterior derogat priori*; anche se – è bene ribadirlo – la legge non impedisce al soggetto di redigere una DAT dopo una PCC, per quanto ciò sia quanto meno improbabile. Sempre e comunque, non si può prescindere dalla (ultima) volontà della persona, che sola ha il «potere [...] di disporre del proprio corpo»<sup>32</sup>.

### 3.2. Segue. Sul concetto di “congruità”

Anche per ciò che si affermerà nel § 6 è più che opportuno soffermarci – seppur brevemente – sulla *congruità* come limite alla vincolatività delle DAT.

Quando poco prima si è trattato dell'art. 4, c. 5, della l. n. 219 del 2017, si è notato che se il medico è tenuto al rispetto delle DAT, questi può comunque disattenderle qualora esse appaiano

<sup>28</sup> Per tutti si v. G. CAMPANELLI, *L'obiezione di coscienza e il suo impatto sull'elaborazione di un effettivo diritto a una morte dignitosa*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2022, 74 ss.

<sup>29</sup> A prescindere dall'interpretazione che se ne darà, è da ricordare che il paziente ha in ogni caso il diritto di ottenere l'interruzione del trattamento sanitario rifiutato, non dovendo avere alcuna ripercussione sul suo diritto l'eventuale astensione del medico che lo ha in cura. L'astensione riguarda più l'amministrazione sanitaria che il paziente: è la prima, infatti, che deve organizzare il servizio al fine di garantire i diritti fondamentali che ineriscono quello della salute e deve, quindi, approntare tutti i mezzi affinché tale diritto trovi attuazione concreta.

<sup>30</sup> «Nella relazione tra paziente e medico di cui all'articolo 1, comma 2, rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, può essere realizzata una pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico, alla quale il medico e l'equipe sanitaria sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità» (corsivi nostri). Per tutti, C. CASONATO, *La pianificazione condivisa delle cure*, in M. RODOLFI-ID.-S. PENASA, *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, in *Il Civilista*, 2018, 41 ss.; G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/17*, in *BioLaw Journal*, 2/2018, 136 ss.

<sup>31</sup> Art. 5, l. n. 219/2017.

<sup>32</sup> Corte cost., [sent. n. 471/1990](#), p.to 3 *cons. dir.*

palesemente incongrue. Per cogliere la *ratio* della previsione normativa, e definirne la portata, bisogna rifarsi alla *quaestio* di come si devono scrivere le DAT. Lungi dal depotenziare la portata delle *disposizioni*, il medico dovrà disattenderle quando, alla luce delle stesse, capirà (anche con il supporto del fiduciario)<sup>33</sup> che il loro contenuto sia affetto da incongruità. Detto altrimenti, se il dichiarante si limita a disporre che non vuole “essere intubato” o “essere rianimato”, ciò (molto probabilmente) significa che non vuole vivere in una situazione di mancato miglioramento delle proprie condizioni di vita (*restitutio ad integrum*). Ma con ciò non si tiene conto che in alcune condizioni cliniche (si pensi per tutte alle manovre rianimatorie in emergenza che richiedono un trattamento di supporto alle condizioni vitali *post* traumatiche, che hanno determinato, per esempio, uno *shock* emorragico), l’intubazione può costituire il trattamento che permette al paziente di rimettersi “nel pieno” della propria condizione clinica pre-patologica. In questi casi, il contenuto delle DAT risulta *in re ipsa* palesemente incongruo. Nelle disposizioni – per come abbiamo visto nell’esempio su riportato – non basta, quindi, indicare genericamente qualche trattamento che non si vuole ricevere, ma è necessario che il disponente eserciti la sua libertà in modo coscienzioso e ben informato: la richiesta di astensione da alcuni trattamenti medici (intubazione e/o rianimazione, per rimanere nell’esempio) se non accompagnata dal verificarsi di una precisa diagnosi (con prognosi infausta a breve termine, di imminenza di morte o di irrecuperabilità della propria condizione fisica e psichica che si aveva prima della patologia, ...) non ha alcun senso, *in primis* medico-scientifico.

Se, dunque, potrebbe aver qualche ragionevolezza la previsione per cui “voglio che non siano attivati e protratti gli interventi se il loro risultato fosse il prolungamento della fase terminale della mia esistenza e questo prolungamento non aggiungesse alcuna possibilità di ripresa e facesse continuare le sofferenze” o “non voglio che si prolunghi la mia vita con mezzi artificiali, come tecniche di supporto vitale, fluidi per via endovenosa, farmaci (inclusi gli antibiotici) o alimentazione artificiale (sonda nasogastrica)”, potrebbe averla un po’ meno quella per cui ci si limitasse a disporre che “non voglio essere intubato” o “non voglio essere rianimato”. Solo nel secondo dei due esempi, quindi, la richiesta è «manifestamente incongrua» rispetto al fine che lo stesso paziente (molto presumibilmente) vuole realizzare, soprattutto nella misura in cui l’intervento che si “scrive” come indesiderabile sarebbe utile allo scopo che il paziente vuole tutelare: il benessere e il miglioramento fisico-psichico. L’eccessiva “sinteticità” della scrittura non dovrebbe trovare spazio nella redazione delle DAT, essendo pochi e piuttosto limitati i casi in cui la stringatezza del contenuto del documento può avere un senso, come nel caso del mero riferimento a

---

<sup>33</sup> Al fine di flessibilizzare l’istituto e di garantirne la (potenziale) vincolatività, la legge (art. 4, cc. 1-4) prevede anche la figura del fiduciario al quale (se nominato) è possibile affidare l’esecuzione delle “disposizioni”. La figura del fiduciario ha il precipuo scopo di rendere per l’appunto flessibile il contenuto delle DAT, per attualizzarlo, evitando l’insorgere di un conflitto sull’applicazione delle stesse. Il fiduciario nel suo delicatissimo ruolo non deve mai far prevalere la propria volontà, ma deve “semplicemente” essere un tramite della volontà. Il fiduciario dovrebbe svolgere e la funzione di vigilanza sulle applicazioni delle disposizioni e quella di cooperazione con il medico; egli è il soggetto a cui si riconosce il compito di mediare, interpretare, attualizzare e concretizzare le DAT scritte “ora per allora” di colui i cui interessi deve tutelare seppure ponendosi in relazione con il medico. Il rappresentante designato ha l’esclusivo compito di garantire il rispetto della volontà anticipata da parte di colui che lo ha nominato, unicamente sulla base del contenuto già manifestato nella redazione delle disposizioni; in nessun caso, *id est*, può risultare come un fiduciario autorizzato a supplire alla eventuale mancanza di volontà espressa dal disponente, dovendosi limitare la sua funzione a quella di “interlocutore”, seppur privilegiato, nella relazione con il medico. Il fiduciario non può in nessun caso rappresentare in modo pieno la titolarità di atti personalissimi, che, in quanto tali, non possono essere “trasferiti”; se così non fosse, questi non sarebbero indisponibili e lo strumento delle DAT, il cui precipuo scopo è di tutelare anche nel caso di incapacità i diritti fondamentali dell’individuo – mettendolo così al riparo dal “paternalismo” medico – ne risulterebbe svilito nella sua *ratio* essenziale a causa di una sua, inaccettabile, torsione. Quindi, il compito del rappresentante è solo quello di garantire l’efficacia a quanto (già) scritto nelle DAT, essendo esclusa la rappresentanza per sostituzione, nella quale il rappresentante decide autonomamente per nome e per conto del rappresentato: non si può decidere pleno iure su diritti personalissimi e quindi intrasmissibili. In dottrina, almeno, G. CRICENTI, *I giudici e la bioetica. Casi e questioni*, Roma, 2017, 107 s.

“niente sangue” per i Testimoni di Geova<sup>34</sup> o “niente NIA” per chi è in sciopero della alimentazione<sup>35</sup>, costituendo tale contenuto di DAT una eccezione (non si accetta la cura in sé, pur se l’intento non è quello di porre fine alla propria esistenza) alla regola (non si accetta il trattamento per le conseguenze che questo comporterebbe sul corpo e sulla vita biografica).

#### 4. Dopo la legge: la Banca dati DAT

La ricostruzione (seppur essenziale) della disciplina sulle DAT e sull’interpretazione da dare alla vincolatività delle stesse ci permette l’analisi del séguito della legge. Analisi che si concentrerà non tanto sul formante giurisprudenziale quanto piuttosto su quello legislativo-applicativo e su quello statistico, ovverosia sull’ *an* e sul *quomodo* dell’impiego dell’istituto da parte dei potenziali disponibili<sup>36</sup>.

Visto che le DAT possono essere redatte in qualsiasi momento e depositate presso diversi riceventi nell’intero territorio nazionale, la tempestività con cui le informazioni possono essere acquisite dal medico è decisiva per la sostanziale vincolatività delle DAT nelle situazioni di emergenza (se non si conoscono non si possono applicare), dato che anche in condizioni di urgenza, o quando il soggetto si trovi in immediato pericolo di vita, le DAT devono poter ricevere applicazione, fermo restando che in *dubio pro vita*. È proprio la presenza del dubbio (e quindi la mancanza di una volontà certa espressa per iscritto o assumibile attraverso videoregistrazioni o ancora, per chi è disabile, attraverso dispositivi che consentano la comunicazione) a richiedere l’applicazione del principio di precauzione, il solo che non preclude la possibilità di cambiare idea. E infatti, la possibilità di procedere in direzione contraria è fatta salva nella misura in cui al soggetto interessato si potranno sospendere i trattamenti sanitari iniziati (ma non ancora conclusi) allorquando il paziente medesimo sia uscito dalla situazione di emergenza e, recuperata la coscienza e la capacità, potrà esternare la propria volontà consapevole ovvero allorquando le DAT siano nel frattempo state portate all’attenzione del medico. Siamo in presenza di ciò che potrebbe definirsi come “riespansione” delle DAT.

Per risolvere positivamente le soluzioni dettate dall’urgenza del provvedere, e per colmare la più evidente lacuna normativa della legge del 22 dicembre 2017, la n. 219, che nulla prevedeva in merito, bisogna riferirsi alla l. 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio per l’anno 2018), con la quale viene istituita, con relativo finanziamento, una Banca dati nazionale<sup>37</sup> destinata alla registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento<sup>38</sup>. Più che alla mera annotazione delle DAT comunque esistenti, si è da subito guardato a tale registro nazionale come a quello strumento indispensabile a rendere effettivo il principio dell’autodeterminazione consapevole del paziente

---

<sup>34</sup> Cfr. *infra* la nota 66.

<sup>35</sup> Cfr. *infra* § 6.

<sup>36</sup> I dati che si citeranno sono quelli reperibili nell’ultima (che poi è solo la seconda) *Relazione sull’applicazione della legge recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, aggiornata al 30 giugno 2022*, la cui consultazione mi è stata resa possibile grazie all’invio della stessa da parte dell’Ufficio degli atti non legislativi - Servizio dell’Assemblea del Senato della Repubblica (che qui sentitamente si ringrazia). La prima, invece, è la *Relazione sull’applicazione della legge recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, aggiornata al 30 aprile 2019*, che risulta pubblicata sui siti delle Camere, in Senato della Repubblica - [Documento CCL n. 1](#) - XVIII Legislatura, ovvero in Camera dei deputati - [Doc. CCL n. 1](#) - XVIII Legislatura.

<sup>37</sup> In dottrina almeno S. CACACE, *Le DAT e la Banca dati nazionale istituita dal Ministero della Salute il 10 dicembre 2019*, in [Giustizia Insieme](#), 14 aprile 2020.

<sup>38</sup> A valle dell’esperienza già maturata molto prima della legge 219/2017 in alcune Regioni che avevano costituito, per l’appunto, le banche dati regionali: Cfr. E. STRADELLA-F. BONACCORSI, *L’esperienza dei Registri delle Dichiarazioni anticipate di Trattamento sanitario tra linee guida e prospettive di regolazione del fine vita*, in *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, a cura di A. D’Aloia, Napoli, 2012, 320 ss.



capace di intendere e di volere anche *raccogliendo* le DAT, consentendone la piena conoscibilità a livello nazionale.

Secondo l'art. 1, c. 418, della l. n. 205/2017 «[è] istituita presso il Ministero della salute una Banca dati destinata alla registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) attraverso le quali ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi, può esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari»; nel successivo comma 419 si precisava che «[e]ntro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Ministro della salute, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e acquisito il parere del Garante per la protezione dei dati personali, sono stabilite le modalità di registrazione delle DAT presso la Banca dati di cui al comma 418». Autorizzata la spesa di 2 milioni<sup>39</sup>, il 10 dicembre 2019 è stato approvato il regolamento n. [168](#) (decreto del Ministro della Salute)<sup>40</sup>, che ha permesso l'attuazione della Banca dati<sup>41</sup>, prevedendo in particolare la disciplina delle sue funzioni, i soggetti alimentanti (fra i quali gli ufficiali di stato civile e i responsabili delle unità organizzative competenti nelle regioni in cui siano stati adottati i regolamenti, così come i notai e i consolati) e i contenuti informativi (una copia delle DAT e l'indicazione di dove sia reperibile; oltre alla previsione che essa può essere rilasciata e depositata anche da chi non è iscritto al SSN<sup>42</sup>), insieme alle modalità di accesso ai dati<sup>43</sup> e alla previsione dell'interoperabilità della Banca dati nazionale (con la Rete unitaria del notariato e quelle eventualmente istituite nelle regioni<sup>44</sup>). La Banca dati è stata quindi attivata a partire dal 1° febbraio 2020. Nella fase di avvio, il regolamento ministeriale già richiamato (*ex art. 11*) ha permesso di acquisire gli elenchi nominativi di coloro che avevano redatto le DAT precedentemente alla realizzazione della stessa Banca dati, seppur l'utilizzo di dati personalissimi e sensibili, per

---

<sup>39</sup> Mentre la legge di bilancio 2019 (art. 1, c. 573, l. n. 145/2018) ha autorizzato, a decorrere dal 2019, la spesa di 400 mila euro annui per il finanziamento delle spese di manutenzione e gestione del sistema informativo della Banca dati.

<sup>40</sup> Adottato conformemente al *Parere* espresso dal Consiglio di Stato nell'Adunanza della Commissione speciale del 18 luglio 2018, dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano del 25 luglio 2019 e dai rilievi del Garante per la protezione dei dati personali *Parere su uno schema di decreto recante l'istituzione presso il Ministero della Salute di una Banca dati nazionale destinata alla raccolta delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) - 29 maggio 2019*.

<sup>41</sup> Cfr., altresì, l'allegato al d.m. 10 dicembre 2019 *Banca dati nazionale delle Disposizioni Anticipate di Trattamento - Disciplinare tecnico*, pubblicato in [GURI Serie generale](#) n. 13 del 17 gennaio 2020.

<sup>42</sup> A differenza di quanto avveniva per le banche dati regionali.

<sup>43</sup> Oltre che da parte dello stesso disponente anche, evidentemente, dal medico che ha in cura il paziente allorché sussista una situazione di incapacità di autodeterminarsi del paziente stesso; ma anche da parte del fiduciario sino a quando è in carica, per avere la possibilità di dare attuazione alle scelte compiute. In questo caso non sembra venir violato il diritto alla riservatezza del paziente, nella misura in cui gli è già stata rilasciata una copia delle DAT.

<sup>44</sup> A livello regionale, a quanto ci consta, e ricordando che le Regioni rientrano fra i soggetti alimentanti (l'art. 4, c. 7, l. n. 219/2017 consente alle Regioni che abbiano adottato «modalità telematiche di gestione della cartella clinica o il fascicolo sanitario elettronico o altre modalità informatiche di gestione dei dati del singolo iscritto presso le strutture sanitarie» di regolamentare con proprio atto la raccolta di copia delle DAT e il loro inserimento nella Banca dati), solo la Regione Toscana ha adottato con [d.g.r. n. 16 del 13/01/2020](#) (*Approvazione del Disciplinare per la raccolta delle disposizioni anticipate di trattamento, di cui all'articolo 4 comma 7 della L 219/2017, presso le strutture sanitarie del servizio sanitario regionale toscano*) e [d.g.r.n. 638 del 14/01/2021](#) un regolamento per la raccolta di copia delle DAT e ne ha avviato la trasmissione a partire dal mese di agosto 2021. Si è quindi superata l'*impasse* che aveva bloccato la "spinta in avanti" di alcune Regioni: si pensi alla legge regionale del Friuli-Venezia Giulia del 13 marzo 2015, n. 4, Istituzione del registro regionale per le libere dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario (DAT) e disposizioni per favorire la raccolta delle volontà di donazione degli organi e dei tessuti. La normativa è stata impugnata per violazione della competenza legislativa statale con ricorso n. 55 del 26 maggio 2015. A seguito di tale ricorso, il Legislatore regionale ha modificato il provvedimento contestato con la legge n. 16 del 2015 anch'essa impugnata dal Governo con ricorso n. 87 del 2015. I giudizi in via principale sono stati definiti con Corte cost., [sent. n. 262/2016](#).

quanto limitati all'indicazione del luogo della conservazione delle disposizioni stesse<sup>45</sup>, sia stata autorizzato dal Ministero senza il consenso degli interessati<sup>46</sup>.

Secondo l'art. 8, l. n. 219/2017: «[i]l Ministro della salute trasmette alle Camere, entro il 30 aprile di ogni anno, a decorrere dall'anno successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore della presente legge [il 31.01.2018], una relazione sull'applicazione della legge stessa. Le regioni sono tenute a fornire le informazioni necessarie entro il mese di febbraio di ciascun anno, sulla base di questionari predisposti dal Ministero della salute».

Le *Relazioni* finora non hanno conosciuto la prevista cadenza annuale; infatti, dal 2019 se ne contano solo due, presentate il 10 maggio 2019<sup>47</sup> e il 27 settembre 2022<sup>48</sup>.

Alla luce della seconda relazione<sup>49</sup>, che fa riferimento agli anni dal 2018 al 2022 (per quest'ultimo anno limitatamente al I semestre), si evincono diversi dati<sup>50</sup>. *In primis* – stante l'efficacia retroattiva della legge<sup>51</sup> e l'obbligo<sup>52</sup> gravante sui soggetti alimentanti<sup>53</sup> di trasmettere entro il 31 marzo 2020 l'elenco nominativo dei disponenti una DAT prima del 1 febbraio 2020, ed entro il 31 luglio 2020 la copia delle DAT già depositate – sono state trasmesse complessivamente nella forma di elenco nominativo dei disponenti 144.928 DAT pregresse, di cui 89.202 sono in seguito state sostituite dalla trasmissione delle relative DAT in una delle diverse forme previste dalla norma. Quindi, 55.726 DAT continuano a essere presenti nella sola forma di elenco nominativo.

Il totale (comprensivo anche delle 55.726) delle DAT registrate nella Banca dati nazionale al 30 giugno 2022 è pari a 207.515, vale a dire lo 0,42% dei potenziali disponenti; va precisato che i dati riportati danno conto anche delle DAT di soggetti già deceduti, visto che il Regolamento n. 168<sup>54</sup> non prevede di depurarli sotto questo profilo, che in un'analisi quantitativa è tutt'altro che irrilevante, limitandosi a ottenere la trasmissione anche delle DAT precedenti alla legge n. 219/2017.

Riprendendo i dati e osservandoli con riferimento a ciascuno degli anni in cui sono state registrate le DAT, ci rendiamo subito conto di come i numeri, già di per sé bassi, registrano un

---

<sup>45</sup> Era stabilito un termine, non perentorio, entro cui la copia di tali DAT doveva essere trasmessa dai comuni entro centottanta giorni dall'attivazione della Banca dati nazionale.

<sup>46</sup> Anche per superare i rilievi avanzati dal Garante per la protezione dei dati personali (p.to 4.5 del Ritenuto del *Parere* riportata *supra* nella nota 40) nel Disciplinare Tecnico, allegato al DM 10 dicembre 2019, al p.to 4.4.4. si legge che: «[n]elle more dell'attivazione della Banca dati nazionale, la trasmissione degli elenchi di cui all'art. 11, comma del decreto di cui all'articolo 1, comma 418, della legge n. 205 del 2017 è effettuata, dai soggetti di cui all'art. 3, comma 1, del medesimo decreto, mediante un file strutturato definito nel documento di specifiche funzionali, alla casella di posta elettronica certificata [dat@postacert.sanita.it](mailto:dat@postacert.sanita.it). Le informazioni presenti nel file strutturato sono rese inintelligibili, prima dell'invio alla casella di posta elettronica certificata, tramite crittografia asimmetrica utilizzando la chiave pubblica resa disponibile dal Ministero della salute».

<sup>47</sup> Relazione sull'applicazione della legge recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento (aggiornata al 30 aprile 2019), e pubblicata in Senato della Repubblica - Documento CCL n. 1 - XVIII Legislatura.

<sup>48</sup> Relazione sull'applicazione della legge recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento (aggiornata al 30 giugno 2022) pubblicata in Senato della Repubblica - Documento CCL n. 2 - XVIII Legislatura.

<sup>49</sup> Che propone un monitoraggio di tipo quantitativo (DAT depositate, anagrafica, presenza o meno del fiduciario) escludendo, per ovvie ragioni di riservatezza, la parte contenutistica delle *disposizioni* medesime.

<sup>50</sup> Mentre altri rimangono ignoti, come, fra l'altro, quello sulle modalità di redazione delle DAT e sul loro contenuto. Cfr. *supra* la nota 24.

<sup>51</sup> L'art. 6 della l. n. 219/2017, con una disposizione transitoria, sancisce l'applicabilità delle sue disposizioni ai documenti contenenti la volontà del disponente circa i trattamenti sanitari depositati presso il comune di residenza o davanti a un notaio prima dell'entrata in vigore della legge medesima.

<sup>52</sup> Tali scadenze sono state poi prorogate per l'insorgenza e l'aggravamento dell'emergenza da Sars-Cov-2.

<sup>53</sup> Comuni, notai, ambasciate e consolati italiani all'estero e successivamente anche le regioni.

<sup>54</sup> «I dati personali presenti nella Banca dati nazionale sono cancellati trascorsi dieci anni dal decesso dell'interessato», così l'art. 8.

crollo dopo il primo anno per poi indicare una “tendenza” (seppure non in termini strettamente statistici) alla stabilizzazione. Infatti, se nel corso del 2020 (tenendo conto delle DAT depositate negli anni precedenti) si contano 143.098 DAT, nel 2021 quelle rilasciate sono solo 43.611, per assestarsi a 20.806 nel primo semestre del 2022 (quindi, un po’ più della metà di quelle dell’intero anno precedente).

Qualche osservazione può farsi sulle differenze tra Regione e Regione, anche se in generale, tranne che per l’Umbria, la Liguria e, soprattutto, la Valle d’Aosta e la Basilicata<sup>55</sup>, si può notare il medesimo *trend* negativo. Dalla data di avvio della Banca dati nazionale al 30 giugno 2022 i dati sono resi disponibili secondo la distribuzione delle DAT per regione di residenza del disponente.

Prendendo in considerazione l’anno 2020, le 3 Regioni che registrano il più alto tasso di *disposizioni* per 10.000 residenti (maggioresi) sono situate nel Centro-Nord (Emilia-Romagna con un quoziente di 45.3<sup>56</sup>; le Marche con 44.3<sup>57</sup> e l’Abruzzo con 43.9<sup>58</sup>) seguite da tutte le altre<sup>59</sup> con la Campania che si ferma a un quoziente di 11.4<sup>60</sup>.

Per quanto riguarda il tipo di DAT registrate nella Banca dati nazionale la distribuzione è la seguente: 1. DAT con indicazione e accettazione del fiduciario (142.257); 2. DAT senza indicazione del fiduciario (58.294); 3. DAT con indicazione del fiduciario non ancora accettata (4.064); 4. Altro tipo<sup>61</sup> (1.935)<sup>62</sup>.

Nella *Relazione* si dà anche conto della distribuzione per sesso, che indica la netta prevalenza di quello femminile (con il 61,7%) su quello maschile (38,83%). Tale prevalenza del sesso femminile è un dato che si registra in tutte le Regioni, senza eccezione alcuna.

E, ancora, la distribuzione percentuale dei disponenti per fascia di età ha approssimativamente una rappresentazione esponenziale se si prendono in considerazione le classi di età fissate per settennio a partire dalla maggiore età e disposte in ordine crescente: 18-24 (5%); 25-34 (8%); 35-44 (13%); 45-54 (18%); 55-64 (20%); 65+ (36%). Questo dato è forse il più interessante anche se ampiamente prevedibile, nella misura in cui riconduce il caso italiano a quelli internazionali e quindi a quanto accaduto in quei Paesi che già avevano legiferato in materia e nei quali le poco numerose DAT sono state sottoscritte per lo più dalla popolazione più matura, per la quale la fase della decisione sul proprio fine-vita non risulta *estranea* al processo della vita stessa.

Alla luce anche di questi ultimi dati si possono rileggere quelli inerenti al decremento annuale delle DAT depositate. Ogni anno, infatti, la popolazione di riferimento muta e, depurando questa dal numero di coloro che hanno già sottoscritto le DAT, i nuovi maggiorenti dimostrano di non avere contezza o semplicemente di non voler definire le proprie volontà su eventuali trattamenti sanitari; quindi, il numero di nuove sottoscrizioni non può che avere un *trend* negativo.

## 5. Il mancato ricorso alla sottoscrizione delle DAT

---

<sup>55</sup> Cfr. la seguente la nota 54.

<sup>56</sup> Per l’anno 2021 e il I semestre del 2022 i dati si attestano rispettivamente a 14.0 e 5.1.

<sup>57</sup> Per l’anno 2021 e il I semestre del 2022 i dati si attestano rispettivamente a 11.7 e 3.4.

<sup>58</sup> Per l’anno 2021 e il I semestre del 2022 i dati si attestano rispettivamente a 8.6 e 7.9.

<sup>59</sup> Si riportano tutte le altre Regioni per gli anni indicati e in ordine decrescente di DAT depositate: Province Autonome di Bolzano (42.8; 27.4; 5.6) e di Trento (42.6; 10.5; 5.1); Toscana (35.9; 12.3; 4.9); Piemonte (35.8; 18.6; 4.7); Liguria (35.4; 6.8; 9.9); Veneto (33.6; 8.5; 3.8); Basilicata (33.4; 2.4; 4.6); Lombardia (33.5; 9.4; 5.3); Friuli Venezia Giulia (32.8; 15.6; 4.8); Valle d’Aosta (28.2; 9.8; 16.1); Puglia (26.0; 6.1; 4.7); Umbria (24.8; 5.7; 5.8); Sardegna (24.2; 3.7; 1.3); Molise (22.0; 2.7; 1.3); Calabria (18.7; 3.7; 2.8); Sicilia (17.4; 5.4; 2.1); Lazio (11.4; 3.5; 3.2); Campania (11.1; 4.1; 1.5).

<sup>60</sup> Per l’anno 2021 e il I semestre del 2022 i dati si attestano rispettivamente a 4.1 e 1.5.

<sup>61</sup> Non meglio specificato. Tali distinzioni è bene ribadirlo non hanno alcuna ricaduta sulla validità delle DAT.

<sup>62</sup> Si considerano le DAT a oggi valide, il dato è epurato, cioè, da quelle revocate, che sono una minima parte (1: 917; 2: 18; 3: 25; 4: 5).

I dati richiamati dimostrano che nulla è cambiato né in “peggio” né in “meglio”, e che forse anche solo per questo motivo si può rigettare la tesi di chi cerca di etichettare con l’“eticamente sensibile” quella tematica che apre di per sé al pendio scivoloso<sup>63</sup> o comunque a una questione che per complessità materiale ed etica non può mai essere neanche discussa nell’agorà pubblica.

Fatto sta che comunque la legge pare essere dimenticata, non essendo sufficiente la sola *pubblicazione per presumere* che essa sia conosciuta. E allora bisognerebbe affidare soprattutto alle amministrazioni pubbliche il compito di illustrare e favorire la conoscenza delle disposizioni normative (come previsto, d'altronde, dalla legge 7 giugno 2000, n. 150) nonché quello di fare maggiore ricorso a tutti gli altri sistemi di divulgazione c.d. “di massa”<sup>64</sup>.

E allora – prima di soffermarci sull’assenza di una effettiva campagna di informazione e sensibilizzazione che servirebbe a far sì che non ci si trovi più in casi analoghi a quelli di Eluana Englaro nei quali si impone che venga ricostruita una volontà *presunta* perché non *anticipata* – non pare fuori luogo riflettere sul contenuto delle DAT a partire proprio dalla giurisprudenza della Cassazione che ha “risolto” il caso Englaro<sup>65</sup>. E infatti, anche alla luce di quanto sostenuto nella decisione di legittimità appena richiamata, forse, sarebbe stato preferibile prevedere la possibilità (di certo non l’obbligo) per chi avesse redatto le disposizioni di mettere per iscritto anche le proprie convinzioni e i propri valori di riferimento e quindi di sottoscrivere quell’insieme di opinioni che danno senso al proprio progetto di vita e che fondano le proprie scelte e preferenze nei processi di malattia, anche quelli di fine vita.

Al contrario, non si è deciso di pensare all’istituto delle DAT come a un documento nel quale potessero essere esplicitati gli obiettivi di qualità della vita e di aspettative personali, così come le scelte personali in materia di valori etici, morali, culturali, sociali, filosofici, religiosi e anche politici.

Il Legislatore, a tal proposito, avrebbe potuto riconoscere *expressis verbis* la possibilità di esprimere anche quali sono i valori personali del paziente da tenere in considerazione nella contestualizzazione delle DAT, trovando in essi un aiuto per conoscere i suoi orientamenti al fine di adottare le decisioni cliniche e operative nel senso più consono alle volontà del dichiarante. Tale contenuto (manifestazioni di credo politico, religioso<sup>66</sup>, relazionale, *etc.*) sarebbe stato rivolto non tanto al medico, che non ha certo le competenze interpretative del vissuto di un estraneo, quanto piuttosto al rappresentante eventualmente designato, affinché questi fosse interlocutore valido del medico e dell’*équipe* sanitaria per «orientarsi anche in situazioni e per trattamenti non specificamente previsti»<sup>67</sup>.

Questa previsione sarebbe stata molto utile nella misura in cui avrebbe superato una incertezza su cui non ci si può non soffermare. A norma dell’art. 4, c. 1, si prescrive che ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un’eventuale futura incapacità di autodeterminarsi può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, ma lo può fare «dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte». L’incertezza deriva dalla constatazione che non si specifica in nessun modo come sia possibile accertare che l’acquisizione delle informazioni sia avvenuta e che sia avvenuta in modo adeguato.

---

<sup>63</sup> Contro tale tesi (*recte* argomento) il rinvio obbligato va a G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell’eutanasia volontaria*, Torino, 2020, 499 ss.

<sup>64</sup> Chiaro il rinvio a M. AINIS, *La legge oscura*, Roma-Bari, 2010, 97 ss.

<sup>65</sup> Cfr. *supra* la nota 6.

<sup>66</sup> *Ex multis*, sul rifiuto del Testimone di Geova del diritto di rifiutare l’emotrasfusione, cfr. Cass. civ., sent. n. 12998/2019, sentt. nn. 515 e 29469/2020. Corte europea dei diritti dell’uomo (Sezione I), 22 novembre 2010, *Testimoni di Geova e altri c. Russia*.

<sup>67</sup> C. CASONATO, *A proposito del ddl sul testamento biologico. Una legge più realista del re*, in *il Mulino*, 21 aprile 2017, 1.

D'altronde, le decisioni (soprattutto) sul fine vita, che sono prevalentemente di natura morale<sup>68</sup>, prescindono molto spesso dalla puntuale conoscenza delle conseguenze di una patologia sulla salute, essendo queste ultime note nella loro generalità<sup>69</sup>. Generalità che si esprime in formule vaghe, ma non per questo non significative circa le conseguenze esistenziali delle proprie scelte identitarie.

Rientra, dunque, nella responsabilità di chi decide di depositare una DAT<sup>70</sup> procedere dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche, soprattutto perché solo le *disposizioni* redatte in modo inequivoco saranno pienamente vincolanti.

A tal fine, il diritto, per meglio essere esercitato, dovrà essere conosciuto: questa affermazione non è una *petitio principii*, se solo si ha a mente che in tutti i Paesi dove è possibile l'attivazione degli strumenti di protezione della volontà espressa "ora per allora" il ricorso a codesto strumento è quantitativamente limitato, come abbiamo visto essere anche per l'Italia. Indagare sui motivi del mancato utilizzo delle DAT (per scarsa conoscenza o per precisa volontà)<sup>71</sup> non spetta, però, alla scienza giuridica, quanto piuttosto a quella sociologica, anche se all'ambito giuridico risale la previsione per cui la redazione delle DAT non è obbligatoria.

I dati innanzi riportati ci dicono che anche se la legge esiste a essa non si fa ricorso e ciò, forse, anche per il mancato seguito di una chiara prescrizione prevista nell'art. 4, c. 8, l. n. 219/2017: «il Ministero della Salute, le Regioni e le Aziende sanitarie provvedono a informare della possibilità di redigere le DAT». Al di là della mera pubblicazione sui siti internet del Ministero della Salute dell'informazione della possibilità di redigere le DAT, molte volte definite addirittura in modo errato come "testamento biologico", è facile constatare che non è stata messa in atto una vera e propria campagna di informazione; d'altronde lo stesso ritardo con cui si è proceduto alla presentazione delle Relazioni al Parlamento è indice di una scarsa sensibilità alle tematiche di cui si sta discutendo.

Altri ritardi si registrano sull'assenza di garanzia per chi decida di servirsi della videoregistrazione della propria DAT e ciò soprattutto per le fasce più (economicamente) deboli della popolazione per le quali non sono previste procedure apposite che permettano, per esempio, ai pubblici ufficiali di allontanarsi dal proprio ufficio e ritirare le DAT presso chi non può lasciare per motivi di salute il proprio domicilio.

Altre criticità forse interessano anche le strutture sanitarie (ASL) che pare non abbiano approntato efficienti metodi di ritiro delle DAT, per problemi che rimangono oscuri almeno a leggere la *Relazione*, e ciò anche in quelle Regioni che hanno adottato modalità di gestione

---

<sup>68</sup> C. CASONATO, *Le direttive anticipate di trattamento: un fenomeno paradigmatico dei problemi del biodiritto*, in *Bioetica*, a cura di E. Ceccherini-T. Groppi, Napoli, 2010, 5.

<sup>69</sup> «Se si ammette il diritto di rifiutare anche le cure salvifiche, non è di alcuna importanza, per chi desidera l'interruzione del trattamento, sapere quali sono i rischi che ciò comporta, oppure conoscere il tipo di alimentazione artificiale a cui sarà sottoposto in caso di coma. L'informazione (sul tipo di cura) non è funzionale alla decisione da prendere, perlomeno in tutti quei casi in cui la direttiva mira, per l'appunto, al rifiuto della cura»: G. CRICENTI, *I giudici e la bioetica. Casi e questioni*, Roma, 2017, 107. Sull'acquisizione dell'informazione medica, nella legge priva di ulteriore aggettivazione, cfr. F.G. PIZZETTI, *Prime osservazioni sull'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento (dat) previsto dall'art. 4 della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Forum - La legge n. 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *BioLaw Journal*, 1/2018, 55 ss.

<sup>70</sup> Che ha natura unilaterale e non bilaterale, non potendosi immaginare neanche quale sarà il medico che dovrà attuare le DAT. Ampiamente F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, 189.

<sup>71</sup> A. SIMONCINI-O. CARTER SNEAD, *Persone incapaci e decisioni di fine vita (con uno sguardo oltreoceano)*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2010, 21 ss.

telematica delle cartelle cliniche<sup>72</sup>. Si è indotti ad affermare questo dalla lettura dei dati ufficiali: le DAT raccolte presso le strutture sanitarie delle Regioni sono 193, ovverosia lo 0,093%<sup>73</sup>.

Lo iato è ancora più evidente se si considera che nel *Parere* n. 1991/2018 del Consiglio di Stato si ipotizzava come «utile un atto di indirizzo – eventualmente adottato all’esito di un tavolo tecnico con il Ministero della giustizia, il Consiglio nazionale del notariato e il Ministero dell’Interno – che indichi alcuni contenuti che possono essere presenti nelle DAT, allo scopo di guidare gli interessati sulle scelte da effettuare. Spetterà poi al Ministero di mettere a disposizione un modulo tipo, il cui utilizzo è naturalmente facoltativo, per facilitare il cittadino, non necessariamente esperto, a rendere le DAT». Di tale *format* non v’è ancora alcuna traccia.

La predisposizione di una modellistica prestampata, dunque, non vincola in alcun modo il dichiarante, al quale è chiaramente riconosciuta la possibilità di redigere le proprie volontà future come meglio crede e nel modo che ritiene più opportuno, procedendo con una scrittura più<sup>74</sup> o meno<sup>75</sup> dettagliata; integrando il modulo standardizzato in modo personalizzato; limitando al massimo la possibilità che un linguaggio eccessivamente tecnico comprima la volontà del paziente ponendosi in contrasto con la tutela del principio di autonomia o, al contrario, che la propria volontà espressa in modo vago, generico, astratto risulti, nella pratica, non riconoscibile e dunque non vincolante.

Oltre a ribadire che altre discipline, con più adeguati strumenti di analisi, potranno meglio interpretare i dati, si ritiene comunque di potere affermare che un mancato ricorso alle DAT così capillare sia anche dovuto a una scarsa campagna di sensibilizzazione (che comunque rimane necessaria), ma è innegabile che risieda soprattutto in fattori socio culturali che impediscono alle persone di decidere “oggi” su una scelta difficile, per non dire dilemmatica, a proposito di quanto potrebbe ipoteticamente accadere “domani”. Si afferma ciò perché il bassissimo ricorso alle DAT, evidenziato dai dati fin qui riportati, non può essere interamente letto riducendolo a una mera questione di conoscenza o meno della legge.

Risulta quindi plausibile la lettura dei motivi del fallimento intrinseco dell’impiego delle DAT per come emerse nei primi anni Novanta in quelle analisi di studiosi americani per i quali<sup>76</sup> «la maggior parte dei pazienti e delle loro famiglie non desideravano prendere decisioni riguardanti le loro cure di fine vita. Benché la maggior parte dei pazienti dello studio fossero convinti a redigere direttive anticipate, una notevole percentuale di questi pazienti e delle loro famiglie finiva poi con l’ignorarle quando la morte si avvicinava. Semplicemente non desideravano parlare del fatto reale di star affrontando la morte e molti medici ricambiavano il favore con una pari riluttanza a parlare di morte».

---

<sup>72</sup> Art. 4, cc. 6 e 7, l. n. 219/2017: «[I]e regioni che adottano modalità telematiche di gestione della cartella clinica o il fascicolo sanitario elettronico o altre modalità informatiche di gestione dei dati del singolo iscritto al Servizio sanitario nazionale possono, con proprio atto, regolamentare la raccolta di copia delle DAT».

<sup>73</sup> Dall’avvio al 30 giugno 2022, per soggetto alimentante, la maggior parte delle DAT registrate nella Banca dati nazionale sono state trasmesse dai Comuni (200.845 pari al 96,79% del totale di quelle depositate). I notai hanno trasmesso il 3,09% delle DAT presenti (6.390), mentre le DAT raccolte presso le strutture sanitarie delle Regioni e presso i consolati risultano in numero molto più limitato (per l’appunto 193 e 87, ovverosia, rispettivamente il 0,09% e il 0,04% del totale).

<sup>74</sup> Il rischio è che la previsione fatta in merito al consenso o meno a un determinato trattamento non risponda perfettamente alle caratteristiche patologiche della futura afflizione.

<sup>75</sup> Il rischio è che si scrivano previsioni eccessivamente vaghe tali da poter essere disattese qualora si rientri nelle ipotesi *ex art. 4, c. 5, l. n. 219/2017*.

<sup>76</sup> Ci si riferisce ai risultati empirici dello *Studio per comprendere la prognosi e le preferenze per risultati e rischi di trattamento (SUPPORT)*, citato in R.A. BURT, *La fine dell’autonomia*, in [Migliorare. Le cure di fine vita](#), Perché è stato così difficile? a cura di B. Jennings-G.E. Kaebnick-T.H. Murray, The Hastings Center, New York, 2000 (traduzione italiana del 2003), 11 s. Proposte di nuovi modelli di DAT in S.E. HICKMAN-J. B. HAMMES-A.H. MOSS-S.W. TOLLE, *Una speranza per il futuro: raggiungere l’obiettivo originale delle direttive anticipate*, in *Ibidem*, 32 ss.

## 6. Su una recente questione posta (dal Ministero della Giustizia) e risolta (dal CNB) in tema di DAT

Da quando il detenuto Alfredo Cospito – militante anarchico insurrezionalista, per i propri delitti costretto alla condizione detentiva di cui all’art. 41 *bis* della legge sull’ordinamento penitenziario – ha iniziato uno sciopero della “fame”<sup>77</sup> per richiamare l’attenzione pubblico-mediatica sulle condizioni del c.d. “carcere duro”<sup>78</sup>, le questioni di diritto penitenziario, di diritto costituzionale e più in generale di politica del diritto si sono intrecciate in un modo che è parso fin da subito inestricabile.

Anche per allargare la visuale e prescindendo dal caso concreto, così come fanno sia il Ministero che il CNB, non si farà esplicito riferimento al “caso Cospito” non solo per la risoluzione che lo stesso sta conoscendo a valle di un recente comunicato della Corte costituzionale<sup>79</sup>, ma anche perché le notizie di cui si è a conoscenza sono quasi esclusivamente giornalistiche<sup>80</sup>. La domanda che ci si deve, quindi, porre è se il diritto a non essere curati – e più in generale il rispetto del consenso informato – valga anche per i detenuti<sup>81</sup>. Questo interrogativo pone a sua volta almeno tre questioni: la percezione che la condizione di carcerato comporti di per sé la non godibilità piena dei diritti fondamentali, tutti e a prescindere; l’intento politico di dequotare la volontà liberamente espressa in tema di cure (anche salva vita) da diritto a mera desiderata; la prevalenza in seno al CNB di una tesi finora rimasta in ombra, quale quella della rilevanza dei motivi su cui *deve* reggersi la volontà espressa “ora per allora”.

La vicenda evidentemente ha preso abbrivio da quella di Alfredo Cospito mentre questi portava avanti uno sciopero della alimentazione per motivi politici e per gli stessi motivi era pronto a perdere la propria vita. Nonostante questa tragica decisione avrebbe già dovuto rientrare nella

---

<sup>77</sup> Anche se bisognerebbe parlare di rifiuto di cibarsi, non potendo l’individuo decidere di privarsi dell’istinto della “fame”, correttamente, in tal senso Franco Corleone (*Le contraddizioni che il caso Alfredo Cospito ha fatto emergere sul 41 bis*, in *L’Espresso* del 6 marzo 2023), che sottolinea come sarebbe quanto meno difficile scioperare dalla fame.

<sup>78</sup> Già il fatto che il regime del 41-*bis* venga definito “duro” implica la *deviazione* dalle funzioni di cui la pena deve essere portatrice *ex art. 27 Cost.*

<sup>79</sup> La pubblicazione del comunicato *Ergastolo e bilanciamento delle circostanze del reato*, che è dello scorso 18 aprile, ha indotto il detenuto Cospito a riprendere l’alimentazione. La decisione è ora assunta in Corte cost., [sent. n. 94/2023](#).

<sup>80</sup> Consultando tali fonti si sa che il detenuto Cospito non ha rilasciato le DAT (così come previste dalla legge), ma ha comunque espresso in modo chiaro le proprie volontà a voce appuntandole su un foglio che è stato consegnato al suo legale che prontamente ha presentato al Ministero della Giustizia una diffida a prenderne atto, dando il via da parte di quest’ultimo alla richiesta di pareri al CNB. Detto ciò, comunque ci si sente di affermare che, nel caso di specie, il rispetto del principio di autodeterminazione avrebbe imposto che delle volontà del detenuto si dovesse tenere conto perché esse erano maturate in un contesto di relazione terapeutica (non solo in carcere ma soprattutto durante la degenza presso il reparto di medicina penitenziaria dell’ospedale San Paolo di Milano). Molto probabilmente – ma non si ha alcuna notizia in merito – il paziente ricoverato, trovandosi in una situazione caratterizzata dalla presenza di patologie (come riscontra il Tribunale di Sorveglianza di Milano, ordinanza 3862/2023) che se non curate avrebbero determinato una «inarrestabile evoluzione con prognosi infausta», non aveva redatto le DAT quanto piuttosto la *Pianificazione condivisa delle cure* di cui all’art. 5, c. 1, della l. n. 219/2017. In ogni caso, il diritto al consenso informato e al rifiuto delle cure deve essere garantito alle persone detenute così come alle persone libere («[i]n breve, la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale» Corte cost., [sent. n. 349/1993](#), p.to 4.2 *cons. in dir.*), rispettando, nel caso di perdita della capacità di intendere, quanto scritto nelle DAT ovvero nella PCC (cfr. *supra* § 3.2); anzi, a maggior ragione quanto scritto in una PCC, nella misura in cui solo in quest’ultimo caso la relazione di cura è già instaurata tanto che note e certe sono le conseguenze della richiesta di *non facere* proveniente dal detenuto che indossa le vesti non già del carcerato ma del paziente.

<sup>81</sup> Questa la domanda già posta a M. RUOTOLO, Intervista a *la Repubblica* del 12 febbraio 2023. Cfr., altresì, L. BUSATTA, M. PICCINNI, D. RODRIGUEZ, G. MARSICO, P. ZATTI, *Sciopero della fame. I diritti della persona detenuta che rifiuta di alimentarsi e doveri di protezione*, in [quotidianosanita.it](#).

autonoma volontà del paziente – almeno a scorrere la chiara lettera della l. n. 219/2017, compreso l’art. 4, c. 5 –, il Ministero della Giustizia lo scorso 6 febbraio ha deciso di inviare al CNB quattro quesiti<sup>82</sup> relativi alla vincolatività delle DAT redatte da un detenuto che in modo volontario abbia deciso di porsi in una condizione di rischio per la salute e che esprima il rifiuto o la rinuncia alla idratazione e nutrizione artificiali<sup>83</sup>.

Se, da una parte, i quesiti in sé sottintendevano<sup>84</sup> che ciò che è riconosciuto come diritto fondamentale per il non detenuto di rifiutare qualsiasi cura possa non esserlo per chi detenuto è, con conseguente evidente trattamento discriminatorio, la risposta del CNB, o meglio della maggioranza dei suoi componenti, lascia interdetti per le conclusioni a cui giunge nella risposta ai quesiti posti.

La questione concreta è quella di chi per ragioni politiche rinuncia (in stato di coscienza) alla nutrizione e idratazione artificiali che in futuro dovessero rendersi necessarie per il prolungamento dello stato del digiuno; tale determinazione – al di là delle posizioni assunte a livello politico (per il Ministro della Giustizia) ed etico (per il CNB) – dovrebbe comunque ritenersi vincolante per il personale sanitario nel caso in cui lo sciopero della alimentazione portasse il soggetto a una situazione patologica (in stato di incoscienza) tale da dover imporre trattamenti sanitari che egli non sarebbe più in grado di rifiutare.

Prima di analizzare nello specifico le conclusioni approvate dal CNB – anche al fine di rilevarne un disallineamento rispetto alle conclusioni a cui era pervenuta gran parte della dottrina –, è appena il caso di ricordare che non si possono richiamare (e correttamente non lo fa neanche il CNB) né il trattamento sanitario obbligatorio comunemente esercitato a tutela di alcuni malati psichiatrici<sup>85</sup>, la cui condizione patologica richieda, in casi di necessità e urgenza, pronti interventi terapeutici al fine di impedire di essere pericolosi a sé e agli altri (il fondamento normativo è nell’art. 34 della l. n. 833/1978), né quelle disposizioni che consentono la coercizione fisica nei confronti del detenuto al fine di garantirne l’incolumità (così come prescritto dall’art. 41 o.p.). Come sottolineato da autorevole dottrina<sup>86</sup>, i richiami a entrambe le ipotesi sono da confutare: la prima perché l’art. 34 della l. n. 833/1978 presuppone una conseguenza logico-medico-cronologica indimostrabile e che aprirebbe una breccia insanabile nel principio di autodeterminazione in ambito medico, con il dare per scontato che «il rifiuto protratto di alimentarsi sconfini sempre, a partire da un certo momento,

---

<sup>82</sup> «1. È possibile considerare questa espressione di volontà come un libero consenso informato in ambito sanitario? Ovvero: il paziente che rifiuta i (o rinuncia ai) trattamenti sanitari in subordine all’ottenimento di beni diversi (materiali o immateriali) dalla libertà di cura, al fine di modificare una situazione personale, avrebbe espresso la medesima rinuncia in presenza del bene desiderato? Rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari possono essere considerati una scelta sanitaria libera se il fine non è la libertà di cura? E quindi: in questa situazione, sono da considerarsi valide le Disposizioni Anticipate di Trattamento qualora dispongano il rifiuto rinuncia ai trattamenti sanitari?

2. In condizioni di limitazione della libertà personale, come per esempio la detenzione carceraria, rifiuto e rinuncia di trattamenti sanitari possono consistere in una condotta autoadesiva, diventando una modalità per rivendicare i propri diritti, piuttosto che una scelta consapevole nell’esercizio della propria libertà di cura. In questo contesto, considerando che la persona è completamente affidata alle istituzioni statali, eticamente accettabile che esse consentano a chi mette in atto questi comportamenti di lasciarsi morire?

3. In regime di detenzione carceraria si possono individuare limiti o peculiarità, dal punto di vista etico, nell’applicazione della l. 219/2017, specie in riferimento al rifiuto o alla rinuncia trattamenti sanitari?

4. In regime di detenzione carceraria, si possono individuare limiti o peculiarità, dal punto di vista etico, nell’aiuto al suicidio, come depenalizzato dalla sentenza della Corte costituzionale [n. 242/2019](#)».

<sup>83</sup> Cfr. *supra* la nota 14.

<sup>84</sup> Sottolinea – e a ragione – la “volontà politica” dei quesiti G. ZUFFA, *Caso Cospito. Sul parere del Comitato Nazionale per la Bioetica*, in [Centro per la Riforma dello Stato](#).

<sup>85</sup> E sempre secondo la procedura che vede impegnate diverse figure, quali Sindaco e due medici di cui uno psichiatra, oltre il magistrato di sorveglianza.

<sup>86</sup> M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 154 ss.; M. CAREDDA, *Un diritto fondamentale e universale: la tutela della salute alla prova della realtà carceraria*, in *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, I, a cura di M. Ruotolo-S. Talini, Napoli, 2019, 152 ss.



in disturbo mentale, rendendo per ciò stesso lecita qualsiasi misura obbligatoria e coattiva nei suoi confronti»<sup>87</sup>.

La seconda ipotesi va confutata nella misura in cui l'art. 41, c. 1, o.p., consente sì l'uso della coercizione ma solo limitatamente e proporzionalmente ad atti di violenza (al fine di prevenirli o impedirli) ovvero a tentativi di evasione o ancora al fine di *superare la resistenza, anche passiva*, opposta dal detenuto a un ordine (legittimo) impartito. Anche in questo caso appare incontestabile che il digiuno protratto mai si traduce e né può essere inteso come «atto di violenza». Inoltre, l'eventuale imposizione dell'esecuzione dell'ordine non si limiterebbe al superamento dello stato di resistenza alla richiesta di comportamento reattivo (e la richiesta sarebbe quella di non digiunare), ma condurrebbe *de plano* a un comportamento di *facere* quale l'obbligo all'alimentazione e quindi a un intervento *invasivo* sul corpo di un soggetto il cui digiuno non reca danno ad altri.

Sottoporre il paziente a cure mediche a prescindere dalla sua volontà configura un trattamento che rientra fra quelli obbligatori e che costituiscono una eccezione al diritto del rifiuto delle cure.

Ora, è fin troppo semplice dimostrare che, nel caso sottoposto alla nostra attenzione, non si sia (più in generale) dinanzi a un trattamento sanitario obbligatorio, e questo per molteplici ragioni: in primo luogo, il rifiuto della nutrizione e idratazione artificiali costituisce una decisione squisitamente individuale, che ricade solo sul soggetto che l'ha autonomamente assunta negando il consenso informato; in secondo luogo, l'imposizione di un trattamento a un individuo al fine di tenerlo in vita contro la sua volontà viola il rispetto della persona umana e quindi della sua dignità, che l'art. 32 Cost. richiama come limite per la legittimità dei trattamenti sanitari obbligatori; infine, un provvedimento che s'imponga in quanto obbligatorio deve sempre essere volto a impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri (la salute come interesse della collettività) e ad assicurare che l'intervento previsto non danneggi ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto<sup>88</sup>.

Escludendo, come visto, tutte le ipotesi innanzi richiamate, il principio da seguire, perché presente nel nostro ordinamento – come già rilevato nei §§ precedenti –, è quello per cui le volontà espresse da persona consapevole prevalgono se queste non rechino danno ad altri, se siano state espresse in modo libero e consapevole, risultino congrue e più in generale non incorrano nelle ipotesi positivizzate dall'art. 4, c. 4, l. n. 219/2017.

Per la l. n. 219/2017 affinché le volontà espresse nelle DAT abbiano una efficacia vincolante devono seguire alcune formalità, quali l'essere state rese con atto pubblico o scrittura privata presso un notaio o depositate presso l'ufficio di stato civile del Comune di residenza o presso le strutture sanitarie regionali competenti. Nessun limite per i detenuti<sup>89</sup> e nessuna previsione di valutazione del motivo per cui si rinuncia a un qualsiasi trattamento, dunque.

Invertendo l'ordine delle *interrogazioni* ministeriali e ponendo per ultima quella inerente alla possibilità di negare il consenso a un trattamento medico per ottenere un bene o una condizione *estranea* al contesto sanitario, si può iniziare col rispondere alla domanda su quale sia il ruolo dei medici e delle istituzioni carcerarie. La risposta è sia nella già più volte richiamata l. n. 219/2017 che nella giurisprudenza della Corte EDU, quest'ultima citata per altro dalla maggioranza del CNB a supporto delle determinazioni assunte, ma della quale qui di seguito si proporrà una interpretazione diversa per non dire radicalmente opposta.

I medici possono certamente provare a dissuadere il paziente in sciopero della alimentazione dal suo convincimento a continuare con un digiuno che conduce a una fine certa, e possono farlo informandolo su tutte le conseguenze medico-scientifiche della sua scelta. Ma non solo, si deve

---

<sup>87</sup> M. RUOTOLO, *op. cit.*, 158.

<sup>88</sup> *Ex multis*, Corte cost., [sent. n. 118/1994](#).

<sup>89</sup> Questo, d'altronde, è evidenziato anche dall'unanimità del CNB al p.to 6 della *Presentazione del parere*.

anche verificare che la decisione di digiunare sia davvero volontaria e non derivi da patologie psichiatriche o pressioni esterne<sup>90</sup>.

Dicevamo che la maggioranza dei componenti del CNB ha basato (fra l'altro) la propria tesi<sup>91</sup> sul recente caso [Yakovlyev](#) deciso della Corte EDU<sup>92</sup> – riportando (seppur parzialmente) ampi stralci della parte motiva –, secondo cui: «nel caso di imminente pericolo di vita, quando non si è in grado di accertare la volontà attuale del detenuto, il medico non è esonerato dal porre in essere tutti quegli interventi atti a salvargli la vita»<sup>93</sup> tanto che «le autorità carcerarie non possono essere totalmente esonerate dai loro obblighi positivi in tali situazioni difficili, contemplando passivamente la morte del detenuto a digiuno»<sup>94</sup>.

A chi scrive, la giurisprudenza europea in tema di nutrizione forzata in caso di sciopero della alimentazione da parte di un detenuto pare porti a conclusioni diverse se non antitetiche rispetto a quanto riportato nella *Risposta ai Quesiti del Ministero della Giustizia*, in particolare nella *Posizione A*, lo scorso 6 marzo 2023.

Se, evidentemente, la Convenzione EDU non risolve preventivamente il contrasto tra il diritto alla vita – presidiato dall'art. 2, con relativo *obbligo positivo di tutela* in capo allo Stato contraente – e il diritto all'integrità fisica – con relativo divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, protetto dall'art. 3<sup>95</sup> –, è proprio con la sentenza [Yakovlyev](#) che la Corte EDU offre un ragionevole bilanciamento fra la tutela dei due diritti. La Corte europea, infatti, riferendosi all'imputabilità in capo alle autorità pubbliche del deterioramento delle condizioni di salute di un detenuto, arriva ad affermare che il peggioramento della salute del recluso non può essere ritenuto di per sé imputabile alle autorità. Le argomentazioni in diritto spese dalla Corte EDU non si interrompono a quanto riportato più sopra dal CNB, ma continuano. La Corte richiama a sostegno della propria argomentazione gli interventi da considerarsi come obblighi positivi di tutela; fra questi<sup>96</sup> rientrano a titolo convenzionalmente ammissibile i doveri di informazione continua e, in casi specifici, quello di accertare le reali ragioni della protesta del detenuto, per esempio nel caso in cui denunciino una più che inadeguata gestione medica; in tal caso «le autorità competenti devono dimostrare la dovuta diligenza avviando immediatamente le trattative con lo scioperante al fine di trovare un accordo adeguato, fatte salve, ovviamente, le restrizioni che le legittime esigenze di detenzione possono imporre»<sup>97</sup>.

Detto in altri termini<sup>98</sup> – ed estraendoci dalla casistica che è propria della giurisprudenza convenzionale – in caso di sciopero dell'alimentazione con esito infausto dovuto al rifiuto di trattamenti sanitari e in assenza di un trattamento di alimentazione forzata, lo Stato non è condannato se si dimostra che lo stesso ha approntato tutte le cautele possibili attraverso l'ospedalizzazione della persona detenuta e adempiuto ai richiamati obblighi di informazione.

Nella sentenza [Yakovlyev](#), la Corte EDU discute la pratica dell'alimentazione forzata, delle sue ragioni e delle modalità con cui è stata somministrata e conclude che vi è stata violazione dell'art. 3,

---

<sup>90</sup> Si pensi agli scioperi dell'alimentazione condotti da una moltitudine di persone, che possono riguardare anche soggetti costretti a comportamenti che individualmente forse non porterebbero avanti fino a condizioni di patologia irreversibile.

<sup>91</sup> «Il rifiuto e la rinuncia a trattamenti sanitari, espressi tramite DAT, ove siano subordinati all'ottenimento di beni o alla realizzazione di comportamenti altrui, non possono considerarsi validi», così nella *Risposta. Quesiti del Ministero della Giustizia*, 6 marzo 2023.

<sup>92</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo (Sezione II), 8 marzo 2023, caso [Yakovlyev c. Ukraine](#).

<sup>93</sup> Comunicato Stampa CNB n. 2/2023 del 6 marzo 2023, 1. Tale passaggio non compare, invece, nel documento definitivo.

<sup>94</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo (Sezione II), 8 marzo 2023, caso [Yakovlyev c. Ukraine](#), § 43.

<sup>95</sup> Diritti questi che entrano in conflitto quando un detenuto protrae uno sciopero dell'alimentazione, in tal senso Corte europea dei diritti dell'uomo (Sezione V), 5 aprile 2005, caso [Nevmerzhitsky c. Ukraine](#), § 93.

<sup>96</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo (Sezione II), 8 marzo 2023, caso [Yakovlyev c. Ukraine](#), § 43.

<sup>97</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo (Sezione II), 8 marzo 2023, caso [Yakovlyev c. Ukraine](#), § 43.

<sup>98</sup> E il rinvio può andare alla di poco precedente decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo (Sezione II), 8 giugno 2021, caso [Timtik c. Turquie](#) (Requête no 12503/06).

considerando, fra l'altro, che «l'unica risposta allo sciopero della fame dei detenuti è stata l'alimentazione forzata. La Corte non può quindi escludere che, come sostenuto dal ricorrente, la sua alimentazione forzata fosse in realtà finalizzata a reprimere le proteste»<sup>99</sup> in corso nel carcere. Quindi, si può scioperare anche per ragioni politiche con uno strumento non violento, oltretutto il rifiuto cosciente del cibo.

Se la ricostruzione proposta è corretta, allora il fondamento della posizione maggioritaria del CNB, per come stiamo per sottolineare, vacilla. Per il CNB: «le DAT sono incongrue, e dunque inapplicabili, ove siano subordinate all'ottenimento di beni o alla realizzazione di comportamenti altrui, in quanto utilizzate al di fuori della *ratio* della l. 219/2017»<sup>100</sup>.

Per intanto, la *ratio* della legge citata è quella della tutela del principio di autodeterminazione *a prescindere*<sup>101</sup>, ma se anche così non fosse, comunque per la Corte EDU è la stessa pratica dell'alimentazione forzata a essere convenzionalmente illegittima e a costituire una violazione dell'art. 3 quando la reale finalità delle autorità sia quella, strumentale, di reprimere una protesta attraverso una lesione grave dell'autodeterminazione come fondamento non solo della dignità umana ma anche del diritto alla salute.

Oltre a queste valutazioni, rimane il principio per cui la salvaguardia della vita non può determinare un dovere di vivere, inesistente nel nostro ordinamento costituzionale, nel quale esiste un dovere di cura ma solo se, nel pieno rispetto della dignità della persona, il trattamento sanitario sia finalizzato oltre che alla salute del singolo anche a quella della collettività, il cui «interesse» ha un valore costituzionale.

E allora, l'attività medico-chirurgica in mancanza di consenso informato rientra nella fattispecie penale di violenza privata *ex art. 610 c.p.*<sup>102</sup>; mentre per il profilo civile, il medico, così come la struttura sanitaria, possono essere chiamati in causa per il risarcimento del danno cagionato dalla lesione del diritto fondamentale *ex art. 32 Cost.*<sup>103</sup>.

In conclusione, il *Parere* redatto dalla maggioranza del CNB<sup>104</sup> rappresenta in modo plastico come il dibattito sulle *disposizioni* sul proprio fine vita sia ancora lontano dall'essere risolto anche se è trascorso un lustro dall'entrata in vigore di una legge che si proponeva il fine di positivizzare e di portare a compimento il formante giurisprudenziale che nel nostro ordinamento ha trovato origine ormai diversi decenni addietro.

Risalente a diversi anni addietro è anche l'acquisizione del diritto all'intangibilità del corpo e la libertà di scelta in ambito sanitario (con richiesta di *non facere*), la quale prescinde totalmente da qualsiasi motivazione che abbia portato a compiere quella scelta. E ciò è un diritto fondamentale che è nella disponibilità di chiunque, non valendo, per legge, alcuna limitazione per coloro che vivono in uno stato di detenzione. Far valere solo su questi ultimi una responsabilità istituzionale (penitenziaria) avrebbe come prima e unica conseguenza quella di tutelare in modo «tirannico» il

<sup>99</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo (Sezione II), 8 marzo 2023, caso [Yakovlyev c. Ukraine](#), § 50.

<sup>100</sup> Frase presente nel comunicato stampa (Comunicato Stampa CNB n. 2/2023 del 6 marzo 2023), ma non già nella *Risposta. Quesiti del Ministero della Giustizia*, 6 marzo 2023, il contenuto nel testo riportato è così riformulato: «[i]l rifiuto e la rinuncia a trattamenti sanitari, espressi tramite DAT, ove siano subordinati all'ottenimento di beni o alla realizzazione di comportamenti altrui, non possono considerarsi validi, in quanto utilizzati al di fuori della *ratio* della legge di riferimento. In questo senso, qualora venissero redatte, il medico sarebbe legittimato a disattenderle in quanto indebitamente condizionate e, dunque, «palesamente incongrue» (art. 4, comma 5, legge n. 219/2017)».

<sup>101</sup> Il rinvio ancora una volta è a quanto già sostenuto *supra* al § 3.2.

<sup>102</sup> *Ex multis*: Tribunale di Tivoli, sent. n. 1179/2020; Tribunale Penale di Termini Imerese, sent. n. 465/2018; Corte di Appello di Palermo, sent. n. 4101/2020.

<sup>103</sup> E infatti, cfr. *supra* la nota 15.

<sup>104</sup> Implicitamente per la risoluzione del «caso Cospito»; si scrive *implicitamente* perché nei quesiti posti e nel *Parere* di risposta non solo non appare mai il nome del detenuto ma si afferma anche in più passaggi che il CNB non avrebbe alcuna legittimità giuridica, politica, morale ed etica per formulare un parere *ad personam*; le riflessioni riportate nel *Parere*, dunque, «sono state redatte in modo generale nella misura in cui hanno voluto riguardare l'applicabilità della legge n. 219 del 2017 nei confronti della persona detenuta in sciopero della fame, senza alcun riferimento a casi specifici».

bene vita a detrimento del diritto fondamentale al consenso informato, senza, peraltro, che rilevi alcuna tutela della salute come interesse della collettività.

Questa lettura condurrebbe al pendio scivoloso verso la dicotomizzazione (eterodefinita?) delle motivazioni delle scelte in ambito di consenso libero e informato fra volontà ritenute ammissibili e altre che non lo sono.

Con queste argomentazioni, quindi, è possibile superare quanto sostenuto dal CNB<sup>105</sup>, *in via generale* e quindi a prescindere dallo stato di detenzione di chi sottoscrive la DAT, perché la l. n. 219 del 2017 si applica anche a chi ha intrapreso lo sciopero della fame per il raggiungimento di un fine “politico”, dal momento che ciò a cui si rinuncia è proprio un trattamento sanitario normato appunto dalla legge, e in quanto l’inviolabilità del corpo non permette di sindacare alcuna motivazione che sta alla base della decisione di rifiutare un trattamento sanitario, persino salvavita e anche se subordinato al conseguimento di finalità estranee alla situazione clinica personale. Non siamo dinanzi ad alcuna palese incongruità, in quanto, per come visto nei §§ precedenti, il contenuto di tale espressione è altro da quello che assume la maggioranza del CNB, riguardando questo non già le motivazioni del rifiuto ma la corrispondenza o meno tra volontà espressa e trattamento sanitario.

Per concludere, allora, ritornando al *particolare*, il detenuto in cura è prima di tutto un paziente; egli è, quindi, portatore di diritti e di doveri nella definizione delle sue eventuali relazioni di cura. In tale contesto, il paradosso di richiamare la responsabilità dell’istituzione carceraria sulla vita dei detenuti avrebbe come certa conseguenza la limitazione (soppressione) di un diritto fondamentale *ex art. 32 Cost.*<sup>106</sup> e la torsione delle responsabilità<sup>107</sup> in un sistema ben regolato come è (dovrebbe essere) quello italiano, così come quella di continuare a pensare al carcere come alla più “classica” delle istituzioni totali<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> Cfr. *supra* la nota 100.

<sup>106</sup> G. ZUFFA, *Caso Cospito*, cit. 3.

<sup>107</sup> Messa bene in risalto dalla Conferenza dei Garanti territoriali delle persone private della libertà per cui «bisogna ricordare che lo Stato, e specificamente l’Amministrazione penitenziaria, è responsabile delle *condizioni di vita e di salute* di Alfredo Cospito. *Non certo della sua volontà di condurre il suo sciopero della fame* anche fino alle estreme conseguenze, volontà che però non può essere coartata o negata, neppure attraverso forme di trattamento sanitario obbligatorio sotto forma di alimentazione forzata, se e quando dovesse perdere coscienza. I principi generali della equivalenza nelle cure delle persone detenute e delle persone libere e della prevalenza della volontà della persona sulle necessità dell’istituzione vale anche di fronte alle scelte tragiche, quando la persona detenuta abbia dato chiara manifestazione di non voler essere tenuto in vita contro la sua volontà» (corsivi nostri).

<sup>108</sup> Il rinvio, come è ovvio, va a E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell’esclusione e della violenza*, Torino, 2010, per il quale sono totali quelle istituzioni caratterizzate dalla loro distruttività, iterazione, gerarchizzazione, dal tempo vuoto e dall’annullamento di tutti i diritti.

**Ancora un (notevole) avanzamento nella giustiziabilità del *drafting* legislativo  
(osservazioni minime a prima lettura di Corte cost. n. 110/2023)\***

**ABSTRACT: *The short paper highlights the innovations contained in decision no. 110/2023 of the Constitutional Court which finally establishes an autonomous parameter of validity for violations of legislative drafting.***

Nella [sentenza n. 110 del 2023](#) la Corte riannoda le fila di un discorso che non v'era stata più occasione di sviluppare circa le regole del buon confezionamento delle leggi (cd. *drafting* normativo).

Regole del genere, oltre a vantare una notevole anzianità, ormai abbondano nei vari ordinamenti e si rinvencono abbastanza spesso nei manuali delle assemblee legislative. Su di esse si è cimentata la dottrina che ha contribuito a validarle dal punto di vista giuridico e tecnico, mentre ha visto la luce una didattica specialistica perlopiù esterna alle sedi proprie dove si apprende il diritto, ma paradossalmente non a redigerlo.

Tali regole, però, più raramente risultano esplicitate in sede normativa e tampoco a livello costituzionale, originando le note incertezze circa la loro reale parametricità in un giudizio sulla validità della legge. Com'è noto, infatti, anche i testi costituzionali più inclini ad inquadrare nel dettaglio il procedimento legislativo solitamente si preoccupano dei puri aspetti procedurali, anche se è innegabile che taluni di questi aspetti si riverberano sui profili di merito della legge, involgendo aspetti di confezionamento linguistico.

Ciò nonostante, risulta anche vero che la buona fattura delle leggi, almeno sotto il profilo della loro intelligibilità, intesa sia come comprensione, sia come conoscibilità, è stata talora riportata indirettamente a fondamentali principi del moderno Stato democratico, quali la certezza del diritto ed il principio dell'affidamento dei governati. È esemplarmente da tempo il caso della Francia, dove l'intelligibilità e l'accessibilità della legge sono stati configurati dal *Conseil constitutionnel* come obiettivi di valore costituzionale necessari a dare effettività al principio di eguaglianza ed alla garanzia dei diritti.

Per vero, anche la Corte costituzionale ha manifestato una grande sensibilità per questa problematica, ma trovando ostacolo, come si accennava, nella difficoltà di attribuire al vizio linguistico (grammaticale, sintattico, lessicale, logico, ecc.) che rende impervio il testo legislativo una sua autonoma rilevanza costituzionale, sicché è stato possibile prenderlo in considerazione solo se ridondante nella violazione di un qualche altro parametro costituzionale.


Di qui, ci sembra, l'assoluta novità della [sentenza n. 110 del 2023](#), non dovendosi, in primo luogo, trascurare l'iniziativa del Presidente del Consiglio che non ha esitato ad inserire nelle doglianze del ricorso quella avverso una disposizione di legge regionale “dal significato non intellegibile, in aperto contrasto con il canone della ragionevolezza, imposto dal rispetto dell'articolo 3 della Costituzione»: e, ciò, a causa del ricorso a «espressioni vaghe e suscettibili di varie interpretazioni», senza che, peraltro, i chiarimenti offerti dalla Regione avessero consentito di superare tali incertezze interpretative ed anzi, secondo la Corte stessa, confermativi del loro carattere criptico.

Resta tuttavia evidente, nel ragionamento della Consulta, come ad una siffatta “resa” interpretativa potrebbe giungersi solo dopo aver messo in campo tutti gli strumenti interpretativi che l'ordinamento fornisce ed impone, anche ricorrendo, se del caso, alla ricerca dell'intenzione del legislatore vivente come una questione in via principale sembra infatti consentire.

Ma l'intrapresa centrale della Corte è la ricerca ed il reperimento di un parametro specifico con cui traguardare il vizio linguistico, benché la stessa Avvocatura, cui va il merito di aver indicato in via autonoma l'art. 3 Cost., avesse in seconda battuta fatto tuzioristicamente appello ad altre disposizioni costituzionali.

Si comprende, infatti, come siffatta soluzione non costituisca (ancora) nel pensiero della Corte un approdo scontato e sicuro, ma richieda una sua specificazione motivazione con riferimento al profilo

---

\*  Direzione della Rivista.

dell'art. 3 che appare il più prossimo ad un'indagine di significato, ossia la ragionevolezza. Una prima strada è ovviamente quella di mettere in campo possibili precedenti esibiti dalla stessa giurisprudenza costituzionale: qui, si badi, l'assoluta prevalenza (dei pochi esempi) della materia penale non è creduta preclusiva in quanto se è vero che in detta materia è forte la suggestione esercitata dal valore della libertà personale ed in genere dai diritti fondamentali, "sarebbe errato ritenere che tale esigenza non sussista affatto rispetto alle norme che regolano la generalità dei rapporti tra la pubblica amministrazione e i cittadini, ovvero i rapporti reciproci tra questi ultimi. Anche in questi ambiti, ciascun consociato ha un'ovvia aspettativa a che la legge definisca ex ante, e in maniera ragionevolmente affidabile, i limiti entro i quali i suoi diritti e interessi legittimi potranno trovare tutela, sì da poter compiere su quelle basi le proprie libere scelte d'azione".

L'oscurità della legge produce, dunque, secondo la Corte, "inevitabilmente le condizioni per un'applicazione diseguale della legge, in violazione di quel principio di parità di trattamento tra i consociati, che costituisce il cuore della garanzia consacrata nell'art. 3 Cost."

La seconda strada percorsa dalla Corte per corredare di autorevolezza la sua ricostruzione dogmatica della portata costituzionale del principio del buon confezionamento della legge almeno nelle declinazioni prima indicate è il ricorso alla comparazione giurisprudenziale con altre corti costituzionali. Il supporto è rinvenuto ovviamente presso il già evocato *Conseil* francese cui si aggiunge il *BVerfGE* tedesco, ritenuto forse anche più incisivo per aver riconosciuto addirittura l'esistenza di "un mandato costituzionale di «precisione» e «chiarezza normativa», in base al quale le disposizioni di legge debbono essere formulate in modo tale da: a) consentire ai loro destinatari di comprendere il loro significato e di regolare di conseguenza la loro condotta, b) disciplinare e limitare efficacemente l'attività della pubblica amministrazione, e c) consentire all'autorità giudiziaria di esercitare il proprio potere di controllo sull'attività dell'amministrazione sulla base di criteri giuridici prestabiliti".

La terza strada (ma non l'ultima, anzi) è evidentemente quella di estrapolare direttamente dallo stesso testo costituzionale la matrice del principio, individuata, come si è visto, nell'art. 3 Cost. La Corte sembra, però, andare oltre (sulla scia delle consorelle straniere), osservando come una norma radicalmente oscura vincoli in maniera soltanto apparente il potere amministrativo e giudiziario, in violazione sia del principio di legalità, sia, ancora, della stessa separazione dei poteri, dilatando il discorso dal piano sostanziale dei diritti a quello funzionale dell'ordinamento costituzionale.

Tutto esatto certamente, ma l'essenziale è stato di aver potuto battezzare con la necessaria esattezza un preciso parametro normativo che valesse da orientamento immediato per tutti i legislatori e soprattutto immettesse definitivamente la Corte nel circuito del buon confezionamento delle leggi

(P.C.)

**Claudio Panzera**  
**Titolarità dei diritti fondamentali e società democratica\***

**ABSTRACT:** *The essay, also written to honor the memory of Professor Gladio Gemma, dwells on the recognition of fundamental rights beyond citizenship. Dialoguing with Gemma's thought on the aims and limits of a constructive interpretation of constitutional rights of aliens, the paper focuses on the concepts of 'democratic societies' (within the ECHR) and 'constitutional pact' (within national legal orders) as normative backgrounds for interpreting and balancing operations of both the political bodies and the judiciary. It finally tests this theoretical framework in the paradigmatic case of the right to asylum and the access to territory.*

SOMMARIO: 1. I diritti degli stranieri: due modelli a confronto. – 2. Stato costituzionale e *status* dei non cittadini (dalla sovranità alla discrezionalità). – 3. Diritti della persona e società democratica: *simul stabunt vel simul cadent*. – 4. Conflitti paradigmatici: accesso al territorio e diritto d'asilo.

1. *I diritti degli stranieri: due modelli a confronto*

In un breve scritto in tema di libertà degli stranieri, confezionato in occasione di uno dei tradizionali seminari “preventivi” ferraresi cui era solito partecipare, Gladio Gemma metteva in guardia dai possibili eccessi di una «visione “teologica” del diritto» contrastante con la storicità e relatività propria delle «categorie delle scienze sociali, e di quella giuridica in modo specifico»<sup>1</sup>.

La sua critica, come sempre garbata e animata da sincero spirito dialogico, era diretta nello specifico contro il modello da lui definito *universalistico* di garanzia dei diritti degli stranieri, ossia quell'approccio teorico che fa discendere dall'eguaglianza in dignità di tutti gli uomini la necessaria estensione ai non cittadini, nella misura massima possibile, dei diritti che la Costituzione italiana riconosce ai cittadini. Un approccio forse minoritario nella sua versione più estrema e intransigente, ma a suo giudizio implicitamente condiviso – talvolta, anche in modo inconsapevole – da «larghi settori della cultura giuridica e sociologica»<sup>2</sup>.

A questo modello Gemma ne opponeva un altro, considerato «decisamente più rispondente alla Costituzione»<sup>3</sup>, che per semplificare definirei *particolaristico* (benché l'autore non ricorra a questo termine). Tale approccio non contesta l'espansione della garanzia dei diritti costituzionali in favore dei non cittadini, né la conseguente riduzione della distanza fra gli “statuti giuridici” propri del cittadino e dello straniero, che costituisce un dato di fatto ormai assodato<sup>4</sup>.

Esso mira, piuttosto, a interrogarsi criticamente sulla «filosofia da seguire circa la delimitazione di tale tendenza», collocando il tema dei diritti degli stranieri sullo sfondo dell'esigenza inderogabile di preservare l'«essenza» e il «funzionamento» della comunità politica ospitante, «per natura inclusiva di alcuni (i cittadini) ed esclusiva di altri (i non cittadini)»<sup>5</sup>. In questa seconda prospettiva, i *diritti* da riconoscere agli stranieri andrebbero dunque commisurati agli *interessi* della comunità politica di riferimento.

Il Nostro, dopo aver indicato i criteri che dovrebbero ispirare l'interpretazione delle norme costituzionali in tema di diritti fondamentali dei non cittadini, affronta in modo specifico la questione di legittimità delle norme del testo unico sull'immigrazione oggetto del citato seminario

\*  Destinato anche agli Scritti in memoria di Gladio Gemma.

<sup>1</sup> G. GEMMA, *Libertà degli stranieri nel rispetto della legalità*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, Veronesi (a cura di), *Stranieri tra diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2001, 91.

<sup>2</sup> Ivi, 93.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> Per un'approfondita analisi del punto, fra gli scritti di quel periodo, v. almeno M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1997 e C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Cedam, Padova, 2001.

<sup>5</sup> G. GEMMA, *Libertà degli stranieri*, cit. 92.

di studi<sup>6</sup>. Tralasciando quest'ultima, di rilievo limitato ai fini di questo scritto, è sulla prima parte che intendo svolgere qualche riflessione e “dialogare” a distanza con Gemma.

## 2. Stato costituzionale e status dei non cittadini (dalla sovranità alla discrezionalità)

Universalismo e particolarismo rappresentano le coordinate teoriche generali lungo cui si snoda una parte importante della riflessione giuridica attorno alle nozioni di “diritti fondamentali” e “cittadinanza”. Fra queste ultime esiste notoriamente un rapporto complesso: di *contrapposizione*, se si assume la prospettiva universalistica (per la quale la cittadinanza statale costituisce un fattore di indebita restrizione nel riconoscimento dei diritti dell'uomo)<sup>7</sup>; di *implicazione reciproca*, se si predilige quella particolaristica (i diritti umani quale attributo non dell'individuo isolato, ma della persona partecipe di una comunità politica)<sup>8</sup>.

È ampiamente noto che le codificazioni costituzionali di fine Settecento hanno avuto l'effetto di ancorare ad un contesto storico-politico *determinato* l'enunciazione di quei diritti che per il giusnaturalismo moderno erano un prodotto della ragione universale, valido a qualunque latitudine geografica e invariante rispetto ai costumi delle diverse società. A partire dalla seconda metà del Novecento i due percorsi – giusnaturalistico e positivistico – hanno iniziato a convergere nel senso dell'affermazione di «diritti positivi universali»<sup>9</sup>. Ciò è avvenuto grazie all'avvio di un processo di codificazione su scala internazionale che non si è mai sostanzialmente arrestato<sup>10</sup>, e per effetto dell'apertura “all'esterno” – ispirata ai valori della pace e della giustizia – delle Costituzioni del secondo dopoguerra, alimentata da clausole sul riconoscimento di diritti fondamentali *della persona* non più mediati dell'appartenenza statale<sup>11</sup>. In breve, la spinta verso l'universalizzazione dei diritti

---

<sup>6</sup> La questione di costituzionalità riguardava l'istituto del trattenimento e le modalità di esecuzione dell'espulsione amministrativa dello straniero (artt. 13 e 14, d.lgs. n. 286/1998), poi decise nel senso della infondatezza – “semplice” nel primo caso, “nei sensi di cui in motivazione” nel secondo – da [Corte cost. sent. 22 marzo 2001, n. 105](#).

<sup>7</sup> L'«ultimo privilegio di status, l'ultimo fattore di esclusione e discriminazione, l'ultimo relitto premoderno delle disuguaglianze personali in contrasto con la conclamata universalità e uguaglianza dei diritti fondamentali», per dirla con L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, 288. Similmente, S. RODOTÀ, *Cittadinanza: una postfazione*, ivi, 318 ss. e poi ID., *Il diritto ad avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 4; ma v. anche V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in AIC, *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Jovene, Napoli, 2010, 3 ss.

<sup>8</sup> La notissima, e spesso abusata, espressione “diritto ad avere diritti” di H. ARENDT (cfr. *Le origini del totalitarismo*, I ed. 1951, trad. it., Einaudi, Torino, 2004, 410) si riferiva non casualmente all'appartenenza ad una comunità politica come precondizione di fatto necessaria – negli ordinamenti giuridici dell'epoca – per il riconoscimento degli altri diritti: «La privazione dei diritti umani si manifesta soprattutto nella mancanza di un posto nel mondo che dia alle opinioni un peso e alle azioni un effetto» (*ibidem*); e ancora «L'individuo può perdere tutti i cosiddetti diritti umani senza perdere la sua qualità essenziale di uomo, la sua dignità umana. Soltanto la perdita di una comunità politica lo priva della sua umanità» (ivi, 412).

<sup>9</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, 24.

<sup>10</sup> Fra i molti, A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, I ed., 1988, Laterza, Roma-Bari, 2002. È discusso se tale sviluppo sia giunto al punto di determinare una trasformazione “strutturale” del diritto internazionale: per un'esposizione ragionata delle varie tesi in proposito, cfr. R. PISILLO MAZZESCHI, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo e il suo impatto sulle concezioni e metodologie della dottrina giuridica internazionalistica*, in *Dir. umani dir. int.*, 2, 2014, 275 ss., che propende per la risposta affermativa.

<sup>11</sup> Tra le tante disposizioni esistenti, v. per esempio l'art. 2 della Costituzione italiana, l'art. 1 della Legge fondamentale tedesca e l'art. 10 della Costituzione spagnola. In merito, valga per tutti l'affermazione della Corte costituzionale italiana secondo cui i «diritti che la Costituzione proclama inviolabili», siano essi espressamente disciplinati o implicitamente ricompresi nell'art. 2, «spetta[no] ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani» ([Corte cost. 22 marzo 2001, n. 105](#), ripresa dalle successive [sentt. 5 luglio 2010, n. 249](#) e [20 luglio 2011, n. 245](#), concernenti, rispettivamente, la libertà personale, l'eguale trattamento penale e il diritto a contrarre matrimonio). specularmente, in relazione all'estensione legislativa degli obblighi di leva agli apolidi, la Corte ha parlato di una «comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto, [che] accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art. 2 della Costituzione là dove,



– e la loro autonomizzazione dalla cittadinanza – può dirsi in larga parte dovuta all’interazione di due concomitanti, articolati e ormai integrati fenomeni: la “internazionalizzazione” del diritto costituzionale statale e la “costituzionalizzazione” del diritto internazionale<sup>12</sup>.

Le vicende storiche degli ultimi settant’anni si sono fatte carico di mostrare con cruda evidenza che non basta proclamare solennemente i diritti per vederli realizzati in concreto. Sul piano delle conseguenze materiali, lo *iubeo* dell’autorità politica non equivale al *fiat* del Dio-creatore. Lo scarto tra norma e fatto è particolarmente lampante a livello internazionale generale, per l’assenza, debolezza o inefficienza delle istituzioni globali e delle procedure giuridiche deputate alla garanzia dei diritti astrattamente riconosciuti<sup>13</sup>.

Più incoraggiante è il quadro che emerge dall’analisi degli strumenti disponibili su scala regionale-continentale, specie ove la previsione di cataloghi di diritti sia completata dall’istituzione di rimedi giurisdizionali o para-giurisdizionali attivabili su ricorso statale o d’ufficio (ad es., la Convenzione americana sui diritti umani del 1969), ovvero anche su iniziativa individuale (la Cedu del 1950) o collettiva (la Carta sociale europea del 1961, riveduta nel 1996). In tali evenienze, la distanza tra riconoscimento ed effettività dei diritti, che non può mai essere del tutto colmata, tende a ridursi in maniera significativa. Laddove, poi, la preoccupazione per la garanzia dei diritti è assorbita all’interno di un avanzato processo di integrazione giuridica sovranazionale come nel caso dell’Ue, l’effettività dei diritti finisce per rappresentare un aspetto del più generale fenomeno dell’applicabilità delle norme di quell’ordinamento, dunque dell’effettività del sistema normativo “integrato”<sup>14</sup>.

Per concludere sul punto, quando si affronta il tema del rapporto tra autogoverno democratico e diritti umani, è impensabile prescindere dall’esistenza di una serie di vincoli esterni, eterogenei quanto si vuole per estensione ed efficacia ma comunque stabili, sul modo in cui gli Stati decidono di trattare gli stranieri – e finanche i propri cittadini – in relazione alla spettanza e all’esercizio di diritti fondamentali. Per essere più precisi, il fenomeno non riguarda ovviamente *tutti* gli Stati, ma soltanto quelli che ispirano la propria organizzazione e azione ai principi del costituzionalismo: in detti ordinamenti, autovincoli costituzionali e obblighi internazionali/sovranazionali (pur sempre fondati su norme costituzionali di autorizzazione) assolvono congiuntamente una funzione di limite al potere dello Stato nei confronti dei non cittadini, cui “devono” essere garantiti certi diritti.

---

parlando di diritti inviolabili dell’uomo e richiedendo l’adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto, per l’appunto, dal legame stretto di cittadinanza» ([Corte cost. sent. 10 maggio 1999, n. 172](#), ma v. pure [Corte cost. sent. 13 maggio 2015, n. 119](#), sul servizio civile dello straniero come «adempimento di un dovere di solidarietà» e «opportunità di integrazione e di formazione alla cittadinanza»).

<sup>12</sup> Sul primo fenomeno, v. già B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Les tendances internationales des nouvelles constitutions*, in *Rev. gén. droit. int. publ.*, 3-4, 1948, 375 ss.; per quanto riguarda la Costituzione italiana, è ancora di grande utilità la lettura di A. CASSESE, *Lo Stato e la comunità internazionale (Gli ideali internazionalistici dei costituenti)*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, 461 ss. Sul secondo, ben più controverso fenomeno, v. fra gli altri: E. DE WET, *The Constitutionalization of Public International Law*, in M. Rosenfeld, A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, Oxford-New York, 2012, 1209 ss.; R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2, 2014, 239 ss.

<sup>13</sup> L’estensione su scala mondiale del “paradigma costituzionalistico” necessiterebbe di modifiche radicali non solo con riguardo all’assetto delle organizzazioni internazionali esistenti, ma anche nella regolazione giuridica di beni e risorse o nella prevenzione di rischi e minacce che, interessando la sopravvivenza dell’umanità intera, non possono essere interamente rimessi alla decisione sovrana dei singoli Stati. Cfr. spec. L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della terra. L’umanità al bivio*, Feltrinelli, Milano, 2022. Auspica invece il ritorno ad un approccio westfaliano, sia pur rinnovato, M. LUCIANI, *Dal chaos all’ordine e ritorno*, in *Riv. fil. dir.*, 2, 2019, 373 s. Sullo scarto fra aspirazioni globali del *potere* e tutele regionali/continentali del *diritto*, v. ora A. SPADARO, *Potere globale*, in *Enc. dir.*, estr. da M. Cartabia, M. Ruotolo (dir.), *I Tematici, V-2023, Potere e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2023, 735 ss.

<sup>14</sup> I problemi, semmai, riguardano le tecniche di composizione e armonizzazione dei conflitti che inevitabilmente si pongono tra i diversi livelli di disciplina dei diritti riconosciuti.

### 3. Diritti della persona e società democratica: simul stabunt vel simul cadent

Le rapide osservazioni che precedono costituiscono lo sfondo per riflettere sul complesso tema della relazione fra diritti dei non cittadini e società democratica sotteso allo scritto di Gemma.

Sull'esigenza di salvaguardare l'essenza e il funzionamento della comunità politica ospitante, che l'A. pone come limite inderogabile all'estensione delle libertà costituzionali agli stranieri, non si può ovviamente che concordare. Va precisato, però, che quell'esigenza rappresenta un criterio per l'attribuzione di diritti in capo a *chiunque* e non solo allo straniero. I diritti, infatti, non vanno intesi quali "assoluti costituzionali" che vivono in una dimensione storica e irrelata, ma si affermano nell'ambito di un ordine politico concreto ispirato a determinati criteri di giustizia (di cui gli stessi diritti – insieme ai doveri: art. 2 Cost. – sono parte essenziale) esplicitamente o implicitamente incorporati nelle relative Costituzioni. In tale prospettiva, è del tutto naturale che l'emersione di un nuovo diritto o di nuovi contenuti di un diritto esistente o ancora – ciò che qui interessa – la sua estensione a nuovi titolari trovi un limite nei fondamenti *costituzionali* della comunità politica di riferimento, anche quando l'innovazione vada a beneficio dei soli cittadini.

Per fare alcuni esempi elementari, la libertà di manifestazione del pensiero non si estende fino a coprire gli insulti e le offese all'onore e alla reputazione altrui, così come la libertà religiosa non legittima l'organizzazione e il compimento di attività terroristiche né il dissenso politico azioni volte a rovesciare le legittime istituzioni democratiche; e si potrebbe continuare. Gli esempi richiamati sono in vario modo legati alla sopravvivenza della società democratica e pluralista (non a caso le condotte richiamate vengono contrastate con lo strumento del diritto penale), che *sola* permette a ciascuno di godere al massimo grado possibile della libera manifestazione del proprio pensiero, delle libertà di credo e propaganda religiosa, del diritto al dissenso politico<sup>15</sup>.

L'invocazione di nuovi diritti, o l'estensione di quelli esistenti, nelle democrazie costituzionali che vogliono rimanere tali (cioè non tradire i propri caratteri essenziali: democraticità, liberalismo, pluralismo, tolleranza, inclusione, ecc.), è dunque sottoposta ad una *riserva di compatibilità* con i valori comuni su cui è edificato il "patto costituzionale", patto nel quale si sostanziano gli interessi della comunità politica.

È evidente che le scelte in ordine all'ammissione e all'esclusione «costituiscono il nucleo dell'indipendenza di una comunità, e indicano il significato più profondo dell'autodeterminazione»<sup>16</sup>, ma – a parte ogni considerazione sulla natura intrinsecamente "dinamica" dei processi (continui) di costruzione dell'identità collettiva<sup>17</sup> – va rimarcato che negli Stati costituzionali *nessun* potere può essere arbitrario e assoluto, incluso quello di autodeterminazione politica. La rilevanza degli interessi sociali che potrebbero astrattamente fraporsi nel cammino di espansione delle libertà costituzionali, in quanto "essenziali" o "funzionali" a preservare la comunità politica data, discende «in primo luogo dai principi giuridici ancorati nella cultura politica e *non* dall'insieme di una particolare forma di vita etnico-culturale»<sup>18</sup>.

Un simile ordine di idee viene espresso nelle Carte internazionali dei diritti mediante la nozione di *società democratica*, associata alla previsione di limitazioni nel godimento delle situazioni giuridiche protette: tale formula ellittica sta propriamente ad indicare il contesto semantico di

<sup>15</sup> Sull'(apparente) paradosso del diritto di una società tollerante di non tollerare gli intolleranti, v. le classiche pagine di K.R. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, vol. I: *Platone totalitario*, I ed. 1945, trad. it., Armando, Roma, 1973, 360.

<sup>16</sup> M. WALZER, *Sfere di giustizia* (1983), trad. it., Laterza, Roma-Bari, 2008, 70 s., il quale, però, riconoscendo che l'appartenenza alla comunità politica non può essere definita che democraticamente (ossia, con il coinvolgimento di tutti coloro soggetti al governo), associa al «diritto (limitato) di chiusura» delle comunità il «carattere politicamente inclusivo» delle stesse.

<sup>17</sup> Nella prospettiva dei legami di cittadinanza, v. da ultimo A. RAUTI, *Cittadinanza e interculturalismo*, in C. Panzera, A. Rauti (a cura di), *Attualità di diritto pubblico*, vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 127 ss.

<sup>18</sup> J. HABERMAS, *Cittadinanza politica e identità nazionale* (1990), trad. it. in ID., *Morale, Diritto, Politica*, I ed. 1992, Einaudi, Torino, 2007, 135 (c.vo dell'A.).

riferimento per l'interpretazione delle cause legittimanti le interferenze statali<sup>19</sup>. Per la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella cui giurisprudenza la clausola è utilizzata con maggiore frequenza, è democratica quella società connotata da «tolleranza, pluralismo e spirito di apertura» (*tolerance, pluralism and broadmindedness*) e nel cui ambito sono ammissibili solo le limitazioni necessarie, ossia giustificate sulla base di un «bisogno sociale impellente» (*pressing social need*), e proporzionate<sup>20</sup>, secondo un giudizio di bilanciamento che si sforza di tenere insieme garanzia di uniformità dei diritti e margine d'apprezzamento nazionale, *consensus standard* europeo e *better position* delle autorità statali. In sintesi, nell'ambito considerato limitazioni ai diritti fondamentali sono permesse solo in quanto previste dalla legge (*legali*), a difesa di interessi generali predeterminati (*legittime*), indispensabili e comunque proporzionate (*necessarie*): ovvero con tutte le garanzie presenti in società che, in teoria, dispongono la massima tutela dei diritti o, il che è lo stesso, il loro minimo sacrificio<sup>21</sup>.

Il concetto di “società democratica”, così, compendia su scala internazionale le condizioni di quella “riserva di compatibilità” cui si è fatto riferimento in ambito interno, assicurando un'interpretazione *rights-oriented* delle interferenze pubbliche nelle libertà individuali e collettive e contenendo *dall'esterno* il pericolo di «abuso di sovranità»<sup>22</sup> che sempre si cela fra gli interstizi dell'applicazione autoritativa di clausole generali vaghe (morale, sicurezza nazionale, benessere economico, ecc.). Allo stesso tempo, quella nozione ha permesso alla Corte europea di elaborare – attraverso la comparazione fra le normative nazionali – un *codice comunicativo comune in tema di libertà fondamentali sostanzialmente pluralista*<sup>23</sup>.

La conclusione del paragrafo precedente può ora essere meglio precisata nel modo che segue: i limiti giuridici esterni al potere discrezionale degli Stati costituzionali nei riguardi dei non cittadini fanno riferimento *e* all'esistenza di “diritti positivi universali” *e* alla natura e tipologia delle “ingerenze” pubbliche sul loro godimento.

#### 4. *Conflitti paradigmatici: accesso al territorio e diritto d'asilo*

Dalle sue premesse Gemma trae la conclusione che risulterebbe indebita l'estensione agli stranieri sia dei diritti *stricto sensu* politici che di quei diritti di libertà il cui esercizio possa compromettere la “sicurezza” e, con essa, l'effettivo funzionamento della comunità politica<sup>24</sup>. Fra

<sup>19</sup> V. già l'art. 29 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, ma spec. gli artt. 8-11 della Cedu, l'art. G della Carta sociale europea, gli artt. 21-22 e 4 dei due Patti internazionali, rispettivamente, sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali del 1966. Fra gli interessi generali cui le clausole limitative citate fanno rinvio vi sono: la protezione della morale e della salute, l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale e l'integrità territoriale, il benessere economico (o il benessere generale) della società, la protezione dei diritti altrui, l'autorità e imparzialità del potere giudiziario.

<sup>20</sup> Corte eur., 7 dicembre 1976, *Handyside v. The United Kingdom*, §§ 48-49, con indicazioni anche sulle diverse accezioni del termine “necessità” nei casi di mere interferenze legittime nei diritti *ex artt.* 8-11 e in quello di deroga in caso di guerra *ex art.* 15. La diversa costruzione del giudizio di proporzionalità non impedisce, tuttavia, di cogliere l'analogia funzionale dei due parametri nel delimitare i rapporti tra margine di apprezzamento statale e sindacato giurisdizionale della Corte: cfr. per tutti F. DONATI, MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, 110.

<sup>21</sup> G. D'ORAZIO, *Condizione dello straniero e “società democratica” (sulle «ragioni» dello Stato)*, Cedam, Padova, 1994, 44, notava correttamente che la nozione di «società democratica» rappresenta sia il parametro delle limitazioni ammissibili che il bene tutelato dalle medesime.

<sup>22</sup> Ivi, 93 s.

<sup>23</sup> «[S]e la comparazione giuridica rappresenta il principale linguaggio con cui la Corte ha perseguito tale disegno di ridefinizione pluralista dei contenuti della Convenzione, la “società democratica” costituisce il fondamentale assetto procedurale entro il quale questa ridefinizione è avvenuta». Cfr. G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli, 2011, 196.

<sup>24</sup> Sulla sicurezza e l'uso dei poteri coercitivi dello Stato come strumento di realizzazione della legalità nello Stato di diritto, v. sempre G. GEMMA, *Libertà degli stranieri*, cit., 92.

questi ultimi, il più rilevante sarebbe il *diritto di ingresso e soggiorno nel territorio nazionale*. Oltre a porre problemi specifici nella gestione dell'ordine pubblico, l'estensione di tale diritto metterebbe a rischio la tenuta dei conti pubblici e la stabilità dei vincoli sociali, aprendo alla rivendicazione di ulteriori situazioni giuridiche di vantaggio sul piano economico e sociale (al lavoro, all'assistenza, all'istruzione, all'abitazione, ecc.) e moltiplicando a dismisura – in danno ai cittadini in stato di bisogno – i potenziali beneficiari delle politiche redistributive sottese ai doveri inderogabili di solidarietà e al principio di eguaglianza sostanziale che una Costituzione come quella italiana impone al legislatore di adottare<sup>25</sup>.

L'osservazione coglie un problema certamente reale, quello del grado di solidarietà *sostenibile* o, più esattamente, del necessario bilanciamento che ogni Stato è chiamato a operare tra «la socialità interna e la solidarietà internazionale»<sup>26</sup>. Sotto questo profilo, neppure la società democratica più aperta e inclusiva può eludere il problema dei limiti al principio di solidarietà se vuole preservare le condizioni di effettività dei diritti riconosciuti, visto che «la quantità ridonda in effettività o, meglio, la limitazione della prima si pone a presupposto della garanzia della seconda»<sup>27</sup>. La questione, che si pone evidentemente anche nei rapporti interni alla comunità politica (fra cittadini), acquisisce uno spessore teorico ed empirico diverso nelle relazioni con i soggetti esterni a quest'ultima (fra cittadini e stranieri), in misura ovviamente variabile in ragione della “tipologia” di straniero preso in considerazione: cittadino europeo, cittadino di Paese terzo, titolare di protezione internazionale, richiedente asilo, straniero regolarmente soggiornante, soggiornante di lungo periodo, straniero non in regola con le norme su ingresso e soggiorno, straniero non espellibile, ecc.

Le sintetiche notazioni di Gemma richiamano l'attenzione su tre ordini di problemi, che si dispongono su una scala cronologica e assiologica di intensità crescente: accesso al territorio, integrazione sociale, partecipazione politica. Tre ambiti diversi, ma evidentemente collegati, dell'incessante dialettica tra esigenze della comunità politica *particolare* e garanzia dei diritti umani *universali*. Per il suo carattere condizionante rispetto agli altri, è sul primo ambito che intendo svolgere ancora qualche breve osservazione.

Il libero ingresso e soggiorno nel territorio statale è, come si sa, prerogativa del cittadino<sup>28</sup>; lo straniero deve invece ottenere un provvedimento di ammissione rilasciato a discrezione delle autorità, rispetto al quale egli vanta al massimo un interesse legittimo. Su questa differenza fondamentale, che affonda le radici in dogmi risalenti della teoria generale dello Stato (quali il principio di sovranità territoriale e il rapporto di implicazione necessaria tra cittadinanza formale e statualità), convergono tuttora sia le discipline costituzionali che le norme internazionali<sup>29</sup>. Vincoli esterni e autovincoli interni, tuttavia, limitano la discrezionalità statale in materia: per fare solo alcuni esempi, si ricorda che fra i pilastri del diritto Ue è annoverata la libertà di circolazione, oltre che il diritto al soggiorno breve (fino a 90 giorni), dei cittadini europei nei territori degli Stati membri<sup>30</sup>; mentre l'art. 10, comma 3, Cost. italiana – secondo l'interpretazione maggiormente

<sup>25</sup> Ivi, 93 s.

<sup>26</sup> G. D'ORAZIO, *Condizione dello straniero*, cit., 17.

<sup>27</sup> Ivi, 29 (ma pure 103 s. e 112). Sul nesso che lega “sostenibilità” (anche economica) e “giustiziabilità” dei diritti sociali, v. poi: L. JIMENA QUESADA, *La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas*, in *Estud. econ. appl.*, 3, 2009, 743 ss.; A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”): più sobrio, solidale e sostenibile*, in *Rivista AIC*, 4, 2011, 7.

<sup>28</sup> Secondo G.U. RESCIGNO, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 41 s., il diritto di risiedere nel territorio sarebbe l'unico contenuto davvero ineliminabile della cittadinanza-nazionalità.

<sup>29</sup> La differenza di posizione fra cittadini e stranieri rispetto all'ingresso e soggiorno nel territorio è stata costantemente ribadita dalla giurisprudenza costituzionale, che l'ha giustificata anche sulla base di un presunto “legame ontologico” fra il cittadino e lo Stato (v., in particolare: [Corte cost. sentt. 19 giugno 1969, n. 104](#), [10 luglio 1974, n. 244](#), [25 novembre 1987, n. 503](#) e [10 febbraio 1994, n. 62](#)). Per una critica agli eccessi di una tale concezione della cittadinanza, v. però A. RAUTI, *La decisione sulla cittadinanza tra rappresentanza politica e fini costituzionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 383 ss.

<sup>30</sup> Cfr.: B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libera circolazione nell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2012, 79 ss.; G. D'AMICO, *Ingresso, soggiorno e circolazione*, in C. Panzera, A. Rauti (a cura di), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 275 ss.

coerente con la *ratio* della previsione – garantisce allo straniero in cerca di asilo il diritto di essere ammesso nel territorio (temporaneamente fino all’esito della sua domanda e, in modo più stabile, per tutta la durata dello *status* riconosciutogli), in forme più ampie e garantiste rispetto all’applicazione, comunque obbligatoria, del principio internazionale ed europeo del *non refoulement*<sup>31</sup>. L’art. 2, comma 1, del testo unico sull’immigrazione (d.lgs. n. 286/1998) riconosce poi allo straniero extracomunitario «comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato [...] i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti»<sup>32</sup>.

Fattori soggettivi e fattori oggettivi concorrono dunque nel circoscrivere, alla luce dei principi costituzionali e internazionali in materia di diritti della persona, lo spazio riservato alle valutazioni di opportunità rimesse allo Stato in ordine alla gestione delle proprie frontiere (che, nel caso dei Paesi Ue confinanti con Stati terzi, sono anche frontiere esterne *comuni* dell’Unione). Se così non fosse, non si spiegherebbe la discutibile prassi della “mobilitazione” artificiale dei confini – respingimenti informali e differiti, extraterritorialità delle zone di transito, esternalizzazione dei controlli – cui talvolta gli Stati di immigrazione ricorrono per eludere gli obblighi di protezione e assistenza vigenti in favore degli stranieri che cerchino di raggiungere il loro territorio<sup>33</sup>.

Il diritto di asilo assume un valore paradigmatico nella rappresentazione del conflitto tra diritti universali della persona e interessi generali della comunità politica. Rispetto ad esso, si deve constatare come buona parte dei vincoli esterni riveli, sul piano empirico, un’efficacia piuttosto blanda<sup>34</sup>. Com’è risaputo, la normativa internazionale tempera la discrezionalità statale nell’ammettere rifugiati e richiedenti asilo sul territorio, ma non la trasforma in un obbligo di accoglienza<sup>35</sup>. Anche nel regime convenzionale europeo (Cedu), dove il divieto di respingimento ha acquisito un carattere assoluto e inderogabile e si è arricchito di importanti garanzie procedurali<sup>36</sup>, non è possibile enucleare un “diritto” a ricevere asilo o al rilascio di un titolo di soggiorno nello Stato parte<sup>37</sup>. Le politiche di contenimento dei flussi non sono, peraltro, un’esclusiva degli Stati: la stessa Ue, che ha sviluppato un proprio sistema di asilo<sup>38</sup>, dopo l’ambigua gestione della crisi siriana del 2015 si è fatta promotrice di un modello di esternalizzazione delle frontiere affidando alla Turchia (Dichiarazione congiunta del 18 marzo 2016) il ruolo di *gatekeeper* d’Europa nei

<sup>31</sup> Per maggiori approfondimenti sul punto, ed ult. bibl., rinvio a C. PANZERA, *Attuazione, tradimento e riscoperta del diritto d’asilo*, in *Quad. cost.*, 4, 2022, 829 ss.

<sup>32</sup> Una rassegna delle situazioni giuridiche garantite è in P. BONETTI, *I principi, i diritti e doveri. Le politiche migratorie*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004, 85 ss.

<sup>33</sup> Prassi che solo nei casi più eclatanti trova un argine negli strumenti di garanzia esterni allo Stato: limitatamente all’ambito europeo, si ricordano le decisioni delle Corti europee sul respingimento in acque internazionali (Corte eur. 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*) e sui trattenimenti nelle zone di transito (Corte eur. 21 novembre 2019, *Ilias and Ahmed v. Hungary*, e 2 giugno 2022, *H.M. and Others v. Hungary* del 2.06.2022; Corte giust. Ue 14 maggio 2020, C-924/19 PPU, C-925/19 PPU, *FMS, FNZ, SA*). Per un’indagine specifica dei problemi connessi al fenomeno evidenziato, fra i contributi più recenti v. C. SICCARDI, *I diritti costituzionali dei migranti in viaggio. Sulle rotte del Mediterraneo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.

<sup>34</sup> Riprendo in parte le osservazioni svolte nel mio *Attuazione, tradimento e riscoperta del diritto d’asilo*, loc. cit.

<sup>35</sup> Per tutti, G.S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, III ed., OUP, Oxford, 2007, 415, per i quali «there is no necessary connection between *non-refoulement* and admission or asylum» (c.vi testuali).

<sup>36</sup> V., per tutti, M. SAVINO, D. VITIELLO, *Non respingimento*, in C. Panzera, A. Rauti (a cura di), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, cit., 481 ss.

<sup>37</sup> Di recente, poi, la Corte europea ha assunto un atteggiamento di *self-restraint* nei riguardi dei respingimenti alla frontiera quando la mancanza di un esame individuale della posizione del ricorrente è imputabile alla condotta colposa di questi, nella specie al tentativo di ingresso illegale nel territorio (Corte eur., GC, 13 febbraio 2020, *N.D. and N.T. v. Spain*; Corte eur. 5 luglio 2022, *A.A. and Others v. North Macedonia*). Così facendo, però, l’avvio delle procedure di asilo viene surrettiziamente gravato di un requisito non previsto nella normativa – la *regolarità* dell’ingresso – che è anche il mezzo giuridico più frequentemente impiegato per strozzare i canali di accesso alla protezione, con il paradossale effetto di assimilare della condizione di rifugiati e richiedenti asilo a quella di qualunque altro migrante. Cfr. D. VITIELLO, *Il diritto d’asilo in Europa e l’eterogenesi dei fini*, in *ADiM Blog*, Editoriale, aprile 2022, 4 ss.

<sup>38</sup> Fra i molti studi sul tema, si rinvia per tutti ad A. GUERCIO, *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

riguardi dei migranti provenienti dalle martoriare aree di conflitto dei Paesi mediorientali, mentre l'attesa riforma del sistema di asilo europeo (giunta ora alle battute finali, con l'approvazione di un testo a maggioranza qualificata in seno al Consiglio Ue) manca palesemente l'obiettivo di rivedere il suo problematico asse portante, il regolamento di Dublino<sup>39</sup>. La scelta di intervenire in anticipo, con la collaborazione di Paesi terzi, per frenare le partenze dirette verso il territorio dell'Ue, comporta tuttavia non pochi problemi per l'effettivo rispetto del divieto di respingimento (*push-back by proxy*) ed eleva la "deterrenza" a strumento operativo per recidere quel *jurisdictional link* che, in base alla Cedu e allo stesso diritto Ue, permetterebbe al migrante di esercitare il suo diritto a presentare domanda di protezione e graverebbe lo Stato ricevente dell'obbligo di esaminarla<sup>40</sup>. La conseguenza ultima, purtroppo, è quella di negare non solo il generico diritto di chiunque di lasciare il proprio Paese (art. 13 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948), ma anche il diritto specifico di cercare asilo dalle persecuzioni (art. 14 Dichiarazione cit.).

Nel quadro prospettato, la disciplina costituzionale può – e, a mio giudizio, deve – svolgere un ruolo "sussidiario" delle garanzie che faticosamente si affermano sul piano internazionale, offrendo un *plus* di tutela<sup>41</sup>. Ad esempio, nell'economia del citato art. 10, comma 3, Cost. italiana, il riferimento al "territorio della Repubblica" consentirebbe di estendere la protezione offerta oltre la classica fattispecie dell'asilo c.d. territoriale, riflesso della sovranità dello Stato<sup>42</sup>. La norma in esame, infatti, non prevede il raggiungimento della frontiera o la presenza sul territorio come una condizione *giuridica* per la richiesta di asilo, ma li considera piuttosto circostanze *fattuali* che ricorrono nella gran parte delle domande presentate. A ritenere il contrario, si finirebbe per convertire surrettiziamente il contenuto del diritto all'asilo – nel suo nucleo minimo-essenziale di diritto all'ingresso nel territorio – in un requisito aggiuntivo e ulteriore rispetto al presupposto legittimante necessario e sufficiente per attivare la protezione (l'impedimento, nel Paese del richiedente, dell'«effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana»)<sup>43</sup>. Per la verità la legislazione vigente, che in prevalenza recepisce la disciplina Ue e va

<sup>39</sup> Nella situazione attuale – come nota M. SAVINO, *Immigrazione*, in *Enc. dir.*, estr. da B.G. Mattarella, M. Ramajoli (curr.), *I Tematici*, III-2022, *Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, 600 – rimane il triste dato di «una problematica divaricazione nella gestione del fenomeno migratorio. Da un lato, vi è il versante "difensivo" della politica migratoria, molto "europeizzato", dinamico e stabilmente orientato a espandere i controlli sulla mobilità in nome della sicurezza dello spazio Schengen. Dall'altro, vi è il versante "inclusivo", che richiederebbe, invece, la creazione di canali regolari di ingresso e la promozione di processi di integrazione, e che però vive di titubanze e disarmonie, essendo rimesso agli Stati membri e ai volubili orientamenti dei loro elettorati».

<sup>40</sup> M. GIUFFRÈ, V. MORENO-LAX, *The Raise of Consensual Containment: From 'Contactless Control' to 'Contactless Responsibility' for Forced Migration Flows*, in S.S. Juss (ed.) *Research Handbook on International Refugee Law*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2019, 84 s.

<sup>41</sup> Cfr. S. MEILI, *The Constitutional Right to Asylum: the Wave of the Future in International Refugee Law?* in *Fordham Int'l L.J.*, 41(2), 2018, 383 ss. Per un quadro comparato aggiornato delle discipline costituzionali in tema di asilo, può vedersi C. PANZERA, *Il diritto all'asilo. Profili costituzionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 87 ss.

<sup>42</sup> Sulla natura territoriale dell'asilo garantito dall'art. 10, v. però: C. ESPOSITO, *Asilo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 223; G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1992, 38 s.; F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, Carocci, Roma, 2011, 217. Propendono invece per un'accezione più lata, comprensiva anche dell'asilo extraterritoriale: E. BETTINELLI, *I diritti "essenziali" (inviolabili e universali) dell'uomo e le frontiere dell'ordinamento: l'apologo degli albanesi*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992, 38; L. CHIEFFI, *La tutela costituzionale del diritto di asilo e di rifugio a fini umanitari*, in M. Revenga Sánchez (a cura di), *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna*, Giuffrè-Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, 188. Più sfumata, fra le due, la posizione di P. BONETTI, *L'evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione dell'immigrazione in Italia*, FrancoAngeli, Milano, 2020, 791.

<sup>43</sup> V. spec. M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Cedam, Padova, 2007, 127, per il quale il senso della garanzia riconosciuta dovrebbe coerentemente estendersi dall'obbligo *negativo* per lo Stato di astenersi da ogni azione finalizzata al respingimento del richiedente all'obbligo *positivo* di agevolare l'arrivo di chi abbia titolo per il riconoscimento della protezione (evidentemente, in base ad un accertamento già compiuto all'estero).

pertanto considerata solo indirettamente e parzialmente attuativa della previsione costituzionale<sup>44</sup>, non contempla al momento la possibilità di *inoltro della domanda di protezione dall'estero* (ad es., dalle sedi diplomatiche italiane). Per altri versi, la facoltà di rilasciare visti a validità territoriale limitata per motivi umanitari, concessa ai singoli Stati dal diritto dell'Unione (art. 25 codice visti), non appare – nel contesto originario del sistema di asilo europeo – uno strumento suppletivo di generale applicazione in questa direzione<sup>45</sup>, ma potrebbe diventarlo *nell'ordinamento interno* se contemplata a livello legislativo come forma specifica di attuazione del diritto costituzionale all'asilo<sup>46</sup>.

Nell'indifferenza del legislatore, alcune conferme sulla capacità “proattiva” dell'art. 10, comma 3, Cost. arrivano dalla giurisprudenza di merito, proprio in relazione a episodi di *refoulement* di richiedenti asilo praticati dalle autorità italiane. In tali pronunce, l'aver impedito di raggiungere il territorio per accedere alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale assume infatti un rilievo decisivo nell'accertamento della violazione non solo del divieto di respingimento disposto dalle norme internazionali ed europee, ma altresì dell'obbligo costituzionale di garantire il diritto all'asilo sotto forma di *immediato ingresso* nel territorio della Repubblica (realizzato, in un caso, mediante l'ordine di rilascio di un visto umanitario)<sup>47</sup>.

Tale innovativa applicazione dell'art. 10, comma 3, è destinata a suscitare molti interrogativi sulle forme di attuazione della garanzia costituzionale del diritto d'asilo, e sul corrispettivo “peso” riconosciuto nel bilanciamento in concreto ai contrapposti interessi della comunità ospitante, anche sotto il profilo dei limiti della supplenza giudiziaria all'inerzia legislativa.

Equilibri difficili e complessi. Chissà cosa ne avrebbe pensato Gemma ...

---

<sup>44</sup> Ho illustrato altrove le ragioni di questo convincimento: C. PANZERA, *Attuazione*, cit., 812 ss.

<sup>45</sup> Sulla previsione contenuta nell'art. 25 reg. (CE) 810/2009 (codice visti), v. la posizione negativa di Corte giust. Ue (GS) 7 marzo 2017, C-638/16 PPU, X. e X., nonché la pronuncia di inammissibilità di Corte eur. (GC) 5 maggio 2020, *M.N. and Others v. Belgium*. Per un'analisi della vicenda, si rinvia a F.L. GATTA, *La “saga” dei visti umanitari tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo, passando per il legislatore dell'Unione europea e le prassi degli Stati membri*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2019, spec. 13 ss.

<sup>46</sup> In tema, v. BONETTI, *La crisi afghana come spunto per risolvere i nodi strutturali del diritto di asilo*, in *Dir. imm. citt.*, 3, 2021, Editoriale; MOROZZO DELLA ROCCA, M. SOSSAI, *Chiedere asilo da lontano*, in *www.questionegiustizia.it*, 12 settembre 2022, 1 ss.

<sup>47</sup> Trib. Roma, sez. I civ., 28 novembre 2019, n. 22917 (conf. da App. Roma, ord. 11 gennaio 2021); Trib. Roma, sez. diritti persona e imm., 18 gennaio 2021 e ord. 24 maggio 2022; in senso contrario, tuttavia, v. l'orientamento inaugurato dalla successiva ord. 25 febbraio 2022 del medesimo giudice. Per un primo commento in merito, v. C. SICCARDI, *La giurisprudenza ordinaria (in particolare, sull'accesso dei richiedenti asilo al territorio nazionale)*, relazione al Convegno ADiM su *Asilo e immigrazione tra tentativi di riforma e supplenza dei giudici: un bilancio quinquennale* (Viterbo, 17-18 novembre 2022), in corso di stampa.

**Roberto Di Maria**

**L'applicazione dell'art. 68, comma 1, Cost., quale "specchio" in cui si riflette il  
(complicato e conflittuale) rapporto fra politica e magistratura:  
è tempo di cambiare?\***

**ABSTRACT:** *The paper analyses the matter of the "parliamentary unquestionability", as provided by the art. 68, par. 1, of the Constitution. After the reform of the 1993 – which actually regarded only the "immunity" – the Constitutional Court severely and progressively restricted its jurisprudence regarding the application of the first of the aforementioned prerogatives, as a result – it is inferred – of the social and political crisis that led both to the constitutional reform and to a new balance between Parliament and Judiciary. Although such jurisprudence has shored up through the years, nowadays it is legitimate to ask if it still is currently related to the new forms of expression that characterize – also – the political communication: social media, etc. And then, if time has come to revise the positioning of the Constitutional Court on the "parliamentary unquestionability".*

**SOMMARIO:** 1. Origini della garanzia prevista dal comma 1 dell'art. 68 Cost. – 2. Evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di insindacabilità parlamentare (breve sintesi). – 3.1. Coerenza fra giurisprudenza costituzionale e normativa. – 3.2. Coerenza fra giurisprudenza costituzionale e "contemporaneità". – 4. Qual è l'attuale valore delle prerogative parlamentari e, in specie, dell'insindacabilità? – 5. Alcune ipotesi ricostruttive e considerazioni conclusive.

*1. Origini della garanzia prevista dal comma 1 dell'art. 68 Cost.*

L'istituto della "insindacabilità" si iscrive nella genesi dei regimi democratici di impianto tipicamente liberale, in quanto finalizzato ad assicurare il libero esercizio del mandato parlamentare rispetto a possibili interferenze esterne, *in primis* di natura giudiziaria<sup>1</sup>. E la recente storia repubblicana italiana sembra appunto confermare tale matrice.

Sebbene con la revisione costituzionale del 1993 sia stato modificato soltanto il comma 2 dell'art. 68 Cost. (i.e. la c.d. "immunità penale"), l'impatto sulla applicazione (anche) del comma 1 è stato evidente: ed infatti, mentre prima della riforma la insindacabilità era stata sostanzialmente assorbita dall'eventuale diniego di autorizzazione a procedere, il successivo venir meno di tale autorizzazione ha spesso indotto le Camere a ricorrere alla insindacabilità «anche in presenza di affermazioni o comportamenti non riconducibili all'esercizio delle funzioni»<sup>2</sup>.

Secondo ampia parte della dottrina, a contribuire alla suddetta situazione è stata la circostanza per cui la disposizione costituzionale non espressamente stabiliva – né stabilisce – a chi spetti accertare la sussistenza della insindacabilità; sicché – sul punto – dottrina e giurisprudenza (costituzionale) hanno seguito indirizzi diversi: la prima, anche sulla scorta di una analisi comparata, ha propeso per l'attribuzione della relativa competenza alla Autorità giudiziaria – salva la possibilità per le Camere di sollevare conflitto inter-organico contro la decisione sfavorevole – mentre la seconda ha propeso per la sua attribuzione alle Camere – salvo analogo diritto al ricorso in Corte da parte del Giudice –

---

\*  Il presente contributo riproduce – integrato con riferimenti bibliografici e giurisprudenziali – l'audizione svolta dall'Autore presso la Giunta per le autorizzazioni della Camera dei deputati, in data 17 maggio 2023.

<sup>1</sup> Come affermato in M. CERASA, *Art. 68*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 1298 e ss., l'origine dell'istituto *de quo* è "coeva" alla nascita dei parlamenti moderni (cfr. il *Bill of Rights* del 1689). Ed a testimonianza della sua matrice essenzialmente "penalistica", si consideri il testo originario dell'art. 68, comma 1, Cost., sostanzialmente identico a quello attualmente in vigore, se non che si utilizzava l'espressione «perseguiti» invece di «chiamati a rispondere».

<sup>2</sup> Cfr. la l. cost. n. 3 del 29 ottobre 1993. Virgolettato tratto da M. CUNIBERTI, *Art. 68*, AA.VV., *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, 90.



in tal senso condizionando, peraltro, l'intervento del Legislatore che – in materia – ha cristallizzato appunto la seconda ipotesi nella l. n. 140/2003<sup>3</sup>.

Ai sensi dell'art. 3 della suddetta legge, infatti, «[q]uando in un procedimento giurisdizionale è rilevata o eccepita l'applicabilità dell'articolo 68, primo comma, della Costituzione, il giudice dispone, anche d'ufficio, se del caso, l'immediata separazione del procedimento stesso da quelli eventualmente riuniti [ed] *in ogni altro caso in cui ritenga applicabile l'articolo 68, primo comma, della Costituzione il giudice provvede con sentenza in ogni stato e grado del processo penale.* [Viceversa, se] non ritiene di accogliere l'eccezione concernente l'applicabilità dell'articolo 68, primo comma, della Costituzione [...] *il giudice provvede senza ritardo con ordinanza non impugnabile, trasmettendo direttamente copia degli atti alla Camera alla quale il membro del Parlamento appartiene o apparteneva al momento del fatto [ed] il procedimento è sospeso fino alla deliberazione della Camera [corsivo aggiunto, ndr.]*». Vieppiù, ai comma 7 ed 8 del medesimo articolo, è altresì previsto che «[l]a questione dell'applicabilità dell'articolo 68, primo comma, della Costituzione *può essere sottoposta alla Camera di appartenenza anche direttamente da chi assume che il fatto per il quale è in corso un procedimento giurisdizionale di responsabilità nei suoi confronti concerne i casi di cui al comma 1 [corsivo aggiunto, ndr.]*»; ed allorché la Camera sia investita della questione, dovrà trasmettere all'Autorità giudiziaria la propria deliberazione: «se questa è favorevole all'applicazione dell'articolo 68, primo comma, della Costituzione, *il giudice adotta senza ritardo i provvedimenti indicati al comma 3 e il pubblico ministero formula la richiesta di archiviazione [corsivo aggiunto, ndr.]*».

Pertanto, allo stato attuale, è al Parlamento che (legislativamente) spetta di stabilire la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della prerogativa della “insindacabilità”; ai Giudici compete – piuttosto – di sottoporre alle Camere il “caso” nell'ambito del quale sia emersa la responsabilità di un Deputato o di un Senatore per un fatto riconducibile alla previsione di cui al comma 1 dell'art. 68 Cost. – quando non sia immediatamente accolta la relativa eccezione – nonché di sollevare successivamente conflitto di attribuzioni soltanto se ritenga che, nella valutazione dei suddetti presupposti, la Camera di appartenenza del Parlamentare abbia travalicato i limiti della propria competenza istituzionale.

Ed è appunto su tale – ultimo ed eventuale – passaggio che si innesta l'intervento della Corte costituzionale, la quale ha definito e sviluppato la nozione di “nesso funzionale” – quale obiettivo presupposto per la applicazione della insindacabilità – proprio in occasione delle pronunce adottate in sede di conflitto interorganico.

## *2. Evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di insindacabilità parlamentare (breve sintesi).*

Prima ancora della entrata in vigore della l. n. 140/2003 – e, verosimilmente, per effetto delle circostanze in cui era sopravvenuta la riforma costituzionale del '93 – la Corte costituzionale aveva sensibilmente rivisitato il proprio orientamento giurisprudenziale in materia di insindacabilità: da un

---

<sup>3</sup> Invero, la Corte costituzionale – già nelle [sentt. nn. 443/1993](#) e [1150/1998](#) – aveva asserito che «l'art. 68, primo comma, della Costituzione *attribuisce alla Camera di appartenenza il potere di valutare la condotta addebitata a un proprio membro, con l'effetto, qualora la condotta stessa sia qualificata come ricompresa nell'esercizio delle funzioni parlamentari, di inibire, in ordine ad essa, una difforme pronuncia giudiziale di responsabilità [e] pertanto, il giudice [che] reputi che la delibera della Camera di appartenenza – che afferma l'insindacabilità ex art. 68 della Costituzione – sia il risultato di un esercizio illegittimo (o di “cattivo uso”) del potere di valutazione, ha la possibilità di provocare il controllo della Corte costituzionale, sollevando davanti a questa conflitto di attribuzione, al fine di contestare l'altrui potere come in concreto esercitato [corsivo aggiunto, ndr.]*». Si noti che la l. n. 140/2003 è intervenuta a seguito di una ininterrotta catena di diciannove decreti-legge, aventi ad oggetto la attuazione dell'art. 68, comma 1, Cost. – emanati tra il 1993 ed il 1996 e mai convertiti, il primo dei quali fu il d.l. 15 novembre 1993, n. 455, che avrebbe dovuto assicurare, appunto, che la norma costituzionale fosse prontamente accompagnata da disposizioni atte a disegnarne le modalità operative – gli effetti dei quali sono stati fatti salvi dalla predetta legge.

indirizzo originariamente alquanto ampio è passata, infatti, alla progressiva – e sempre più restrittiva – delimitazione dei confini entro i quali può operare la relativa garanzia; ovverosia ad una sempre più rigida definizione della nozione di “nesso funzionale”. Ed esempi ancora (relativamente) recenti del primo di tali orientamenti sono le [sentt. nn. 443/1993](#) e [129/1996](#).

In particolare, nella prima delle suddette pronunce si sosteneva che «a) la partecipazione ad un convegno non può farsi rientrare tra i compiti istituzionali del parlamentare; [che] b) il Senato ha optato per una lettura eccessivamente estensiva della disposizione costituzionale di garanzia [a fronte di una] “mera riscontrabilità” tra le affermazioni fatte in sede extra parlamentare ed atti e documenti parlamentari [...] perché gli atti non provengono dall’autore della relazione al convegno, ma da soggetto diverso, ossia l’organo collegiale-Commissione di inchiesta [e] perché né gli atti né i documenti contengono comunque “opinioni” espresse dall’autore; [e che] c) il Senato, con la delibera, non si sarebbe infine limitato ad effettuare un esame di carattere funzionale, ma [...] avrebbe finito per esprimere un proprio giudizio sulla inesistenza del carattere diffamatorio delle affermazioni contenute nel libro e quindi si sarebbe sostanzialmente pronunciato sul merito della domanda giudiziale proposta dinanzi al Tribunale». Nonostante tali premesse – apparentemente *tranchant* – la Corte aveva invece stabilito che «[n]ei limiti dei concetti dell’arbitrarietà e della plausibilità in cui può esplicarsi una verifica esterna, come quella propria della Corte sulla sussistenza dei presupposti (esercizio delle funzioni) e sulle valutazioni di merito che le Camere compiono circa l’insindacabilità *ex art. 68, comma 1, della Costituzione*, delle opinioni espresse dai parlamentari, *non possono ritenersi arbitrarie le conclusioni cui nel caso di specie il Senato è pervenuto con l’affermare la sussistenza del presupposto costituito dall’esercizio della funzione parlamentare [poiché] tali conclusioni risultano formulate previa valutazione del complesso delle circostanze in cui le opinioni del senatore [...] sono state espresse, essendosi tenuto conto dello stretto collegamento con la anzidetta specifica qualificazione rivestita dal parlamentare*, in quanto egli si era riferito a quel che era alla conoscenza per aver partecipato ai lavori della Commissione di inchiesta»; e dunque che «*non appare arbitrario, ma anzi plausibile che si sia ritenuto tale presupposto sussistente relativamente al caso in cui il parlamentare aveva riferito all’esterno della Commissione, in un convegno pubblico, fatti e circostanze di cui era venuto a conoscenza nell’esercizio delle sue funzioni*, ed aveva nel contempo manifestato i punti di vista ed i convincimenti che avevano ispirato o cui avrebbe inteso in prosieguo ispirare sull’argomento il proprio comportamento in sede parlamentare»<sup>4</sup>.

Appare così evidente che – *illo tempore* – circostanze quali la partecipazione ad un convegno e la esternazione, ivi, di opinioni tematicamente collegate al ruolo di senatore/membro di una Commissione di inchiesta configuravano circostanze che potevano consentire la applicazione della garanzia di insindacabilità; e che – sotto il duplice profilo “ambientale” e “sostanziale” – tale attività doveva dunque essere considerata alla stregua di “esercizio delle funzioni parlamentari”.

Le cose sarebbero profondamente e rapidamente cambiate, però, nel corso del successivo quinquennio.

Il primo annullamento di una delibera di insindacabilità è infatti occorso nel 1998, con la [sent. n. 289](#): a fronte delle argomentazioni difensive della Camera – per le quali doveva ritenersi «non estraneo al rapporto elettori-eletti e, quindi, al mandato parlamentare, “l’uso di mezzi di comunicazione sociale [...] tanto più quando non sia seriamente contestabile la pertinenza dell’argomento in discussione (nuove elezioni) alle materie oggetto e causa del mandato

---

<sup>4</sup> Cfr. [Corte cost., sent. n. 443/1993](#), nn. 1 e 4 del *considerato in diritto* (corsivi aggiunti). Coerentemente, anche in [Corte cost., sent. n. 129/1996](#), n. 3 del *considerato in diritto*, si affermava che «[a] tutela del principio (corrispondente a un interesse generale della comunità politica) di indipendenza e autonomia del potere legislativo nei confronti degli altri organi e poteri dello Stato, l’art. 68 Cost. sacrifica il diritto alla tutela giurisdizionale del cittadino che si ritenga offeso nell’onore o in altri beni della vita da opinioni espresse da un senatore o deputato nell’esercizio delle sue funzioni. Questa prerogativa dei membri del Parlamento, poiché costituisce, sul piano del diritto sostanziale, una causa di irresponsabilità dell’autore delle dichiarazioni contestate, comporta, sul piano processuale, l’obbligo per l’autorità giudiziaria di prendere atto della deliberazione parlamentare e di adottare le pronunce conseguenti».

parlamentare”»<sup>5</sup> – la Corte costituzionale rilevava la mancanza di qualsivoglia «collegamento tra le espressioni contestate come diffamatorie al deputato e la sua attività parlamentare», poiché «[n]ei comportamenti sottoposti alla cognizione del Tribunale [...] *non è possibile rintracciare una connessione con atti tipici della funzione*, né risulta possibile individuare un intento divulgativo di una scelta o di un’attività politico-parlamentare» e «[d]alla asserita omogeneità tematica [degli] apprezzamenti all’attività politica del gruppo parlamentare di appartenenza non si vede come si possano, mancando l’indicazione di qualsiasi elemento di fatto, derivare elementi idonei a dimostrare la connessione funzionale richiesta come condizione di applicabilità dell’art. 68, primo comma, della Costituzione»<sup>6</sup>.

Pertanto – nel puntualizzare che la insindacabilità «non si estende a tutti i comportamenti di chi sia membro delle Camere, ma *solo a quelli funzionali all’esercizio delle attribuzioni proprie del potere legislativo*» – la Corte costituzionale censurava la mancanza di un collegamento fra i comportamenti portati alla cognizione del giudice ordinario con la “attività parlamentare” richiamata tanto nella relazione della Giunta, quanto nella successiva delibera parlamentare<sup>7</sup>.

Per vero, ancora nella suddetta sentenza la Corte costituzionale si era limitata ad evidenziare soltanto le carenze motivazionali sottostanti alla difesa parlamentare, tali da non consentire la deduzione testuale del c.d. “nesso funzionale”. Nella successiva giurisprudenza, invece, sarebbero state ulteriormente e sostanzialmente delimitate le ipotesi di ricorso all’istituto della insindacabilità: ed infatti, a partire dalle [sentt. nn. 10 e 11/2000](#), il predetto “nesso” sarebbe stato individuato nella corrispondenza – o comunque, nel collegamento – fra le espressioni utilizzate dal Parlamentare, indipendentemente dal *locus*, e gli atti tipici di esercizio delle funzioni (i.e. interrogazioni, interpellanze, interventi in aula, dichiarazioni di voto, presentazione di proposte/progetti di legge); tanto che – appunto nella l. n. 140/2003 – il Legislatore avrebbe poi provveduto a riportare testualmente le medesime ipotesi<sup>8</sup>.

Nelle motivazioni sottese alle summenzionate sentenze – fra loro sostanzialmente identiche – la Corte precisava che «la prerogativa di cui all’art. 68, comma 1, della Costituzione non copre tutte le opinioni espresse dal parlamentare nello svolgimento della sua attività politica, ma solo quelle legate da “nesso funzionale” con le attività svolte “nella qualità” di membro delle Camere»; e che, in tal senso, «costituiscono opinioni espresse nell’esercizio della funzione quelle manifestate nel corso dei lavori della Camera e dei suoi vari organi, in occasione dello svolgimento di una qualsiasi fra le funzioni svolte dalla Camera medesima, ovvero manifestate in atti, anche individuali, costituenti *estrinsecazione delle facoltà proprie del parlamentare in quanto membro dell’assemblea*»<sup>9</sup>. Viceversa «l’attività politica svolta dal parlamentare al di fuori di questo ambito non può dirsi di per sé esplicazione della funzione parlamentare nel senso preciso cui si riferisce l’art. 68, comma 1, della Costituzione [bensì] esercizio della libertà di espressione comune a tutti i consociati [cui] non può estendersi, senza snaturarla, una immunità che la Costituzione ha voluto, in deroga al generale

---

<sup>5</sup> Argomenti ripresi da [Corte cost., sent. n. 379/1996](#).

<sup>6</sup> [Corte cost., sent. n. 289/1998](#), n. 5.1 del *considerato in diritto* (corsivo aggiunto).

<sup>7</sup> In particolare – sosteneva sempre *ibidem* la Corte – «dalla relazione della Giunta non emerge alcuna indicazione idonea ad evidenziare il *necessario collegamento con le funzioni, richiesto dall’art. 68 della Costituzione*, ma in essa si legge semplicemente che “tutte le affermazioni rese dal deputato Calderoli traggono spunto dalla sua posizione di deputato e di leader locale della Lega Nord”. Né alcun elemento chiarificatore può trarsi dal seguito della – per altro molto sintetica – relazione della Giunta per le autorizzazioni a procedere dove si legge che “è apparso evidente alla Giunta il collegamento tra gli apprezzamenti critici ... rivolti, tanto nei confronti del Presidente della Repubblica quanto nei confronti della magistratura bergamasca, e l’attività ... svolta nella sede parlamentare, in quanto, tra l’altro, *i temi trattati sono tipici e caratteristici del gruppo parlamentare al quale il deputato appartiene*” (corsivi aggiunti).

<sup>8</sup> Cfr. l’art. 3, comma 1, l. n. 140/2003: «[l]’articolo 68, primo comma, della Costituzione si applica in ogni caso per la presentazione di disegni o proposte di legge, emendamenti, ordini del giorno, mozioni e risoluzioni, per le interpellanze e le interrogazioni, per gli interventi nelle Assemblee e negli altri organi delle Camere, per qualsiasi espressione di voto comunque formulata, per ogni altro atto parlamentare, per ogni altra attività di ispezione, di divulgazione, di critica e di denuncia politica, connessa alla funzione di parlamentare, espletata anche fuori del Parlamento». Sul punto già, *supra*, il § 1 e, *funditus*, il § 3.1.

<sup>9</sup> Cfr. [Corte cost., sent. n. 10/2000](#), n. 3 del *considerato in diritto* (corsivo aggiunto).

principio di legalità e di giustiziabilità dei diritti, riservare alle opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni»<sup>10</sup>.

Pertanto, la linea di confine fra la tutela dell'autonomia e della libertà delle Camere – e quindi, della libertà di espressione dei loro membri – e la tutela dei diritti e degli interessi suscettibili di essere lesi dall'espressione di opinioni altrui è tracciata, nella Costituzione, mediante la delimitazione funzionale dell'ambito della relativa prerogativa, in mancanza della quale la sua applicazione «la trasformerebbe in un privilegio personale [...] finendo per conferire ai parlamentari una sorta di statuto personale di favore quanto all'ambito e ai limiti della loro libertà di manifestazione del pensiero: con possibili distorsioni anche del principio di eguaglianza e di parità di opportunità fra cittadini nella dialettica politica»; infatti, «[n]el linguaggio e nel sistema della Costituzione, le “funzioni” riferite agli organi non indicano generiche finalità, ma riguardano ambiti e modi giuridicamente definiti: e questo vale anche per la funzione parlamentare, ancorché essa si connota per il suo carattere non “specializzato”»<sup>11</sup>.

In concreto, quindi, «*la semplice comunanza di argomento fra la dichiarazione che si pretende lesiva e le opinioni espresse dal deputato o dal senatore in sede parlamentare non può bastare a fondare l'estensione alla prima della immunità che copre le seconde. Tanto meno può bastare a tal fine la ricorrenza di un contesto genericamente politico in cui la dichiarazione si inserisca*. Siffatto tipo di collegamenti non può valere di per sé a conferire carattere di attività parlamentare a manifestazioni di opinioni che siano oggettivamente ad essa estranee»; ed «[i]n questo senso va precisato il significato del “nesso funzionale” che deve riscontrarsi, per poter ritenere l'insindacabilità, tra la dichiarazione e l'attività parlamentare [ovverosia] non come semplice collegamento di argomento o di contesto fra attività parlamentare e dichiarazione, ma come *identificabilità della dichiarazione stessa quale espressione di attività parlamentare*»<sup>12</sup>.

Ecco dov'è dunque approdata la giurisprudenza costituzionale, da allora alquanto monolitica nell'applicare i suddetti parametri di valutazione e giudizio. Ed ecco da dove origina la scelta del Legislatore, nel 2003, di individuare ed elencare le ipotesi (astratte) di applicazione dell'istituto della “insindacabilità”.

### 3.1. Coerenza fra giurisprudenza costituzionale e normativa.

Alla luce delle superiori premesse, non può negarsi che l'indirizzo giurisprudenziale incardinatosi dopo la seconda metà degli anni '90 sia coerente con la interpretazione – data dalla Corte costituzionale – al c.d. “nesso funzionale”: laddove si voglia distinguere la garanzia prevista dall'art.

---

<sup>10</sup> La Camera articolava *ibidem* le stesse argomentazioni difensive – relative alla definizione del nesso funzionale – già utilizzate in [Corte cost., sentt. nn. 375/1997, 289/1998, 329 e 417/1999](#): se infatti è vero che «la insindacabilità coprirebbe non tutta l'attività politica svolta dal parlamentare» tuttavia, «oltre agli atti tipici», dovrebbero comunque intendersi come insindacabili anche «le opinioni collegate da nesso funzionale con il mandato parlamentare», in ragione del «carattere politico della rappresentanza della nazione [attinente] alla generalità degli interessi della polis, non predeterminabili a priori [ed apprezzabili] in concreto sulla base di una valutazione schiettamente politica»; in tal senso, dunque, «l'attività parlamentare, in quanto “libera nel fine”, non avrebbe contorni definibili in astratto». A ciò la Corte replicava, però, premettendo che esulava dai suoi compiti «la risposta al quesito se le dichiarazioni in questione integrino gli estremi del reato ascritto al deputato, o non concretino piuttosto la manifestazione del diritto di critica politica» ed asserendo, quindi, che «[i]l giudizio della Corte verte [...] sulla tutela delle rispettive sfere di attribuzioni, ed investe la controversia sull'applicazione dell'art. 68, primo comma, della Costituzione, originata dal contrasto tra la valutazione della Camera e quella dell'autorità giurisdizionale precedente», rispetto alla riconducibilità della «opinione» all'esercizio delle funzioni parlamentari «alla luce della nozione di tale esercizio che si desume dalla Costituzione» (cfr. [Corte cost., sent. n. 10/2000](#), nn. 3 e 4 del *considerato in diritto*). Per un commento alle c.d. “sentenze Sgarbi” si rinvia a P. COSTANZO, [La “giurisprudenza Sgarbi” alla ricerca di un punto fermo](#), in questa [Rivista, 2000](#).

<sup>11</sup> Cfr. [Corte cost., sent. n. 10/2000](#), n. 4 del *considerato in diritto*. «Né si può accettare» – aggiungeva ivi la Corte – «senza vanificare tale delimitazione, una definizione della “funzione” del parlamentare così generica da ricomprendervi l'attività politica che egli svolga in qualsiasi sede, e nella quale la sua qualità di membro delle Camere sia irrilevante» (cfr. anche [Corte cost., sentt. nn. 148/1983 e 375/1997](#)).

<sup>12</sup> Cfr. [Corte cost., sent. n. 10/2000](#), n. 5 del *considerato in diritto* (corsivi aggiunti).

21 Cost. – che si estende a tutti – da quella invece prevista dall’art. 68 Cost. – che riguarda soltanto i parlamentari – rispetto alle conseguenze giuridicamente connesse alla “espressione delle opinioni”, è infatti necessario basarsi sulla identificazione sia del tipo di condotta in cui consista tale espressione, sia della sede – o, più ampiamente, del contesto – in cui abbia avuto luogo l’esercizio della predetta libertà, declinando indi il predetto nesso in termini – per così dire – “ambientali”.

Ciò pare confermato dai seguenti dati, ugualmente e pacificamente acquisiti nella giurisprudenza costituzionale.

*In primis*, dall’esigenza di distinguere l’attività svolta *intra moenia* da quella svolta *extra moenia*: infatti, è proprio la identificazione della “sede parlamentare” quale ambito in cui dovrebbe ordinariamente consumarsi la condotta prevista dal comma 1 dell’art. 68 Cost. – ovverosia la espressione delle opinioni insindacabili – che impone, poi, la individuazione dei criteri in base ai quali può (e deve) ritenersi comunque applicabile l’istituto della “insindacabilità” alle condotte consumatesi, invece, al di fuori della predetta sede; e che esclude – nella prospettiva adottata dalla Corte costituzionale – che un atto parlamentare “tipico” e successivo possa determinare, a posteriori, la insindacabilità della opinione espressa atipicamente *extra moenia*<sup>13</sup>.

*In secundis*, dal fatto che non ogni condotta consumata *intra moenia* è – per ciò solo – tutelata ex art. 68, comma 1, Cost.: sono infatti escluse dalla insindacabilità le opinioni espresse in semplici conversazioni, quelle espresse da colleghi del parlamentare – sebbene appartenenti al medesimo Gruppo – nonché le condotte puramente materiali<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> A tal proposito, nella [sent. n. 289/1998](#) la Corte costituzionale aveva ritenuto irrilevante una interrogazione parlamentare intervenuta «in epoca successiva [...] al ricevimento dell’avviso di garanzia all’origine delle dichiarazioni diffamatorie contestate al deputato» ed aveva indi asserito – in termini generali – che «qualsiasi affermazione, anche ritenuta gravemente diffamatoria e [...] estranea alla funzione od all’attività parlamentare, potrebbe diventare insindacabile a seguito della semplice presentazione in data successiva al fatto di un’interrogazione *ad hoc*»; accogliendo così un criterio alquanto rigoroso, secondo cui le dichiarazioni rese dal parlamentare *extra moenia* «in tanto possono essere coperte dalla garanzia di insindacabilità in quanto siano collegate da nesso funzionale ad un’attività parlamentare precedentemente svolta, restando invece irrilevante quella successiva» (cfr. *ivi*, n. 5.2 del *considerato in diritto*; sul punto cfr. anche [Corte cost., sent. 347/2004](#) nonché, recentemente, [sent. n. 241/2022](#), su cui, *funditus*, la nota 22).

<sup>14</sup> In occasione del giudizio definito con [Corte cost., sent. n. 509/2002](#), la Camera sosteneva che «le opinioni scambiate tra parlamentari all’interno del Parlamento dovrebbero [...] ritenersi insindacabili, dato che “elemento essenziale del parlamentarismo è appunto la discussione” e gli stessi atti parlamentari tipici non nascono da una solitaria riflessione, bensì sono alimentati dal confronto costante [e pertanto la] insindacabilità non riguarderebbe soltanto le dichiarazioni rese nell’Aula, ma anche quelle espresse negli altri ambienti della Camera dei deputati, quali il “Transatlantico” e la buvette, che sono ad essa contigui e costituiscono luoghi in cui i parlamentari si incontrano e dialogano e per i quali le norme regolamentari stabiliscono, sotto molteplici profili, un regime giuridico analogo a quello concernente l’Aula»; viceversa, la Corte replicava che non fosse mai stato accolto «il criterio della mera “localizzazione” dell’atto, ma si è invece specificato che sono coperti dall’immunità gli atti svolti all’interno dei vari organi parlamentari, o anche paraparlamentari [...] cioè atti che si esplicano nell’ambito di lavori comunque rientranti nel campo applicativo del “diritto parlamentare”, in quanto proprio tale condizione connota l’esercizio di funzioni parlamentari» e che, in base a questo criterio, «si debbono ritenere coperti dall’insindacabilità gli “atti di funzione”, anche se posti in essere *extra moenia*, mentre invece non si possono ritenere coperti da tale immunità gli atti non “di funzione”, anche se compiuti all’interno della sede della Camera o del Senato»; sicché «il criterio di delimitazione dell’ambito della prerogativa dell’immunità è quello funzionale e non già quello spaziale». Pertanto, la sede di svolgimento non può – di per sé sola – conferire carattere di funzione parlamentare ad una “comunicazione privata” svoltasi tra due parlamentari nella buvette della Camera «giacché tale circostanza attiene semmai ad un asserito “contesto politico”, che [...] non può, di per sé stesso, fare presumere l’esistenza di un nesso funzionale idoneo a rendere insindacabili le opinioni ivi espresse» (*ivi* nn. 2-4.1 del *considerato in diritto*). Analogamente – in [Corte cost., sent. n. 347/2004](#) – si precisava che l’art. 68, comma 1, Cost. «esplicitamente collega l’immunità del singolo parlamentare alle opinioni da lui espresse ed ai voti da lui dati esplicitando le sue funzioni, e così evoca la natura personale della responsabilità cui altrimenti egli sarebbe esposto, secondo una correlazione soggettiva che è indefettibile per la responsabilità penale e costituisce la regola generale per quella civile e amministrativa» sicché l’estensione dell’immunità alle dichiarazioni rese all’esterno della sede parlamentare «riproduttive e divulgative di atti costituenti esercizio di funzioni parlamentari» non può che riferirsi agli atti che il medesimo parlamentare riproduce e divulga «con la conseguente irrilevanza di quelli posti non da lui, ma da altri membri del Parlamento»; ed invero «la tesi secondo cui le dichiarazioni rese *extra moenia* da un parlamentare sarebbero coperte dalla garanzia dell’art. 68, primo comma, della Costituzione, anche se riproduttive o divulgative di atti posti da altri parlamentari nell’esercizio delle loro funzioni, finisce, in sostanza, per conferire rilievo ad un dato – la semplice

La sintesi dei suddetti profili si ritrova – appunto – nel comma 1 dell’art. 3, l. n. 140/2003; ed è soprattutto sull’enunciato «ogni altro atto parlamentare, per ogni altra attività di ispezione, di divulgazione, di critica e di denuncia politica, connessa alla funzione di parlamentare» che si appuntano i dubbi sulla coerenza ermeneutica della giurisprudenza costituzionale.

Invero, l’ampiezza del suddetto enunciato – tale da estendere pressoché indefinitamente i limiti all’applicazione della relativa gaurentigia – era già stata rilevata e stigmatizzata dalla Magistratura ordinaria: in sede di rimessione in Corte, nell’ambito del giudizio definito con la [sent. n. 120/2004](#), si sosteneva infatti che «la nozione di insindacabilità che si evince dall’art. 3, comma 1, della legge n. 140 del 2003 si porrebbe in contrasto “con l’interpretazione dell’art. 68, comma 1, Cost. costantemente accolta dalla Corte costituzionale e con le esigenze di certezza e garanzia ad essa sottese” [poiché] stabilisce [...] che [esso] non debba applicarsi soltanto alle opinioni espresse nell’esercizio delle funzioni parlamentari tipiche, ma anche ad ogni altra dichiarazione – “di divulgazione, di critica, di denuncia politica” – la quale sia comunque “connessa alla funzione parlamentare, espletata anche al di fuori del Parlamento” e non invece circoscritta “a riportare quanto già manifestato in un atto parlamentare”»; sicché «si verrebbe ad introdurre, “per il tramite di una legge ordinaria”, una nozione di insindacabilità che la stessa Corte costituzionale [...] “ha censurato, ritenendola in contrasto con l’art. 68, primo comma, Cost.” e ciò in quanto la garanzia costituzionale coprirebbe dichiarazioni “difficilmente determinabili *a priori*, del tutto slegate dalle procedure parlamentari tipiche e da quelle forme di controllo ad esse inerenti, tramite le quali si realizza il bilanciamento tra prerogative dell’istituzione parlamentare e tutela dell’individuo”»<sup>15</sup>.

Eppure – a fronte di tali censure – la Corte rigettava la questione di legittimità costituzionale, sostenendo che «rientrano nella sfera dell’insindacabilità tutte le opinioni manifestate con atti tipici nell’ambito dei lavori parlamentari» e che, rispetto alle attività non tipizzate, «si debbono [...] considerare “coperte” dalla garanzia di cui all’art. 68, [quelle che] *si esplicano mediante strumenti, atti e procedure, anche “innominati”, ma comunque rientranti nel campo di applicazione del diritto parlamentare, che il membro del Parlamento è in grado di porre in essere e di utilizzare proprio solo e in quanto riveste tale carica*»; sicché ciò che rileva è «il collegamento necessario con le “funzioni” del Parlamento, cioè l’ambito funzionale entro cui l’atto si iscrive, a prescindere dal suo contenuto comunicativo, che può essere il più vario, ma che in ogni caso deve essere tale da rappresentare esercizio in concreto delle funzioni proprie dei membri delle Camere, anche se attuato in forma “innominata” sul piano regolamentare»; sicché non c’è alcuna «automatica equivalenza tra l’atto non previsto dai regolamenti parlamentari e l’atto estraneo alla funzione parlamentare», dovendosi accertare in concreto «se esista un nesso che permetta di identificare l’atto in questione come “espressione di attività parlamentare”»<sup>16</sup>.

È il c.d. “nesso funzionale”, quindi, l’effettivo presidio delle prerogative parlamentari, nonché del principio di eguaglianza e dei diritti fondamentali dei terzi (eventualmente) lesi: è infatti «nella dimensione funzionale che le dichiarazioni in questione possono considerarsi insindacabili [poiché]

---

comunanza di argomento o la riferibilità ad un medesimo “contesto politico” – che [la] Corte [...] ha sempre ritenuto di per sé irrilevante» (ivi n. 5 del *considerato in diritto*). A commento della pronuncia si veda T. F. GIUPPONI, *Il “caso Pera” e i confini del giudizio costituzionale. Insindacabilità, nesso funzionale e poteri del giudice ordinario*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 16 dicembre 2004.

<sup>15</sup> Cfr. [Corte cost., sent. n. 120/2004](#), n. 1.3 del *ritenuto in fatto*.

<sup>16</sup> Virgolettati tutti tratti da [Corte cost., sent. n. 120/2004](#), n. 5 del *considerato in diritto* (corsivi aggiunti). Per tale motivo la Corte concludeva, *ibidem*, nel senso che le «attività di “ispezione, di divulgazione, di critica e di denuncia politica” che appunto il censurato art. 3, comma 1, riferisce all’ambito di applicazione dell’art. 68, primo comma, non rappresentano, di per sé, un’ipotesi di indebito allargamento della garanzia dell’insindacabilità apprestata dalla norma costituzionale, proprio perché esse, anche se non manifestate in atti “tipizzati”, debbono comunque, secondo la previsione legislativa e in conformità con il dettato costituzionale, risultare in connessione con l’esercizio di funzioni parlamentari». A commento cfr. A. PUGIOTTO, *Un confine tra prerogativa e privilegio*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2004; T. F. GIUPPONI, *La Corte rimanda (per ora) il giudizio sulla “pregiudizialità” parlamentare e ritorna sul regime costituzionale delle immunità*, *ibid.*, 1° giugno 2004; e L. PESOLE, *L’insindacabilità parlamentare nella giurisprudenza costituzionale*, in [federalismi.it](#), 29 luglio 2004

“garanzia e funzione sono inscindibilmente legate fra loro da un nesso che, reciprocamente, le definisce e giustifica”<sup>17</sup>.

Se però – ai fini dell’art. 68, comma 1. Cost. – «la necessità della connessione tra attività di critica o di denuncia politica e atti di funzione parlamentare» non può essere inficiata «dalla precisazione che tali attività possano essere state espletate “anche fuori del Parlamento”» – considerato che la Corte costituzionale mai ha limitato la garanzia alla sola sede parlamentare «giacché il criterio di delimitazione dell’ambito della prerogativa non è quello della “localizzazione” dell’atto, ma piuttosto [...] quello funzionale, cioè riferibile in astratto ai lavori parlamentari»<sup>18</sup> – allora non si comprende perché, per il riconoscimento della insindacabilità delle forme di divulgazione e riproduzione realizzatesi al di fuori dell’ambito delle attività parlamentari, la giurisprudenza costituzionale ormai monoliticamente richieda che esse siano strettamente riproduttive di analoghe – se non identiche – opinioni contenute in precedenti e tipici atti parlamentari.

Per vero, una lettura lineare del citato comma 1, art. 3, della l. n. 140/2003 sembra non giustificare la distinzione fra i c.d. “atti tipici” (i.e. «presentazione di disegni o proposte di legge, emendamenti, ordini del giorno, mozioni e risoluzioni, [...] le interpellanze e le interrogazioni, [...] gli interventi nelle Assemblee e negli altri organi delle Camere, [...] qualsiasi espressione di voto comunque formulata, [...] ogni altro atto parlamentare») e quelli “atipici” (i.e. «ogni altra attività di ispezione, di divulgazione, di critica e di denuncia politica, connessa alla funzione di parlamentare, espletata anche fuori del Parlamento») rispetto alla estensione della garanzia di insindacabilità.

È semmai nella giurisprudenza costituzionale che emerge la suddetta distinzione – in ordine alla interpretazione del comma 3 – correlativamente alla deduzione del nesso funzionale quale collegamento, appunto, fra atti parlamentari tipici ed atipici: la insindacabilità di una condotta atipica è possibile soltanto se essa sia (meramente) riproduttiva di una (necessariamente antecedente) condotta tipica.

È legittimo chiedersi, dunque, il perché di tale (consolidata) ermeneutica giurisprudenziale.

### 3.2. Coerenza fra giurisprudenza costituzionale e “contemporaneità”.

Alla stregua del superiore indirizzo giurisprudenziale può affermarsi che «gli atti svolti *extra moenia* sono insindacabili solo se e nella misura in cui siano identificabili come attività parlamentare, vale a dire abbiano una corrispondenza sostanziale di contenuto con atti parlamentari tipici»; sicché «una dichiarazione resa alla stampa o in televisione può ritenersi collegata all’esercizio del mandato parlamentare in quanto sia fedele riproduzione all’esterno, e dunque divulgazione e rappresentazione successiva, dei contenuti esatti di atti tipici»<sup>19</sup>.

Effettivamente – in occasione del conflitto definito in [Corte cost., sent. n. 320/2000](#) – la Camera dei deputati aveva rilevato che «nessun problema sorge per i due casi “estremi”, delle opinioni contenute negli atti tipici della funzione (ad esempio, un’interrogazione), certamente ricomprese nella garanzia, e all’opposto di quelle puramente personali ed estranee alla sfera politica, certamente escluse»; e che, semmai, tale «problema si pone per la zona intermedia, dovendosi di volta in volta accertare l’esistenza del “nesso funzionale” tra le opinioni e il mandato parlamentare, per farne derivare, in caso positivo, la prerogativa dell’insindacabilità» aggiungendo, sul punto, che l’attività parlamentare – in cui si sostanzia la rappresentanza politica, ai sensi dell’art. 67 Cost. – è «libera nel fine, non ha un terreno predefinito che possa essere stabilito *a priori*» potendosi negare la riconducibilità al mandato parlamentare, quindi, «delle sole attività che siano “manifestamente” estranee alla funzione»<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Cfr. [Corte cost., sent. n. 219/2003](#), n. 2 del *considerato in diritto*.

<sup>18</sup> Virgolettati tratti da [Corte cost., sent. n. 509/2002](#), n. 3 del *considerato in diritto*.

<sup>19</sup> Cfr. M. CERASA, *Art. 68*, cit., 1304.

<sup>20</sup> In particolare – sempre *ivi*, n. 3.4 del *ritenuto in fatto* – si osservava che «impedire al parlamentare di intervenire pubblicamente su una questione che ha formato oggetto di una sua interrogazione equivarrebbe [...] a far rivivere la

Sotto questo profilo, la Corte costituzionale espressamente affermava che la valutazione della concreta «applicabilità della prerogativa parlamentare prevista dal comma 1 dell’art. 68 della Costituzione a dichiarazioni rese da un membro del Parlamento [...] al di fuori dell’esercizio di attività parlamentari tipiche» si basa sulla loro identificabilità «come espressioni di attività parlamentare», ai fini della quale «non basta la semplice comunanza di argomenti, oggetto di attività parlamentari tipiche e di dichiarazioni fatte al di fuori di esse, né basta la riconducibilità di queste ultime dichiarazioni a un medesimo “contesto politico”»; è piuttosto necessaria «una sostanziale corrispondenza di significati tra le dichiarazioni rese al di fuori dell’esercizio delle attività parlamentari tipiche svolte in Parlamento e le opinioni già espresse nell’ambito di queste ultime». Pertanto, è proprio «il carattere divulgativo [...] che consente di identificare le dichiarazioni rese al di fuori di quelle attività e [che siano] ciononostante riconducibili o inerenti alla funzione parlamentare, distinguendole così da quelle che ricadono nel diritto comune a tutti i cittadini e proteggendole tramite la speciale garanzia dell’art. 68, primo comma, della Costituzione, senza con ciò determinare situazioni ingiustificate di privilegio personale»; eppure, nel medesimo capoverso, la stessa Corte costituzionale affermava che «[l]’attività dei membri delle Camere nello Stato democratico rappresentativo è per sua natura destinata [...] a proiettarsi al di fuori delle aule parlamentari, nell’interesse della libera dialettica politica che è condizione di vita delle istituzioni democratico-rappresentative»<sup>21</sup>.

Pare allora che il problema interpretativo riguardi la natura “riproduttiva” che devono avere le dichiarazioni rese dal parlamentare *extra moenia* – ossia quegli “atti atipici” (eventualmente) compendiabili nella ampia formula contenuta nel co. 1 dell’art. 3, l. n. 140/2003 – rispetto alle opinioni espresse, innanzitutto e necessariamente, in sede parlamentare (i.e. gli “atti tipici”)<sup>22</sup>; e che la relativa chiave di lettura non involga tanto la “estensione” del mandato parlamentare, ed indi della relativa funzione, anche *extra moenia* – cosa che, invero, la Corte costituzionale riconosce già – quanto la possibilità che tale “estensione” prescindenda dalla esistenza di una attività parlamentare tipica pregressa posta, indi, a “copertura” di quella atipica successiva<sup>23</sup>.

In altri termini – ed in sintesi – può ammettersi, o no, che la formula «nell’esercizio delle loro funzioni» di cui al comma 1 dell’art. 68 Cost. – dalla quale la Corte costituzionale ha dedotto il c.d. “nesso funzionale” – possa interpretarsi nel senso che la relativa attività possa svolgersi esclusivamente *extra moenia* e, quindi, (anche) senza un identico “precedente” *intra moenia*? Ovvero che la qualificazione di una condotta alla stregua di “esercizio della funzione parlamentare” possa prescindere integralmente da un confronto fra “tipicità” ed “atipicità” della medesima? E che – pertanto – la insindacabilità possa essere estesa – *sic et simpliciter* – ad atti atipici, senza verificare la loro “natura riproduttiva” di atti invece tipici?

Se si legge l’enunciato di cui al comma. 1 dell’art. 3, l. n. 140/2003, in uno con l’affermazione licenziata dalla Corte costituzionale nella [sent. n. 320/2000](#), sembrerebbe proprio di sì: «ogni altra

---

vecchia teoria della copertura costituzionale delle sole opinioni “intramurarie”», ovvero una tesi che la Corte costituzionale ha già respinto.

<sup>21</sup> Tutti i virgolettati sono tratti da [Corte cost., sent. n. 320/2000](#), n. 3.1 del *considerato in diritto*.

<sup>22</sup> La severità – a parere dello Scrivente, decisamente *eccessiva* – con cui la Corte costituzionale valuta la natura “divulgativa” delle dichiarazioni rese da un parlamentare *extra moenia* è stata confermata, recentemente, nella [sent. n. 241/2022](#): infatti, rispetto al contenuto di un “post” pubblicato da un parlamentare sul noto *social-network* “Facebook” – asseritamente corrispondente a quanto già riferito, dal medesimo, in Aula – la Corte ha stigmatizzato la mancanza, nelle relative dichiarazioni, di «alcun riferimento specifico alle persone dei querelanti, né ad una loro specifica attività di propalazione e di successivo impiego di informazioni riservate, concernente “i movimenti della polizia”, ovvero il fatto che connota la dichiarazione apparsa sulla pagina Facebook [del parlamentare, ndr.]»; sicché la possibilità di considerare “divulgative” – in quanto riprodotte di quelle contenute negli atti tipici – le dichiarazioni di un deputato o di un senatore, pubblicate su un c.d. “social”, è fatta addirittura dipendere dalla espressa menzione (per nome e cognome?) delle persone destinatarie dell’opinione (eventualmente) lesiva.

<sup>23</sup> La seconda, quindi, avente natura meramente divulgativa della prima; da cui la (altrettanto monolitica) giurisprudenza costituzionale sulla impossibilità di valutare la sussistenza del nesso funzionale in base ad atti tipici successivi (cfr. *supra*, 3.1).



attività di ispezione, di divulgazione, di critica e di denuncia politica, connessa alla funzione di parlamentare, espletata anche fuori del Parlamento» pare infatti corrispondere, *ut supra*, a quella «attività dei membri delle Camere nello Stato democratico rappresentativo [...] per sua natura destinata [...] a proiettarsi al di fuori delle aule parlamentari, nell'interesse della libera dialettica politica».

Vieppiù, oggi, è naturale chiedersi se e come le mutate condizioni e relazioni sociali – profondamente interferite dal progresso tecnologico, in specie digitale – e la emersione di una nuova dimensione collettiva – condizionata dalla evoluzione della c.d. “intelligenza artificiale” – abbiano già, di fatto, trasformato le modalità di esercizio dell'attività politico-parlamentare nonché ridisegnato i confini della c.d. “arena politica”; e quindi se e come debba conseguentemente adattarsi l'ermeneutica sulla insindacabilità parlamentare<sup>24</sup>.

Pare dunque emerge, in materia, una questione fondamentale: se siano maturi i tempi per svincolare il nesso funzionale dalla sede parlamentare – ossia da una nozione di “tipicità” strettamente connessa alla attività svolta *intra moenia* – e per estendere la formula «nell'esercizio delle loro funzioni» a condotte atipiche, anche prive di una connessione con pregressi atti tipici, la cui eventuale insindacabilità sia valutata alla luce del loro contenuto effettivamente “politico”.

#### 4. Qual è l'attuale valore delle prerogative parlamentari e, in specie, dell'insindacabilità?

Uno dei dati più significativi ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale in materia di insindacabilità parlamentare è – si ritiene – quello relativo al rapporto fra Parlamento e Magistratura, ovverosia la determinazione dei rispettivi ambiti di competenza.

Chiarito a chi spetti dichiarare la insindacabilità *ex art. 68, comma 1, Cost.* – anche normativamente; cfr. commi 2, 3 e 4 dell'art. 3, l. n. 140/2003 – la Corte costituzionale si è infatti essenzialmente occupata di stabilire in che modo le Camere abbiano esercitato la competenza loro spettante, in specie censurando le delibere di Giunta – poi generalmente approvate in Aula – nelle quali il *focus* non riguardasse, in senso stretto, la *ratio* della relativa prerogativa (i.e. garantire la indipendenza del Parlamento e, per essa, il libero svolgimento del mandato elettorale) bensì le caratteristiche della condotta giudiziariamente censurata: come più volte ammonito dalla Consulta nei dispostivi delle sentenze in materia, «non spetta alla Camera dei deputati dichiarare l'insindacabilità, ai sensi dell'art. 68, primo comma, della Costituzione, delle opinioni espresse da [...], in ordine alle quali è stato promosso davanti al Tribunale di [...] il giudizio [...] indicato in epigrafe», se non nei limiti del c.d. “*fumus persecutoris*”<sup>25</sup>.

È dunque la (paventata) strumentalizzazione della prerogativa in esame – e, più ampiamente, delle prerogative parlamentari – ad essere stata stigmatizzata dalla Corte costituzionale: caso tipico ed esemplare, quindi, di “cattivo uso del potere” ovverosia di “menomazione” o “interferenza” nell'esercizio delle attribuzioni costituzionali<sup>26</sup>.

Sotto questo profilo, è legittimo chiedersi – ancora oggi – che cosa sia ed a che cosa serva davvero la “insindacabilità”, perlomeno nei termini in cui è stata riprodotta nella Costituzione repubblicana italiana ed interpretata dalla Corte.

Come *supra* riportato, dagli anni '90 in poi la giurisprudenza costituzionale sull'art. 68, comma 1, Cost. – licenziata nell'ambito del conflitto interorganico – si è prevalentemente sviluppata intorno

---

<sup>24</sup> *Ex multis* si pensi, ad esempio, alle possibilità – ancora non completamente definite – connesse alla affermazione del c.d. “metaverso” ed alla sempre maggiore forza di penetrazione socio-politica dei social-media, nonché alla polemica innescatasi – durante la pandemia – in merito allo svolgimento “a distanza” dei lavori parlamentari.

<sup>25</sup> Incidentalmente: è appunto sotto questo profilo che emerge la (ricordata) indebita sovrapposizione fra la insindacabilità, di cui al comma 1, e la immunità, di cui al comma 2, dell'art. 68 Cost.

<sup>26</sup> Sul punto si rinvia – per i profili processuali – a P. VERONESI, *I Poteri davanti alla Corte. «Cattivo uso» del potere e sindacato costituzionale*, Milano, 1999; nonché – per i profili sostanziali – a T. F. GIUPPONI, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Torino, 2005.

alla decodificazione della formula «nell'esercizio delle loro funzioni», ovvero alla definizione del c.d. “nesso funzionale”: tale concetto è servito, intanto, a identificare concretamente il titolare della prerogativa (i.e. essa è spendibile soltanto per gli atti compiuti “durante” lo svolgimento del mandato e, quindi, dal parlamentare che fosse “in carica” nel momento in cui ha espresso l'opinione o dato il voto); è stato altresì utilizzato per decifrare giuridicamente la formula «non possono essere chiamati a rispondere» (i.e. tramite il “nesso”, essa copre ogni forma di responsabilità, di natura sia pubblicistica sia privatistica, con la sola eccezione di quella politica<sup>27</sup>); ed è servito, infine, a circoscrivere l'inciso «opinioni espresse» e «voti dati», determinando l'esclusione dalla predetta endiadi dei c.d. “atti materiali” (eventualmente riconducibili ad altrettante fattispecie di reato).

Il “nesso funzionale” è stato però anche lo strumento mediante il quale la Corte costituzionale ha stabilito che dovesse sussistere una necessaria correlazione fra attività *intra* ed *extra moenia*, rispetto al riconoscimento della insindacabilità, subordinando l'estensione della relativa garanzia agli atti atipici soltanto se successivamente riproduttivi/divulgativi di atti (parlamentari) tipici.

È questa una scelta “obbligata”, ovvero imposta dalla lettura dell'art. 68, comma 1, Cost. nonché – vieppiù – dell'art. 3, comma 1, l. n. 140/2003? Sembrerebbe proprio di no.

Il perché allora della sua occorrenza può essere indi ricavato da alcune considerazioni “di contesto” storico-politico e sociale.

##### 5. Alcune ipotesi ricostruttive e considerazioni conclusive.

L'impressione che si ricava dalla lettura cronologica della giurisprudenza costituzionale in materia di insindacabilità è che la relativa ermeneutica sia stata sensibilmente influenzata dalla approvazione della l. cost. 3/1993, a sua volta condizionata dalle circostanze socio-politiche che l'hanno (oggettivamente) determinata.

Sotto questo profilo sono almeno tre – si ritiene – le concause al progressivo restringimento dell'ambito di applicazione della prerogativa *de qua*: il “rigurgito anti-politica” occorso a valle del fenomeno c.d. “Tangentopoli”, peraltro cagione principale della riforma costituzionale del 1993; la consequenziale tendenza invalsa, in ambito parlamentare, a ricorrere all'istituto della “insindacabilità” in luogo della (ridimensionata) “immunità”; la trasformazione del sistema politico italiano in senso bipolare – indotta dalle leggi elettorali approvate pressoché contestualmente alla predetta revisione dell'art. 68, comma 1, Cost.<sup>28</sup> – e la accentuazione della conflittualità nel dibattito parlamentare e sociale, soprattutto con riferimento ai temi legati alla “giustizia”.

La Corte costituzionale si è trovata indi a gestire una situazione complessa, sotto il profilo socio-politico e giuridico, nonché a dover tenere in considerazione aspetti – legati alle tradizionali prerogative parlamentari – che, fino agli anni '90, avevano avuto un peso sostanzialmente irrilevante nel bilanciamento imposto dalla applicazione di un istituto che – inevitabilmente – estende e contemporaneamente comprime diritti: estende quelli del titolare – anche oltre la garanzia di cui all'art. 21 Cost. – e comprime quelli dei terzi (eventualmente) lesi<sup>29</sup>; e ciò, fors'anche a causa di una

---

<sup>27</sup> Sul punto, cfr. M. CERASA, *Art. 68*, cit., 1302-1306, il quale richiama – oltre a quella penale giudiziaria *stricto sensu* – anche la “responsabilità privata” (i.e. nei confronti del partito; della società civile; etc.) proprio perché collegata al mandato parlamentare, *ex art. 67 Cost.*

<sup>28</sup> Cfr. legge 4 agosto 1993, n. 276, “Norme per l'elezione del Senato della Repubblica”; e legge 4 agosto 1993, n. 277, “Nuove norme per l'elezione della Camera dei deputati”.

<sup>29</sup> Lo testimonia la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'ambito della quale è stato asserito che «l'assenza di un chiaro legame tra l'opinione espressa e l'esercizio di funzioni parlamentari postula una interpretazione stretta della proporzionalità esistente tra il fine perseguito ed i mezzi impiegati, specialmente nei casi in cui, sulla base della natura asseritamente politica della dichiarazione contestata, venga negato il diritto del soggetto leso di agire in giudizio» (cfr. decisioni del 30 gennaio 2003 sui ricorsi n. 40877/98 e n. 45649/99). Ed infatti – appunto in ordine alla questione problematica inerente alla posizione del terzo offeso dalle dichiarazioni del parlamentare, il quale non ha alcuna possibilità di tutela qualora il giudice ritenga di non sollevare conflitto contro la delibera di insindacabilità – la Corte EDU ha riscontrato la violazione dell'art. 6 CEDU, specie in situazioni in cui il nesso funzionale appariva

riforma costituzionale – quella del 1993 – alquanto frettolosa, nell’approvazione della quale sono stati sottovalutati sia i profili di interconnessione fra il comma 1 ed il comma 2 dell’art. 68 Cost. sia, e conseguentemente, gli effetti che una revisione unilaterale delle prerogative parlamentari avrebbe prodotto.

Sicché la interpretazione stretta del “nesso funzionale” – e quindi, la conseguente e necessaria sussistenza di un collegamento fra atto parlamentare tipico (precedente) e condotta atipica (successiva) – pare essere la conseguenza di tale, problematico ma indispensabile, bilanciamento: una sorta di “giustificazione” (obiettiva) rispetto al richiesto sacrificio di diritti, comunque costituzionalmente garantiti, che la Corte costituzionale si è dovuta “inventare” a fronte – da un lato – della laconicità (genetica) e della contraddittorietà (sopravvenuta) della disposizione costituzionale e – d’altro lato – della particolare rilevanza socio-politica e giuridica della materia *de qua*<sup>30</sup>.

Per tal motivo v’è chi, in dottrina, ha rilevato che «se il nesso funzionale deve restare il canone fondamentale, attraverso il quale discernere fra le opinioni insindacabili e quelle che tali non sono, esso deve necessariamente subire degli adeguamenti, sulla base di una più attenta considerazione dei nuovi principi sui quali si basa il processo politico»<sup>31</sup>; e che ha invocato, quindi, il principio di “leale cooperazione interistituzionale” (o fra Poteri dello Stato) quale unico parametro in base al quale orientare le decisioni della Corte in sede di conflitto inter-organico, al fine di implementare il c.d. “modello collaborativo”: esso infatti «permea tutto il sistema costituzionale e costituisce il risvolto della medaglia del principio di separazione dei poteri, venendo in considerazione laddove le attribuzioni costituzionali non siano nettamente assegnate, ma interferiscano fra loro», introducendo «un tipo di giudizio che si fonda sul caso concreto e verifica se le parti hanno agito con correttezza reciproca e se si è prodotto un corretto bilanciamento fra le opposte esigenze in gioco, invitando i poteri ad agire tenendo anche in conto le prerogative inviolabili anche degli altri poteri, con i quali si trovino ad interferire»<sup>32</sup>.

Ed invero – com’è stato giustamente rilevato – «la giurisprudenza costituzionale sulle immunità indica la strada della “mediazione” fra i poteri in conflitto, dell’equilibrio, della “grande intesa” attraverso la leale collaborazione [...] un percorso tortuoso e non facilmente percorribile da parte della Corte, la quale [...] pur dovendo mantenere la sua posizione di terzietà, si trova a decidere di “conflitti”, caratterizzati da un alto tasso di politicità, volti a mantenere l’assetto delle sfere di attribuzioni dei poteri, secondo il sistema di *checks and balances* delineato dalla Costituzione»; tuttavia, il predetto «spirito collaborativo [...] dovrebbe tradursi, da parte della magistratura, nella consapevolezza che, in tema di immunità, il confine ultimo ed invalicabile nell’esercizio delle proprie competenze è costituito dalle attribuzioni proprie del potere politico (del Parlamento o del Governo che sia), delle quale deve necessariamente tener conto» nonché «[d]a parte del potere politico [...] nell’analoga consapevolezza che il sistema immunitario, di cui godono, è posto a solo presidio delle loro funzioni, laddove il nesso funzionale mantiene ancora la sua valenza di necessario freno avverso

---

debole se non insussistente: C. EDU Cordova c. Italia (2003), De Jorio c. Italia (2004), Ielo c. Italia (2005); Patrono e aa. c. Italia (2006), Cofferati e CGIL c. Italia (2009), Onorato c. Italia (2011).

<sup>30</sup> In tal senso v’è chi ha evocato – a sostegno dell’attuale orientamento della giurisprudenza costituzionale – addirittura gli artt. 28 e 54, comma 2, Cost., nella parte in cui prevedono che i «pubblici funzionari» sono responsabili delle condotte da loro commesse in violazione dei diritti, secondo le leggi civili, penali ed amministrative; e che i cittadini, cui sono affidate funzioni pubbliche, devono adempierle con «disciplina e onore». Pertanto, sarebbe il combinato disposto da tali previsioni costituzionali a fondare, *ex se*, l’indirizzo restrittivo circa i margini di applicazione della insindacabilità. In tal modo però attribuendo carattere (immediatamente) precettivo ad una normativa di rango costituzionale che invece – come pare evidente, per la materia trattata – ha bisogno dell’intervento esecutivo ed attuativo del Legislatore ordinario.

<sup>31</sup> Così M. E. BUCALO, *Immunità e Corte costituzionale. Una teoria ricostruttiva*, Bagheria (PA), 2007, 286; ivi citato anche P. RIDOLA, *Gruppi parlamentari, attività delle Camere, pluralismo politico*, in *Giur. cost.*, 2004, 3167 e ss.; e ID., *L’insindacabilità parlamentare tra “nesso funzionale” e “libertà politica” delle assemblee rappresentative*, in *Giur. cost.*, 1999, 3665 e ss.

<sup>32</sup> Letteralmente R. BIN, *Il principio di leale collaborazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 3 e ss.

l'abuso dello stesso ed avverso l'idea, che sembra progressivamente instillarsi, che esso costituisca un valido "strumento di impunità"»<sup>33</sup>.

Pertanto, in ordine alla "opportunità di aggiornare la portata applicativa della insindacabilità parlamentare", si possono infine dedurre le seguenti conclusioni su – rispettivamente – la funzione parlamentare ed il nesso funzionale.

Il convincimento maturato mediante lo studio della giurisprudenza costituzionale – sì come evoluitasi fra la riforma del 1993 e la normativa del 2003 – è che la interpretazione dell'esercizio della funzione parlamentare (testualmente, *ex art. 68, comma 1, Cost.*) attraverso la deduzione di un "nesso" fra atto tipico (pregresso) ed atipico (eventuale e successivo) sia stata la conseguenza critica della situazione conflittuale fra Parlamento e Magistratura che la Corte costituzionale si è trovata a dover gestire – appunto – in sede giurisdizionale, ricorrendo al suddetto metodo "collaborativo", nel tentativo di bilanciare diritti reciprocamente inconciliabili.

In una ipotetica prospettiva evolutiva, v'è dunque da chiedersi se la situazione – che ha generato il predetto conflitto – sia ormai cambiata.

Lo si chiede perché l'impressione – anzi, il convincimento – è che la piattaforma normativa, sia costituzionale sia primaria (tanto legislativa, quanto regolamentare), non abbia bisogno di alcuna manutenzione affinché la (auspicata) estensione dei confini dell'attività parlamentare insindacabile si concretizzi (anche) nella giurisprudenza costituzionale: essendo il "nesso funzionale" il prodotto di tale giurisprudenza, infatti, è essa stessa che potrebbe modificarne i contenuti; e quindi ammettere che sia insindacabile anche una condotta "atipica" – consumatasi *extra moenia* – in quanto in sé espressiva della funzione parlamentare, senza bisogno che sia altresì riproduttiva di un (precedente) atto parlamentare tipico.

In fondo è questo – pare – il senso della formula contenuta nell'art. 3, comma 1, della l. n. 140/2003, che descrive indifferentemente attività sia "tipica" sia "atipica", completata infatti dall'inciso «connessa alla funzione di parlamentare, espletata anche fuori del Parlamento».

In tal senso ed a titolo di mero esempio, non v'è dubbio che sia comunque connessa alla funzione parlamentare – in specie, a quella espletata *extra moenia* – l'attività che si consuma, oggi, sulle c.d. "piattaforme *social*", tramite l'uso di dispositivi digitali; né v'è dubbio che l'attuale storia delle relazioni socio-politiche, non soltanto nazionali ma soprattutto internazionali e globali, testimoni l'intervenuta trasformazione delle dinamiche democratico-elettorali. Sicché non sorprende – né scandalizza – che si ipotizzi una analoga trasformazione, ovvero un adeguamento, della (pur consolidata) ermeneutica in materia di insindacabilità: il ricorso ai *social-network* – quali piattaforme (ormai) privilegiate per la esternazione delle proprie opinioni politiche – è infatti correlato ad un esercizio "moderno" della summenzionata funzione; pertanto non può non sollecitarsi un ripensamento della giurisprudenza costituzionale sul "nesso funzionale", che sia conforme alle caratteristiche di impiego tipico dei medesimi *social* nonché coerente con le finalità dell'istituto *de quo*<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Così sempre M. E. BUCALO, cit., 291-292.

<sup>34</sup> Citando la relazione delle Giunta per le autorizzazioni del 31/01/2023: «la tesi secondo cui l'insindacabilità è rigidamente subordinata alla necessaria presenza di un atto parlamentare precedente, del quale il deputato potrebbe solo limitarsi a divulgare *extra moenia* i contenuti, necessita di un deciso aggiornamento che tenga conto dello "spirito dei tempi" (*Zeitgeist*) e segnatamente dell'evoluzione delle modalità della comunicazione politica. Tale tesi, infatti, formata nei decenni or sono, non tiene conto né della velocità che contraddistingue la comunicazione politica attuale né dei nuovi mezzi informatici con cui tale comunicazione oggi avviene (e in particolare dei *social media*). In un mondo ormai fortemente globalizzato – in cui un commento pubblicato su un *social* può raggiungere in un attimo milioni di persone contemporaneamente – anche il dibattito politico è fortemente mediatizzato e, proprio per questo, immediato [sicché] può capitare di frequente che – a fronte di un improvviso avvenimento di rilevanza politica, quale può essere anche semplicemente una trasmissione televisiva che svolge inchieste, che denuncia fatti – un deputato senta il bisogno di esprimere celermente la propria opinione sull'accaduto, senza aver il tempo di intervenire preventivamente nelle aule parlamentari o di presentare un atto di sindacato ispettivo. Può accadere inoltre che – nei momenti di sospensione dell'attività parlamentare (ad esempio per la pausa estiva) – non si riesca a lasciare traccia *intra moenia* delle proprie opinioni per poterle poi divulgare all'esterno con la tutela della garanzia prevista dall'articolo 68, primo comma, della

Pertanto, la sintesi fra la tutela dell'attività parlamentare – da un lato – e i diritti dei singoli – d'altro lato – potrebbe consistere nel punto di incontro fra le modalità di esercizio della prima – ispirate ai principi di (effettiva) rilevanza politica della opinione espressa e di continenza dei modi di espressione della medesima – rispetto alla sua natura (astrattamente) lesiva dei secondi: sollecitare cioè una revisione non tanto – o soltanto – della giurisprudenza costituzionale bensì, anche, di quella ordinaria già in sede di valutazione delle fattispecie concrete.

Considerato infatti che è il Giudice – intanto – a dover valutare la ricorrenza dei presupposti per la applicazione dell'art. 68, comma 1, Cost. (cfr. art. 3, commi 2 e 3, l. n. 140/2003), un impulso alla maggiore estensione dei confini della insindacabilità – anche a casi “atipici” – potrebbe provenire proprio dalla Magistratura ordinaria, la quale invece – finora – si è evidentemente (e comprensibilmente) appoggiata sulla giurisprudenza costituzionale per individuare condotte atipiche non riprodotte o divulgative di atti parlamentari tipici.

Ciò pare possibile, però, soltanto nella medesima logica “collaborativa” contemporaneamente seguita e sollecitata dalla Corte costituzionale: ad una maggiore linearità e coerenza politica delle esternazioni dei parlamentari, anche *extra moenia* e mediante atti atipici, potrebbe – se non *dovrebbe* – corrispondere una altrettanto lineare interpretazione del fatto da parte del Giudice, il quale potrebbe già *ex se* valutare l'opportunità di applicare l'art. 68, comma 1, Cost. senza dovere ricorrere alla valutazione delle Camere né, eventualmente, al giudizio della Corte costituzionale.

In ultima analisi, per com'è attualmente congegnato il meccanismo giuridico sotteso all'applicazione dell'istituto della insindacabilità – interferito da disposizioni costituzionali revisionate in modo non pienamente coerente e da una normativa ugualmente ambigua, tanto da essere stata oggetto di un significativo intervento “ortopedico” da parte della Corte costituzionale – l'unica via che si intravede per l'ampliamento della relativa garanzia – perfettamente compatibile con la obiettiva trasformazione delle dinamiche politico-elettorali e con le connesse modalità di comunicazione ed espressione – sembra quella giurisprudenziale, sia ordinaria sia costituzionale. Con l'avvertenza, però, che quest'ultima dovrebbe effettivamente accedere ad un significativo *revirement* – se non una vera e propria “inversione di rotta” – rispetto ad un orientamento ormai consolidatosi nel corso di oltre vent'anni di conflitti.

Non sembrano poter essere invece efficaci eventuali modifiche ai regolamenti parlamentari né alla l. n. 140/2003, il cui contenuto – si ripete – è già perfettamente compatibile con la finalità di un ampliamento e maggiore estensione della insindacabilità: purché l'art. 3, comma 1, sia interpretato alla luce di una nuova e diversa concezione del rapporto fra atti tipici ed atipici e, quindi, dell'attività parlamentare consumata *intra* ed *extra moenia*.

Davvero eccessiva appare, infine, l'ipotesi di un ritorno al vecchio testo dell'art. 68 Cost., e quindi una revisione costituzionale che espanda nuovamente i confini della immunità tanto da comprendervi – come *illo tempore* accadeva (cfr. *supra*, il § 1) – anche la insindacabilità: sebbene tale soluzione sarebbe (verosimilmente) *tranchant* rispetto alla questione posta, essa sconterebbe infatti lo stesso vizio della riforma del 1993 e cioè non tenere in dovuto conto la diversa finalità delle due prerogative<sup>35</sup>; cancellando – con il proverbiale “colpo di spugna” – trent'anni di (invece opportune) riflessioni dottrinali e giurisprudenziali su un tema di profonda sensibilità socio-politica, altresì decisivo – *inter alia* – per delineare correttamente i rapporti fra i Poteri dello Stato.

---

Costituzione [e] pertanto [...] occorrerebbe discutere apertamente di come aggiornare la nozione e la portata applicativa della insindacabilità per renderla più coerente con le esigenze della modernità».

<sup>35</sup> Sebbene la questione sia tornata di attualità nel dibattito politico-parlamentare: si segnala, sul punto, il c.d. “progetto Chiamamonte-Compagna”, per una sintesi del quale si rinvia L. TENTONI, *Immunità parlamentare: com'era, com'è oggi e come potrebbe diventare*, in *La Stampa*, 11 gennaio 2010. In argomento si veda N. ZANON, *Per una forma ragionevole di immunità parlamentare*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010.

**Massimiliano Mezzanotte**  
**Brevi note in tema di diritto ad essere “medicalmente” dimenticato:**  
**il caso del diritto all’oblio oncologico\***

**ABSTRACT:** *The paper faces the sensitive issue relating to oncological oblivion, describing its coordinates and juridical basis, especially in the light of both profiles: the situation in some European countries and the indications of the European Union. Then, it focused on the Italian state of progress in setting up an adequate discipline under the pressures coming from the European Union.*

SOMMARIO: 1. La *privacy* storica “oltre” l’informazione. – 2. Il diritto all’oblio oncologico: coordinate e fondamento. – 3. La disciplina di alcuni Stati europei e le indicazioni dell’Unione europea. – 4. I timidi tentativi italiani: alla ricerca di una disciplina richiesta dall’opinione pubblica. – 5. Per concludere: alcuni dati e possibili prospettive.

1. *La privacy storica “oltre” l’informazione*

Le forme di garanzia contro quelle informazioni che possono distorcere le condizioni sociali attuali dell’individuo sono state ampiamente studiate nel corso degli ultimi anni. In particolare, quando il dato risulta essere storicamente datato e non vi è più l’interesse della collettività per la conoscenza, la libera circolazione della notizia si scontra con l’interesse dell’individuo a tornare nell’anonimato.

Con l’avvento di *internet*, la questione si è progressivamente complicata, in particolare in presenza dei motori di ricerca e dalla possibilità che gli stessi possano preservare informazioni nella memoria *cache*; di recente, la Cassazione sul punto ha messo in dubbio la prevalenza del diritto all’oblio sempre e in ogni caso, essendo necessario comunque procedere ad una equa ponderazione degli interessi in gioco, in particolare della possibilità di rendere accessibile l’informazione<sup>1</sup>.

Ma il diritto all’oblio non è solo uno schermo contro l’informazione; è uno strumento di protezione dell’individuo contro tutti quei dati che non sono più aggiornati in relazione a una condizione attuale, che ne distorcono le sembianze e che non lo rappresentano più agli occhi della collettività con le peculiarità che ha, in presenza di un interesse che deve essere considerato prevalente.

Con questa logica, il diritto alla *privacy* storica assume un carattere di pervasività dell’intero ordinamento, non limitato solo al campo della cronaca, ma esteso a qualsiasi settore in cui l’identità personale e il trattamento dei dati risalenti nel tempo si fondono in un’unica situazione giuridica soggettiva.

Alla luce di queste considerazioni, si può comprendere il tema oggetto del presente lavoro. Il diritto all’oblio può trovare applicazione in ambito sanitario per tutti quei casi in cui la malattia è stata superata, ossia quando scientificamente si può ragionevolmente ritenere che non si ripresenterà più. È questo il caso dei malati oncologici che hanno sconfitto la patologia e che chiedono, ad esempio, di contrarre un mutuo o accedere a un servizio finanziario. L’aver avuto un tale passato può rappresentare un serio problema, dal momento che ci si può imbattere nei dinieghi o difficoltà da parte degli istituti di credito<sup>2</sup>. Ma l’assunto non considera che dal cancro si può guarire e che il rischio deve essere



<sup>1</sup> [Cass. civ., Sez. I, sent. 8 febbraio 2022, n. 3952](#): secondo il Supremo Collegio, «la cancellazione delle copie *cache* relative a una informazione accessibile attraverso il motore di ricerca, in quanto incidente sulla capacità, da parte del detto motore di ricerca, di fornire una risposta all’interrogazione posta dall’utente attraverso una o più parole chiave, non consegue alla constatazione della sussistenza delle condizioni per la deindicizzazione del dato a partire dal nome della persona, ma esige una ponderazione del diritto all’oblio dell’interessato col diritto avente ad oggetto la diffusione e l’acquisizione dell’informazione, relativa al fatto nel suo complesso, attraverso parole chiave anche diverse dal nome della persona» (la decisione può essere consultata sul sito); su tale decisione, v. M. R. ALLEGRI, *Dimenticare, rievocare, rappresentare: dove conduce la via dell’oblio*, in [mediaLAWS](#), 2/2022, 118 ss.

<sup>2</sup> Per un’esperienza concreta in tal senso, v. M. MASSART, *A long-term survivor’s perspective on supportive policy for a better access to insurance, loan and mortgage*, in [Journal of Cancer Policy](#), vol. 15, Part B, May 2018, 70 ss.

aggiornato in considerazione delle attuali condizioni mediche dell'individuo. Sotto quest'aspetto, allora, a differenza della *privacy* storica intesa come quel diritto a negare che fatti un tempo resi pubblici con i media tornino all'attenzione della collettività, il diritto all'oblio oncologico consente la cancellazione dei dati personali in ragione del tempo trascorso dalla fine dei trattamenti sanitari senza che la patologia sia ricomparsa. È questo l'ambito nel quale deve essere riconosciuta questa situazione giuridica soggettiva in capo ai soggetti che possono chiedere l'adeguamento del dato personale all'identità medica attuale.

## 2. Il diritto all'oblio oncologico: coordinate e fondamento

Volendo dare una definizione alla situazione giuridica soggettiva in esame, si può dire che essa consiste nel "diritto ad essere medicalmente dimenticato", ossia una sorta di *privacy* storica dei dati sanitari, in cui il diritto all'identità personale (inteso come situazione medica attuale) rappresenta il punto di riferimento fondamentale, da intendersi come la pretesa ad essere rappresentati secondo lo stato di salute attuale.

Il fondamento costituzionale è ravvisabile proprio in quegli articoli della Costituzione che tutelano valori fondamentali quali la dignità della persona, la *privacy* e il diritto all'oblio.

In particolare, l'art. 3 Cost. impone di non discriminare chi ha avuto una malattia, ormai non più incurabile, e la relativa pretesa ad essere considerato alla stregua delle persone non malate. Sotto questo aspetto, il diritto alla salute diviene un riferimento importante per individuare il fondamento costituzionale, dal momento che l'art. 32 ha progressivamente assunto una dimensione differente, un profilo dinamico, che si ha quando «viene in rilievo una condizione di equilibrio psicofisico che può peggiorare, rimanere tale o migliorare, in relazione a quella che è la percezione del soggetto o alla valutazione tecnica offerta dalla scienza medica»<sup>3</sup>.

Nel contempo, nel caso specifico, trova applicazione anche l'art. 47 Cost., sul cui contenuto la Corte costituzionale ha sempre tenuto un orientamento costante; esso «enuncia «un principio programmatico» (sentenza n. 143 del 1995), al quale «il legislatore ordinario deve ispirarsi, bilanciandolo con gli altri interessi costituzionalmente rilevanti, nell'esercizio di un potere discrezionale che incontra il solo limite [...] della contraddizione del principio stesso (sentenze n. 143 del 1995 e n. 19 del 1994)» (sentenza n. 29 del 2002)»<sup>4</sup>. La norma costituzionale va a tutelare il risparmiatore «inteso come «consumatore» di prodotti e servizi bancari, finanziari e assicurativi», andando così a fornire «una specifica copertura costituzionale alla regolamentazione di tali mercati»<sup>5</sup>.

E' quindi il Parlamento che deve dosare le contrapposte esigenze, ossia, nel caso concreto, da un lato l'interesse degli imprenditori che operano nel settore del credito, la cui attività viene garantita dall'art. 41 Cost., dall'altro quello delle persone a non essere discriminate da uno stato patologico ormai superato da diversi anni. In questo caso, allora, il decorso di un ragionevole lasso di tempo che permette di ritenere la malattia sconfitta deve garantire ai cittadini di essere trattati come i soggetti privi di patologie e consentirgli di accedere ai servizi assicurativi e bancari.

Sotto il profilo soggettivo, i titolari del diritto sono i c.d. "*cancer survivors*", ossia quella categoria di persone la cui individuazione non è particolarmente agevole, dal momento che essa appare molto ampia, come dimostrato da una serie di studi in materia<sup>6</sup>. La definizione che coniuga dati sanitari e fattore temporale è quella che considera il percorso dell'individuo dalla diagnosi della malattia fino al momento in cui sono trascorsi alcuni anni (fissati sulla base di dati scientifici) dall'ultimo

<sup>3</sup> D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2021, 27.

<sup>4</sup> [Corte cost., 9 luglio 2021, n. 149.](#); sugli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali a riguardo, F. SCUTO, *La tutela costituzionale del risparmio negli anni della crisi economica. Spunti per un rilancio della dimensione oggettiva e sociale dell'art. 47 Cost.*, in [federalismi.it](#), numero speciale 5/2019, 25 ottobre 2019, 172.

<sup>5</sup> M. GIAMPIERETTI, *Art. 47*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole e R. Bin, Padova, 2008, 474.

<sup>6</sup> Come ricordato da C. MARZORATI, S. RIVA, G. PRAVETTONI, *Who is a Cancer Survivor? A Systematic Review of Published Definitions*. in *Journal of Cancer Education*, n. 32, vol. 2, 2017, 228 ss.

trattamento effettuato. La classificazione appare quindi particolarmente complessa, in ragione delle differenti tipologie di malattia e delle diverse durate dei trattamenti ma, soprattutto, del continuo cambiamento cui è sottoposta, in quanto fondata su conoscenze scientifiche in rapida evoluzione.

### 3. La disciplina di alcuni Stati europei e le indicazioni dell'Unione europea

In sei Stati europei sono presenti apposite normative volte a disciplinare il diritto alla *privacy* storica riguardante dati oncologici. In Francia, Belgio, Lussemburgo, Olanda, Portogallo e Romania è previsto il divieto per banche e compagnie assicurative di richiedere i dati di malati che hanno superato la malattia.

In Francia la disciplina è stata introdotta nel 2016 (legge n. 2016-41 sulla modernizzazione del sistema sanitario) ed è stata poi modificata il 1° giugno del 2022 (legge n. 2022-270, per un accesso più equo, semplice e trasparente al mercato dell'assicurazione sui prestiti). Il *Code de la santé publique* prevede la regola (art. L. 1141-5) in base alla quale il periodo oltre il quale gli assicuratori possono raccogliere informazioni mediche relative al cancro e all'epatite virale C non può superare i cinque anni dalla fine del protocollo terapeutico<sup>7</sup>. Le modalità e le tempistiche, sottolinea la norma, vengono aggiornate sulla base dei progressi terapeutici e dei dati scientifici.

Per le persone che non rientrano in queste ipotesi, la norma prevede che sulla base di un accordo nazionale<sup>8</sup> sono stabilite le condizioni e i termini al di là dei quali chi è affetto da una patologia oncologica non potrà subire un aumento delle tariffe o l'esclusione della copertura dei contratti di assicurazione volti a garantire il rimborso di un prestito. L'accordo stabilisce anche i limiti temporali oltre i quali gli assicuratori non possono raccogliere informazioni mediche relative a malattie tumorali. L'elenco delle patologie è fissato sulla base di una griglia definita dalla suddetta convenzione, che consente di stabilire, per ciascuna malattia, i termini oltre i quali non si applicherà alcun aumento dei tassi o l'esclusione della copertura o non si raccoglieranno informazioni mediche<sup>9</sup>. Il rispetto viene garantito da una Commissione di mediazione, alla quale il cittadino potrà presentare ricorso nel caso in cui riterrà violata la Convenzione.

Ma la disciplina sul diritto all'oblio in materia assicurativa è presente anche in altri Stati, come ad esempio in Belgio, dove la normativa ha avuto una gestazione molto lunga. Il dibattito è iniziato nel 2009, con il primo progetto di legge in materia, per poi trovare la disciplina definitiva nella legge C-2019/40.839 (ispirata alla normativa francese), che ha modificato la legge C-2014/11239 del 4 aprile 2014, *Loi relative aux assurances*<sup>10</sup>. Secondo l'art. 61/2 le persone che sono o sono state affette da una malattia cancerosa di qualsiasi tipo devono dichiarare tale patologia in fase di stipula di un contratto di assicurazione per mutui ipotecari o prestiti alle imprese. Il diritto all'oblio è invece previsto nell'articolo 61/2, che vieta all'impresa di assicurazione di tenere conto della condizione cancerosa dopo dieci anni dalla fine di un trattamento riuscito e in assenza di ricadute entro tale periodo. L'articolo 61/3 prevede che è possibile determinare in griglie di riferimento un termine

---

<sup>7</sup> La problematica del limite temporale è analizzata da J. PICOT, *Droit à l'oubli pour les malades de cancers : un risque relatif pour les assurances* in *Assurances et gestion des risques / Insurance and Risk Management*, 2017, 84 (3-4), 153 ss., sul portale [éruudit](#).

<sup>8</sup> Secondo l'art. L 1141-2, un accordo nazionale (Convenzione AERAS, ossia *S'Assurer et Emprunter avec un Risque Aggravé de Santé*) relativo all'accesso al credito per le persone che presentano un rischio aggravato a causa del loro stato di salute o della loro disabilità è concluso tra lo Stato, le organizzazioni professionali che rappresentano gli istituti di credito, le società finanziarie, le compagnie di assicurazione, le società di mutua assicurazione e gli istituti di previdenza, nonché le organizzazioni nazionali che rappresentano i pazienti e gli utenti del sistema sanitario.

<sup>9</sup> La griglia di riferimento AERAS si applica solo al contratto assicurativo riguardante un mutuo per finanziare l'abitazione principale, la cui quota assicurata è inferiore a 420.000 euro oppure un finanziamento d'impresa per l'acquisto di locali e/o attrezzature, la cui quota assicurata sia inferiore a 320.000 euro. Il contratto dovrà scadere prima del 71° anno di età del mutuatario.

<sup>10</sup> Sul tema, v. P. JONCKHEER, A. VAN GINCKEL, S. STORDEUR, *Historique de la législation sur le droit à l'oubli en Belgique*, sul sito web di [KCE](#), 31 marzo 2022.



differente per alcuni tipi di cancro. Queste due griglie sono definite nel Decreto Reale del 26 maggio 2019<sup>11</sup>.

In Lussemburgo è stato adottato un accordo da parte del Ministero della Salute e l'Associazione delle Imprese di Assicurazione e Riassicurazione, che introduce il diritto all'oblio nell'ambito dell'assicurazione del saldo residuo a favore di coloro che sono stati affetti da patologie cancerose e, in determinate condizioni, con un'infezione virale da epatite C o un'infezione da HIV. In sostanza, l'interessato non deve dichiarare la patologia se il relativo protocollo terapeutico è terminato da 10 anni (5 se il tumore è stato diagnosticato prima dei 18 anni) e non c'è stata alcuna recidiva<sup>12</sup>. L'applicazione è garantita da un comitato di monitoraggio e riesame, con il compito di tentare la composizione bonaria dei reclami proposti.

Anche l'Olanda e il Portogallo hanno una disciplina sul diritto all'oblio. Nel primo Stato, il decreto del 2 novembre 2020 in tema di polizze vita e funerarie<sup>13</sup> stabilisce che il trattamento del dato relativo ad una diagnosi di cancro risalente nel tempo costituisce un'invasione sproporzionata della vita privata se a giudizio dell'operatore sanitario che ha curato il paziente è da ritenersi che vi sia stata una remissione completa e se non vi è stata recidiva in dieci anni decorrenti dalla data di guarigione (cinque anni se al momento della diagnosi il paziente aveva meno di 21 anni) (art. 1). Si applicano termini più brevi se si tratta di una forma di cancro per la quale, secondo dati medici, attuariali e statistici, la possibilità che il cancro si ripresenti dopo un breve periodo di tempo è così piccola che l'interesse prudenziale dell'assicuratore non è importante e se sono stati stipulati accordi tra le organizzazioni rappresentative dei pazienti e gli assicuratori sui termini per tali forme della malattia.

In Portogallo, la legge n. 75 del 18 novembre 2021 introduce una normativa volta a “rafforzare l'accesso al credito e ai contratti assicurativi da parte di persone che hanno superato o attenuato situazioni di aggravamento del rischio di salute o disabilità, vietando pratiche discriminatorie, e sancire il diritto all'oblio, modificando la legge n. 46/2006, del 28 agosto, e il diritto regime del contratto di assicurazione”<sup>14</sup>. In particolare, nessuna informazione sanitaria può essere raccolta da istituti di credito o assicurazioni in ambito precontrattuale se sono decorsi dieci anni dalla fine del trattamento terapeutico (5 se la patologia si è verificata prima dei ventuno anni). La violazione di queste regole costituisce un atto discriminatorio punibile a titolo di reato e comporta l'applicazione di sanzioni pecuniarie. È previsto, inoltre, un controllo da parte dell'Autorità di Vigilanza sulle Assicurazioni e sui Fondi Pensione (ASF) sulle pratiche e sulle tecniche di valutazione, selezione e accettazione dei rischi dell'assicuratore ai fini della conclusione, esecuzione e risoluzione del contratto di assicurazione. Un altro tassello importante è l'Accordo nazionale sull'accesso al credito e alle assicurazioni stipulato tra lo Stato e le associazioni di categoria rappresentative degli enti creditizi, delle società finanziarie, delle mutue, enti pensionistici e compagnie di assicurazione e riassicurazione, nonché organizzazioni nazionali che rappresentano le persone a maggior rischio per la salute, le persone con disabilità e gli utenti del sistema sanitario. In esso, in particolare, oltre alla

---

<sup>11</sup> Consultabile sul [Mouiteur belge](#) del 14.06.2019: di queste due griglie, la prima individua le patologie tumorali per le quali il termine di 10 anni può essere ridotto, mentre la seconda elenca le malattie croniche (e alcuni altri tipi di cancro) per le quali sono previste specifiche discipline. Il [KCE](#) (*Centre Fédéral d'Expertise des Soins de Santé*) ha il compito di proporre modifiche e integrazioni a queste griglie ogni due anni sulla base del progresso medico e dei dati scientifici disponibili. Le proposte verranno trasmesse al *Bureau de Suivi de la Tarification* che, a sua volta, trasmetterà un parere alle autorità competenti. Nel dibattito ancora in corso, si pensa di includere nell'elenco anche il diabete di tipo 1 e la sclerosi multipla; sul tema, v. S. SURY, *ASRD: qui peut bénéficier d'un droit à l'oubli?* In *L'Echo*, 12 novembre 2021.

<sup>12</sup> Vi sono però delle eccezioni, come ad esempio nel caso in cui il richiedente, che sia guarito da un cancro specifico (10 sono i tipi specifici di cancro) o dall'epatite virale C, debba dichiarare la sua patologia, ma se sono soddisfatte determinate condizioni, l'assicuratore non può escludere il candidato per l'assicurazione o richiedere un premio aggiuntivo; su tutte le eccezioni, si rinvia a [Introduction au Luxembourg d'un droit à l'oubli pour personnes guéries d'un cancer](#) sul [sito](#) governativo lussemburghese.

<sup>13</sup> Su *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, 2020, 453 (a partire dal [sito](#) delle pubblicazioni ufficiali)

<sup>14</sup> La normativa è consultabile a partire dal [sito](#) della *Procuradoria-Geral Regional de Lisboa*; per un commento a questa legge, L. POÇAS, *A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros*, su [www.revistadedireitocomercial.com](#), 18 gennaio 2022, 127 ss.

garanzia dell'accesso non discriminatorio al credito abitativo e al consumo da parte delle persone che hanno superato o attenuato situazioni di aggravamento del rischio di salute o di disabilità, si prevedono anche strumenti di mediazione e una procedura per l'individuazione di una griglia di riferimento (da aggiornare ogni due anni) che permetta di definire i termini e le scadenze per ciascuna patologia o disabilità, in linea con l'andamento terapeutico, i dati scientifici e le conoscenze sul rischio sanitario. Particolare attenzione è anche riservata all'informazione che viene data agli utenti proprio in relazione al diritto all'oblio, secondo un foglio definito dal Consiglio Nazionale delle Vigilanze Finanziarie (CNSF).

Da ultimo, anche la Romania ha introdotto questo istituto con la legge n. 200/2022, che ha integrato la Legge sui Diritti del Paziente n. 46/2003, in vigore dall'8 settembre 2022<sup>15</sup>. La normativa prevede, in deroga alle disposizioni codicistiche, che, in caso di conclusione di contratti assicurativi, non è consentito chiedere informazioni sulla condizione oncologica, se è trascorso un periodo di sette anni (cinque nel caso in cui la diagnosi sia stata fatta prima di diciotto anni) dalla data di conclusione del protocollo di cura.

La disciplina è rafforzata sia per il tramite di obblighi informativi stringenti sul riconoscimento del diritto all'oblio oncologico, a pena di nullità del contratto, sia attraverso il divieto in capo al personale medico di fornire informazioni su tali aspetti. Per particolari patologie il Ministero della Salute può stabilire termini ridotti (in relazione all'età e alle tipologie delle malattie). Su proposta degli istituti oncologici, il Ministero della Salute stabilisce termini inferiori a sette anni, per categorie basate sull'età e sulle tipologie delle condizioni dei sopravvissuti al cancro e su dati scientifici relativi all'andamento terapeutico. Il mancato rispetto delle previsioni legislative comporta responsabilità civile in capo ai trasgressori.

A livello di Unione europea, pur in mancanza di una specifica disciplina, il fondamento giuridico è stato individuato negli artt. 114.3 e 169 del TFUE, che prevedono l'obbligo di protezione in capo all'UE dei consumatori, attraverso misure idonee basate su fatti scientifici e sugli interessi economici dei diretti interessati<sup>16</sup>. Il riferimento può però anche essere fatto all'art. 9 GDPR, che esplicitamente vieta il trattamento dei dati sanitari al di fuori dei casi previsti dalla norma<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Sul [Portal Legislativ](#) rumeno.

<sup>16</sup> In tal senso, M. MEUNIER, [The right to be forgotten for cancer survivors](#), BECA public hearing, 11 January 2021, sul [sito](#) dell'*European Cancer Patient Coalition*.

<sup>17</sup> Secondo il comma 2, il divieto non si applica se:

“a) l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche, salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocare il divieto di cui al paragrafo 1;

b) il trattamento è necessario per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale, nella misura in cui sia autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri o da un contratto collettivo ai sensi del diritto degli Stati membri, in presenza di garanzie appropriate per i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato;

c) il trattamento è necessario per tutelare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica qualora l'interessato si trovi nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso;

d) il trattamento è effettuato, nell'ambito delle sue legittime attività e con adeguate garanzie, da una fondazione, associazione o altro organismo senza scopo di lucro che persegua finalità politiche, filosofiche, religiose o sindacali, a condizione che il trattamento riguardi unicamente i membri, gli ex membri o le persone che hanno regolari contatti con la fondazione, l'associazione o l'organismo a motivo delle sue finalità e che i dati personali non siano comunicati all'esterno senza il consenso dell'interessato;

e) il trattamento riguarda dati personali resi manifestamente pubblici dall'interessato;

f) il trattamento è necessario per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria o ogniqualvolta le autorità giurisdizionali esercitano le loro funzioni giurisdizionali;

g) il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato;

h) il trattamento è necessario per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o

Per quanto attiene alla disciplina sulla pratica del credito, va ricordato che la direttiva 2014/17/UE<sup>18</sup> (artt. 18 e 20) richiede, da un lato, agli Stati membri di assicurare che le procedure e i dati su cui è basata la valutazione del merito creditizio del creditore siano messe a punto, documentate e tenute aggiornate; dall'altro, che tali attività vengano effettuate sulla base delle informazioni sul reddito e le spese del consumatore e altre informazioni sulla situazione economica e finanziaria necessarie, sufficienti e proporzionate.

Inoltre, la Proposta di direttiva relativa al credito al consumo (COM (2021) 347 final) al punto 47 espressamente afferma che non dovrebbero essere utilizzati ai fini della valutazione del merito creditizio i dati sanitari, compresi quelli relativi ai tumori.

Ma la disciplina evidenzia, sia a livello statale che di Unione europea, com'è stato correttamente rilevato, la carenza di criteri uniformi e l'affermarsi di forme di autoregolamentazione da parte degli attori privati<sup>19</sup>. Tale ultima possibilità, come si vedrà in seguito, non appare del tutto negativa, sempre però in presenza di un quadro normativo chiaro, che solo in fase di attuazione può ricorrere alle forme richiamate al fine di aumentare il livello di responsabilità degli attori e dietro stretto controllo di specifici organi statali deputati a promuovere e dare attuazione a tali discipline.

#### *4. I timidi tentativi italiani: alla ricerca di una disciplina richiesta dall'opinione pubblica.*

Anche nel Parlamento italiano è stato avviato un dibattito per introdurre una normativa sul diritto all'oblio oncologico. È stata anche promossa una campagna per sensibilizzare l'opinione pubblica sulla necessità di introdurre una regolamentazione in materia<sup>20</sup>. Nella passata Legislatura, sono state avanzate una serie di proposte, rimaste tutte senza l'esito atteso<sup>21</sup>. Il termine della XVIII legislatura ha bruscamente interrotto l'*iter*, che avrebbe permesso un riallineamento con quanto previsto in alcuni

---

sociali sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri o conformemente al contratto con un professionista della sanità, fatte salve le condizioni e le garanzie di cui al paragrafo 3;

i) il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale;

j) il trattamento è necessario a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici in conformità dell'articolo 89, paragrafo 1, sulla base del diritto dell'Unione o nazionale, che è proporzionato alla finalità perseguita, rispetta l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato”.

Per un commento a riguardo, THIENE A., *Commento all'art. 9 (Trattamento di categorie particolari di dati personali) del Regolamento (UE) 2016/679 - I. Principi generali*, in *Codice della privacy e data protection*, a cura di R. D'Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino, G. Resta, Milano, 2021, 240 ss.

<sup>18</sup> Direttiva 2014/17/UE del Parlamento e del Consiglio del 4 febbraio 2014 in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010

<sup>19</sup> G. SCOCCA, F. MEUNIER, *A right to be forgotten for cancer survivors: A legal development expected to reflect the medical progress in the fight against cancer*, in *Journal of Cancer Policy*, 2020, n. 25, 2.

<sup>20</sup> La campagna è stata messa in campo sia da alcune fondazioni (come l'AIOM, l'Associazione italiana di oncologia medica, che ha anche attivato un [sito internet](#) a tal fine), sia attraverso l'opera di sensibilizzazione per mezzo della stampa (come l'articolo di V. MARTINELLA, *Guariti dal cancro e burocrazia: serve una legge per il «diritto all'oblio»*, su [Corriere della sera](#) del 23 gennaio 2022; sul tema anche P. QUARELLO et al., *Get up, stand up: Alongside adolescents and young adults with cancer for their right to be forgotten*, in *Tumori Journal*, 2022, vol. 108 (5), 402 ss, in particolare 404-405).

<sup>21</sup> Tra le varie proposte, si può ricordare il d.d.l. n. 2548, recante “Disposizione in materia di parità di trattamento delle persone che sono state affette da patologie oncologiche”; per una ricostruzione delle iniziative presentate, v. S. GIMIGLIANO, *In attesa del diritto all'oblio oncologico, strumento di riservatezza ed uguaglianza. Brevi osservazioni sui progetti di legge presentati nella XVIII legislatura*, su [Forum di Quaderni costituzionali](#), 4/2022, 28 ss.

Stati e di porsi sulla scia di altri, che stanno procedendo in tal senso<sup>22</sup>. Le linee di fondo dell'iniziativa erano chiare, dal momento che si traeva ispirazione dai modelli esistenti in altri Paesi, in particolare dalla Francia, ritenuto un punto di riferimento anche per la futura legislazione europea<sup>23</sup>; nel contempo, si volevano estendere le previsioni anche alle procedure di adozioni, come disciplinate dalla l. 184 del 1983<sup>24</sup>, intervenendo così su profili che avevano fatto sorgere più di qualche perplessità in sede applicativa<sup>25</sup>.

Il 21 marzo 2023, il CNEL ha approvato l'atto di iniziativa legislativa recante "*Tutela del diritto all'oblio delle persone guarite da patologie oncologiche*". Si tratta di un testo molto breve (5 articoli), che mira in modo specifico "a rimuovere gli ostacoli che limitano la libertà e l'uguaglianza delle persone guarite da patologie oncologiche nell'esercizio dei diritti" (art.1).

La normativa interessa le informazioni relative a patologie tumorali pregresse, decorsi 10 anni (in assenza di recidive o ricadute) o 5, se la malattia è insorta prima del ventunesimo anno.

Il divieto riguarda le certificazioni necessarie per l'accesso al lavoro (art. 2), ai servizi bancari, finanziari e assicurativi (art. 3), nonché le indagini riguardanti la salute dei richiedenti l'adozione (l. n. 184 del 1983).

Il meccanismo ricalca quello presente in altri Stati, dove, oltre alla specificazione di un termine, si rinvia ad un decreto del Ministro della salute in merito all'individuazione delle patologie per le quali si applicano scadenze differenti (art. 3, comma 3), da aggiornare ogni due anni (art.3, comma 4).

Inoltre, spetterà al Comitato interministeriale per il credito e il risparmio e all'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni il compito di attuare, con proprie deliberazioni, le previsioni normative (art. 3, comma 5).

La nota positiva è l'individuazione del Garante della privacy quale autorità competente a vigilare sull'applicazione della legge (art. 5) e la sanzione della nullità delle clausole dei contratti bancari, finanziari e assicurativi, stipulati successivamente all'entrata in vigore della legge, posti in violazione della normativa introdotta.

Due profili vanno evidenziati. Il primo riguarda le modifiche apportate in materia di adozioni; la norma (art. 4), infatti, prevede che, a differenza della disciplina degli altri articoli, il decorso del tempo rileva "fatte salve esigenze di tutela del minore supportate da incontrovertibili evidenze scientifiche evidenziate con decreto motivato dell'Autorità garante per le adozioni". In ragione della delicatezza della materia, si è voluto evitare ogni automatismo, come avviene in altri campi, valorizzando in particolare un comportamento responsabile volto a valutare, sulla base di risultati scientifici, la peculiarità del tumore, agendo così esclusivamente nell'interesse del minore<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Come ricordato da M. LAWLER, F. MEUNIER, *Don't make cancer survivors pay twice – the right for them to be "forgotten" should be law everywhere*, su [BMJ](#) 2022, vol. 378, con specifico riferimento alla campagna di sensibilizzazione in corso in Irlanda.

In Spagna invece il Capo del Governo ha garantito l'avvio dell'iter per la modifica del Regio Decreto Legislativo 1/2007, recante il testo consolidato della "*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*"; al riguardo, v. J. MARCOS, P. LINDE, *El Gobierno garantizará a partir de junio el derecho al olvido oncológico*, su [El País](#), 13 maggio 2023. Sulla proposta di legge, v. Il [Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados](#), XIV Legislatura, Serie D, General, 19 de mayo de 2023, num. 625, 29.

<sup>23</sup> C. BAUER-BABEF, *Cancer: en Europe, seuls cinq pays ont instauré le droit à l'oubli*, su [Euractiv](#), 11 luglio 2022.

<sup>24</sup> In particolare, si introduceva all'articolo 22, comma 4, dopo il primo periodo, il seguente: «le indagini relative allo stato di salute non possono avere ad oggetto una patologia oncologica progressiva quando siano trascorsi dieci anni dal trattamento attivo in assenza di recidive o ricadute della malattia, ovvero cinque anni se la patologia è insorta prima del ventunesimo anno di età, fatti salvi i diversi termini e requisiti terapeutici eventualmente stabiliti per specifiche patologie con decreto del Ministro della salute».

<sup>25</sup> Le critiche riguardavano la prassi affermatasi nei Tribunale, in assenza di qualsiasi previsione normativa, che richiedeva il decorso di almeno cinque anni dalla remissione della malattia, senza recidiva; a riguardo, E. VETTORI, *Torino, il tribunale le nega l'adozione perché ha un tumore*, in [la Repubblica](#) (Torino), 29 giugno 2016; T. MORICONI, *Tumori e adozioni: chi ha posto il limite dei cinque anni?*, in [la Repubblica](#) (salute), 1° luglio 2016;

<sup>26</sup> In tal senso si è espresso il Garante per l'infanzia e l'adolescenza nell'audizione svolta dal CNEL ([Oblio oncologico. Autorità garante infanzia: "Segno di civiltà, ma cautela nei casi di adozione"](#)).

La nota negativa è invece la mancanza di un organo di confronto che era invece presente nei disegni di legge presentati nella passata legislatura. Ad esempio, il d.d.l. 2548 prevedeva all'art. 4 l'istituzione di un "Consulta per la parità di trattamento delle persone che sono affette da patologie oncologiche", composta da rappresentanti delle autorità di vigilanza sui servizi bancari e assicurativi, ma anche da persone "di comprovata esperienza nelle materie oggetto della legge, con particolare riferimento alle patologie oncologiche".

Tale carenza è in parte recuperata dalla possibilità prevista in via generale dall'art. 2-quater del d.lgs. 196 del 2003<sup>27</sup> di adottare regole deontologiche per il trattamento dei dati sanitari. La possibilità di creare regole condivise in ragione del procedimento e del conseguente contenuto rappresenta sicuramente un modo di disciplinare questo peculiare campo e di creare vincoli giuridici elaborati anche dai diretti interessati, rafforzando così il senso di responsabilità in capo ai principali attori.

### 5. Per concludere: alcuni dati e possibili prospettive

È stato evidenziato che, nei Paesi occidentali, il numero di persone che sopravvivono ad una diagnosi di cancro aumenta di circa il 3 % l'anno<sup>28</sup>. Ciò dimostra che un elevato numero di individui può tornare ad avere una vita normale, con gli stessi diritti e le stesse possibilità riconosciute agli altri cittadini.

Il problema si pone, in particolare, per l'accesso al credito e ai servizi assicurativi, per i quali il bilanciamento tra diritti porta necessariamente a considerare prevalente il diritto ad essere se stessi in campo medico, introducendo un limite alla possibilità che dati sanitari passati possano ancora influenzare la vita attuale di un individuo.

Il dato sanitario, alla luce del progresso della medicina, si interseca con le scelte politiche e gli interventi legislativi sul tema. Il fine è quello di salvaguardare i c.d. *cancer survivors*, sia perché non devono sentirsi persone svantaggiate, sia perché per la loro tutela è necessario porre in essere politiche volte ad implementare l'inclusività e contro ogni forma di discriminazione<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Secondo il cui tenore "1. Il Garante promuove, nell'osservanza del principio di rappresentatività e tenendo conto delle raccomandazioni del Consiglio d'Europa sul trattamento dei dati personali, l'adozione di regole deontologiche per i trattamenti previsti dalle disposizioni di cui agli articoli 6, paragrafo 1, lettere c) ed e), 9, paragrafo 4, e al capo IX del Regolamento, ne verifica la conformità alle disposizioni vigenti, anche attraverso l'esame di osservazioni di soggetti interessati e contribuisce a garantirne la diffusione e il rispetto.

2. Lo schema di regole deontologiche è sottoposto a consultazione pubblica per almeno sessanta giorni.

3. Conclusa la fase delle consultazioni, le regole deontologiche sono approvate dal Garante ai sensi dell'articolo 154-bis, comma 1, lettera b), pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e, con decreto del Ministro della giustizia, sono riportate nell'allegato A del presente codice.

4. Il rispetto delle disposizioni contenute nelle regole deontologiche di cui al comma 1 costituisce condizione essenziale per la liceità e la correttezza del trattamento dei dati personali"

Per un commento alla disciplina, con particolare riferimento a tali tipologie di fonti, R. BIFULCO, *Codici di condotta e regole deontologiche, dopo il decreto 101/2018 (GDPR)*, in *Liber amicorum Guido Alpa*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Milano-Padova, 2019, 169 ss.

Secondo l'art. 9, par. 4, del Reg. UE 2016/679, "Gli Stati membri possono mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni, con riguardo al trattamento di dati genetici, dati biometrici o dati relativi alla salute".

La circostanza che si tratti di dati sanitari è confermata anche dall'art. 1 dell'iniziativa del Cnel per cui "La presente legge è finalizzata a rimuovere gli ostacoli che limitano la libertà e l'uguaglianza delle persone guarite da patologie oncologiche nell'esercizio dei diritti, in attuazione degli articoli 2, 3 e 32 della Costituzione, degli articoli 7, 8, 21, 35 e 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dell'articolo 8, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e conformemente al Piano europeo contro il cancro di cui alla Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio COM(2021) 44 final)".

<sup>28</sup> L. DEL MASO et al., *Cancer cure for 32 cancer types: results from the EUROCARE-5 study*, in *International Journal of Epidemiology*, vol. 49, n. 5, 2020, 1517; per i dati in crescita riguardanti gli Stati Uniti d'America, K.D. MILLER et al., *Cancer treatment and survivorship statistics, 2022*, in *CA Cancer Journal for Clinicians*, n. 72, vol. 5, 2022, 409 ss.

<sup>29</sup> In tal senso, F. DE LORENZO, K. APOSTOLIDIS, F. FLORINDI, L.E. MAKAROFF, *Improving European policy to support cancer survivors*, in *Journal of Cancer Policy*, vol. 15, Part B, 2018, 72 ss.

In quest'ottica, il ruolo di volano non potrà che essere svolto dall'Unione europea, cui spetterà il compito di sollecitare l'individuazione di una disciplina uniforme e di pratiche condivise.

La questione non sta passando inosservata e viene progressivamente portata all'attenzione di tutti i Paesi e dell'U.E.; quest'ultima nel "Piano europeo di lotta contro il cancro", su proposta olandese<sup>30</sup>, ha sottolineato la necessità di garantire per i sopravvissuti al cancro un trattamento più equo, soprattutto per ciò che riguarda i servizi finanziari<sup>31</sup>.

Inoltre, con la risoluzione del 16 febbraio 2022 (2020/2267(INI)), il Parlamento europeo ha chiesto che – entro il 2025 – tutti gli Stati membri garantiscano il diritto all'oblio oncologico agli ex pazienti dopo dieci anni dalla fine del trattamento (tale termine è ridotto a cinque anni per i pazienti minori d'età)<sup>32</sup>. Ma soprattutto si chiede "l'introduzione di norme comuni per il diritto all'oblio nel quadro delle pertinenti disposizioni sulla protezione dei consumatori del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, al fine di superare la frammentazione delle pratiche nazionali nel campo della valutazione del merito di credito e garantire la parità di accesso al credito per i sopravvissuti al cancro; chiede che il diritto all'oblio per i sopravvissuti al cancro sia incluso nella pertinente legislazione UE al fine di prevenire la discriminazione e migliorare l'accesso dei sopravvissuti al cancro ai servizi finanziari". In tal modo, oltre alla disciplina generale in precedenza richiamata, verrebbe elaborata anche una normativa speciale, in grado di regolamentare in modo analitico il delicato campo dei diritti dei *cancer survivors*.

Questa è allora la *road map* da seguire, ossia la necessità di promuovere l'armonizzazione delle legislazioni tra gli Stati membri<sup>33</sup> in modo efficace e, soprattutto, rapida. È questo, forse, il limite che tuttora si riscontra, la mancanza di un intervento celere da parte dell'Unione europea, volto a riconoscere definitivamente un diritto che, a ragione, può essere considerato come fondamentale per il cittadino e che richiede una più attenta considerazione, sia a livello europeo che statale, in ragione della delicatezza del tema e dei soggetti direttamente coinvolti.

---

<sup>30</sup> Come emerge dal [dossier n. 21501-31 n. 642](#) della Camera dei Rappresentanti degli Stati Generali.

<sup>31</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio – Piano europeo di lotta contro il cancro, COM (2021) 44 final, del 3 febbraio 2022; tale rilievo era emerso già nel Documento di lavoro dei servizi della Commissione, Consultazione dei portatori di interessi – Relazione riepilogativa (di accompagnamento della Comunicazione della Commissione sopra richiamata), SWD (2021) 13 final, in cui gli Stati hanno sottolineato come sia prioritario nelle politiche UE «"la qualità della vita dei sopravvissuti" e la "protezione sociale" (che affronta questioni quali il "diritto all'oblio" e la protezione dei sopravvissuti dalla discriminazione finanziaria)».

<sup>32</sup> *Rafforzare l'Europa nella lotta contro il cancro*, Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2022 su rafforzare l'Europa nella lotta contro il cancro – Verso una strategia globale e coordinata (2020/2267(INI)).

<sup>33</sup> G. SCOCCA, F. MEUNIER, *Towards an EU legislation on the right to be forgotten to access to financial services for cancer survivors*, in [European Journal of Cancer](#), vol. n. 162, 133 ss.

**Mario Bertolissi**  
**Testi normativi e contesti istituzionali**  
*cose vere e meno vere a proposito dell'autonomia differenziata\**

**ABSTRACT:** *Article 116, 3 sec., of the Italian Constitution has been designed to enable regions, disadvantaged by their geographical location, to eliminate or at least mitigate existing disadvantages in relation to neighboring regions. In this situation, there is only one Region: Veneto, which requested more autonomy, using the constitutional novel of 2001. It happened, however, that almost all the regions were activated, causing chaos, which generated, among the publicist's researchers, an impressive number of abstract elaborations. However, this contrasts with an indisputable premise: autonomy cannot be for everyone, but only for those who are culturally and psychologically autonomous. The Calderoli bill goes along those lines.*

SOMMARIO: 1. Il Veneto, innanzi tutto. – 2. Il vaglio della Corte costituzionale e il referendum regionale consultivo. – 3. Scenari improbabili. – 4. Il ddl n. 615 Calderoli e il relativo contesto normativo ed istituzionale.


### 1. *Il Veneto, innanzi tutto*

Ciò che mi propongo, in poche righe, è di sgombrare il campo di temi e problemi, che – a mio modo di vedere – nulla o quasi hanno a che fare con il *dettato dell'art. 116, 3° comma, Cost.*, se solo si ricordasse quale è stata la *ragione vera*, che lo ha determinato, e quali fossero le *finalità* – del tutto lineari – perseguite dal legislatore costituzionale del 2001. Che non sono quelle polemiche e strumentali, poi adombrate, una volta che le richieste regionali si sono estese, in nome della pura e semplice imitazione, a una molteplicità esorbitante di enti.

Vi è un'unica Regione, che può dirsi protagonista, a motivo del suo operato, della sua determinazione e delle sue aspirazioni. È un dato oggettivo, incontestabile, che riguarda la *Regione Veneto*. Questa, infatti, ha chiesto per sé l'autonomia speciale, prevista dall'originario art. 116, Cost., dal momento che era ed è gravemente condizionata dall'essere confinante con le Regioni Friuli-Venezia Giulia e Trentino-Alto Adige, che godono della specialità. Non a caso, il Comune di Sappada è già stato incorporato dal Friuli-Venezia Giulia; mentre una trentina di altri Comuni veneti vorrebbero migrare, a seconda della loro posizione geografica, verso nord-est o verso nord-ovest: a cominciare da Cortina d'Ampezzo. Non a caso, il parlamentare, al quale è legata la novella del 2001, è veneto. Trattasi di Gianclaudio Bressa, bellunese, destinato a divenire sottosegretario nel Governo Gentiloni, con delega alle autonomie, sottoscrittore della preintesa stipulata dallo Stato con Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto<sup>1</sup>.

### 2. *Il vaglio della Corte costituzionale e il referendum regionale consultivo*

---

\*  *Testo dell'audizione informale sul disegno di legge n. 615 (Calderoli), relativo all'attuazione dell'autonomia differenziata nelle Regioni a Statuto ordinario. Senato della Repubblica, Commissione Affari costituzionali, 23 maggio 2023.*

<sup>1</sup> È detto estesamente da AA.VV., *La Regione del Veneto. Il futuro estratto dai fatti 1970-2020*, a cura di M. Bertolissi, Venezia, 2020. A conferma del fatto, poi, che dell'argomento si può discutere, evitando di assumere atteggiamenti manichei, con toni equilibrati, ponendo in luce, senza reticenze, pro e contro di ogni soluzione istituzionale delineata, v., ad es., G. RIVOSCECHI, *Il regionalismo differenziato, un istituto della Repubblica delle autonomie: perché e come realizzarlo entro i limiti di sistema*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 4/2022, 833 ss.; ID., *Poteri, diritti e sistema finanziario (tra Stato e Regioni)*, in *Enc. dir., I tematici*, Milano, V-2023, 754 ss.; nonché G. TIEGHI, *Regionalismo 'Italian Style' nel prisma del Comparative Regionalism. Uno sguardo da (e per) l'esterno*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 31/2022, 129 ss.

Stando ai fatti e alla loro non equivoca cronologia, il Veneto fu costretto – dai Governi in carica – ad affrontare tre giudizi di legittimità costituzionale, il cui oggetto di contesa fu la previsione, che consentiva di attivare un referendum regionale consultivo, ritenuto dallo Stato non conforme a Costituzione. La Corte costituzionale si è pronunciata con tre sentenze: la [n. 470/1992](#) (red. Cheli), la [n. 496/2000](#) (red. Mezzanotte) e la [n. 118/2015](#) (red. Cartabia).

Qualche altra Regione aveva manifestato interesse per forme ulteriori di autonomia, ma senza alcun risultato e senza coltivare altre azioni. Sarebbe rimasta sulla carta, quale mera opzione ipotetica, se la Corte costituzionale, con la [sent. n. 118/2015](#), non avesse consentito la celebrazione di un referendum regionale consultivo, il cui quesito è stato ritenuto – da non pochi costituzionalisti e dalla vulgata – del tutto generico (ha detto qualcuno: è stato come chiedere a un figlio se vuol bene alla sua mamma). Senonché, costoro ignorano che il quesito è stato delineato dallo stesso Giudice costituzionale; che, ove si fossero indicate tutte o una serie limitata di materie, il quesito referendario sarebbe stato dichiarato inammissibile per carenza di omogeneità; che si sarebbero dovuti celebrare, quindi, 23 referendum. Il che mi consente di affermare – blandamente – che molti sembrano essere, sul piano strettamente giuridico, disinformati o male informati.

### 3. Scenari improbabili

Ed avventati, quando delineano scenari del tutto improbabili, fondati su una premessa mitica: se le 15 Regioni ordinarie chiedessero le 23 materie; se le Regioni più ricche trattenessero i tributi “riferibili”/“maturati” sul proprio territorio; se... Ecco, la prima fonte di equivoco sorge da quel “Se le 15 Regioni ordinarie”. Infatti, mi pare eccessivo – più precisamente ancora: privo di fondamento – ritenere che tutte pretendano e ottengano tutto. Dal momento che – come ho avuto occasione di precisare in altra circostanza – *l'autonomia viaggia in compagnia dell'autonomista*, che ne sente la necessità. O si è – psicologicamente, culturalmente e per tradizione – autonomisti oppure non lo si è, come accade (ce lo ha ricordato, ormai molto tempo fa, Augusto Barbera) al costituzionalista giacobino<sup>2</sup>. Dimodoché, a ben vedere, le Regioni veramente “interessate” – per dirla, al plurale, con l’art. 116, 3° comma, Cost. – sono, nell’ordine dell’intensità e della determinazione nella richiesta, il Veneto, la Lombardia e l’Emilia-Romagna. Le prime due hanno creduto di dover ricorrere al referendum consultivo conquistato dal Veneto, stabilendo un *quorum* di partecipazione (Veneto) oppure no (Lombardia); la terza di rivolgersi direttamente allo Stato, per il tramite del Consiglio e della Giunta. Nei primi due casi, lo Stato interloquisce con i corpi referendari regionali, attraverso la mediazione del Consiglio e della Giunta; nel terzo, il rapporto corre esclusivamente fra enti.

---

<sup>2</sup> A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in AA.VV., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, 1997, 8. Quanto alla matrice giacobina dell’espressione “una e indivisibile”, riferita alla Repubblica senza connessioni con le “autonomie locali”, da promuovere, v. G. BERTI, *Art. 5*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 277 ss. Fa venir meno ogni dubbio V. HUGO, *Il Novantatré*, Roma, 2004, 72, ove si dà conto dell’ordinanza del *Prieur de la Marne*, che esordisce con “La Repubblica una e indivisibile”. Si tratta solo di un cenno, ma è eloquente. A tal punto eloquente, da svelare un innato antiautonomismo in chi discetta – con l’aggravante di essere uno storico – a tutto campo in tema di regionalismo. Alludo a E. GALLI DELLA LOGGIA, *Le Regioni e il bilancio da fare*, in *Corriere della Sera*, 23 maggio 2023, 1 e 38, il quale prende per buone le parole e dall’effetto sonoro che su di lui producono trae conclusioni di carattere generale: valide per tutte le Regioni e per tutte le stagioni. Ovviamente, ignora che i ministeri non hanno voluto dimagrire; che l’autonomia finanziaria è stata negata; che c’è Regione e Regione. Inoltre, non deve aver mai riflettuto sul fatto che le espressioni all’emiliana, alla friulana, alla lombarda e alla veneta, ad esempio, non equivalgono al detto all’italiana. Quanto a quest’ultimo, v. G. BEZZOLA, *Introduzione* di A. MANZONI, *I Promessi Sposi*, Milano, 2006, 12-13, il quale chiarisce che l’espressione “all’italiana” equivale a “sciatteria, pressapochismo, trascuratezza, superficialità, retorica, cinismo, finta commozione, presunta furberia mascherante a malapena la mancanza di serietà, di intelligenza, di sensibilità vera”.



Tanto basta per inquadrare *diversamente*, rispetto a quel che di regola si fa, il tema all'ordine del giorno. Ed è sufficiente rendere palese – diritto costituzionale e prassi; se non, addirittura, diritto vivente alla mano – quel che a me appaiono vere e proprie forzature, che, oltretutto, evitano di ricordare che alla tutela della Costituzione provvedono, innanzi tutto, i giudici di ogni ordine e grado (essendo ormai il sindacato di costituzionalità diffuso, attraverso l'interpretazione conforme a Costituzione); nonché, in ultima e specifica istanza, il Giudice delle leggi.

#### 4. Il ddl n. 615 Calderoli e il relativo contesto normativo ed istituzionale

Che dire, a questo punto, di tante perplessità, rivolte, infine, nei confronti del ddl n. 615 Calderoli?

1) Esso si propone di dare una risposta, in primo luogo, alle Regioni, che hanno accompagnato la propria richiesta con un *referendum regionale consultivo*. Non è mancato chi ha creduto di dover qualificare il referendum (anche a motivo del quesito: ma ho detto poc'anzi che si è trattato di una imperdonabile svista) un rimedio pubblicitario, dall'esito scontato, irrilevante. Peccato che la Corte costituzionale, nella [sent. n. 496/2000](#), abbia attribuito a questo istituto di democrazia diretta la valenza dell'atto eversivo, portatore di un indirizzo politico tale, nel caso, per cui, ancorché consultivo, l'esito positivo del referendum avrebbe comunque condizionato le decisioni degli organi politici competenti: dello stesso Parlamento<sup>3</sup>.

2) Si è contestata la lacunosità dell'art. 116, 3° comma, Cost. – ma è un ritornello che coinvolge qualunque disposizione costituzionale – e si è ritenuto necessario il ricorso ad una *legge-quadro*: questo è stato l'assunto della gran parte dei giuspubblicisti, cui si sono via via adeguati i ministri Francesco Boccia, Mariastella Gelmini e Roberto Calderoli, a giochi ormai fatti.

Osservo, in proposito, che il testo dell'art. 116, 3° comma, Cost. non la prevede; che il legislatore costituente del 2001 aveva – del tutto ragionevolmente – pensato che “interessata” fosse soltanto qualche Regione: *in primis* – per non dire esclusivamente –, il Veneto e la Lombardia; che, dunque, si dovesse procedere nella logica lapalissiana dell'intesa concertata, evitando procedure complicate, di ostacolo al raggiungimento di un qualunque risultato. Poi, l'interesse – quanto sia vero, solo Dio lo sa – per imitazione, di cui si è spettatori. In ogni caso, l'accaduto è persino divertente: infatti, l'art. 117, 1° comma, Cost., nel testo originario, stabiliva l'obbligo di fissare, con legge dello Stato, detta legge-quadro, i “principi fondamentali” delle varie materie; l'art. 117, 3° comma, Cost., nel testo novellato del 2001, parla, pure esso, di “determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato”; tuttavia, nulla, salvo marginalità, è stato fatto. Mentre, nel silenzio della Costituzione, la si è voluta imporre: perché a una legge-quadro non si può mai rinunciare. Il che solleva almeno qualche dubbio circa le vere, sottostanti ragioni, che non siano semplicemente quelle di aspirare a una perfezione, che non è né di questo mondo, né a portata della Repubblica<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Istruttiva, non poco, la lettura di G. BOGNETTI, *Il commento*, in *Corr. giur.*, n. 1/2001, spec. 31, là dove nota che “La radice di questo atteggiamento negativo della Corte si trova in vecchie dottrine rimaste a lungo dominanti nella cultura politico-giuridica dell'Italia repubblicana, e l'eco delle quali è percepibile anche in taluna parola di questa sentenza”.

Quanto, poi, all'opinione draconiana della Corte e alla definizione di quale è la rilevanza politico-istituzionale anche di una consultazione referendaria sotto il profilo formale non vincolante, la medesima afferma come “l'iniziativa revisionale della Regione, pur formalmente ascrivibile al Consiglio regionale, appaia nella sostanza poco più che un involucro nel quale la volontà del corpo elettorale viene raccolta e orientata contro la Costituzione vigente, ponendone in discussione le stesse basi di consenso. Ed è appunto ciò che non può essere permesso al corpo elettorale regionale” (ivi, 27). Altro che inutile sondaggio di opinione! V., infatti, M. AINIS, *Con il referendum non c'è legge che tenga*, in *L'Espresso*, 16 luglio 2015, 33, nonché – soprattutto – M. DOGLIANI – F. CASSELLA, *La 'solitudine' del Parlamento nella decisione sulla forma dell'unità nazionale*, in *le Regioni*, n. 5/1993, 1304 ss.

<sup>4</sup> Non è ironia, ma senso della realtà. Al pari di quando non si vuole risolvere un problema, si nomina una commissione; così, quando si intende rinviare un adempimento alle calende greche, si fa una legge-quadro: che

3) E il *Parlamento*, è *decisore* o *spettatore*? Stando al dettato normativo, è la Costituzione, che affida al Parlamento il ruolo di decisore: a tal punto, oltretutto, che la legge di approvazione delle intese è rafforzata, perché quest'ultima deve avvenire “a maggioranza assoluta dei componenti”. Sicché, mi pare davvero incomprensibile l'accusa di marginalizzazione del ruolo delle Assemblee. Infatti, per un verso, il disegno di legge di approvazione delle intese deve essere preceduto dai pareri della Conferenza unificata e delle Camere; per altro verso, alla luce dei medesimi, il Governo predispone lo schema di intesa definitivo, “al termine di un ulteriore negoziato, ove necessario”, omettendo rituali passaggi alle Camere, ma assumendosi nel contempo la responsabilità ed il rischio di una bocciatura, in sede di approvazione della legge ad opera dei due rami del Parlamento.

Ciò impone al Governo e alla maggioranza, che lo sostiene, di tenere costantemente vivo il colloquio con chi è titolare, in via esclusiva ed assorbente, del voto; il quale, oltretutto, per la notevole sensibilità della materia, segue la logica dell'appartenenza geografica (Nord-Sud), piuttosto che quella della militanza partitica. Del resto, vi è un precedente illuminante. Nel corso dell'approvazione dei primi Statuti regionali, l'allora presidente della odierna Commissione, sen. prof. Alfonso Tesoro, mise in atto procedure definite “informali”, attraverso le quali ottenne il più remissivo degli adeguamenti ai propri *desiderata* da parte dei vari Consigli regionali: pena la non approvazione della bozza di Statuto deliberata ed inviata al Parlamento<sup>5</sup>.

Risolvere la procedura con un *sì* o con un *no* non equivale affatto a privare, il titolare del potere di approvare, del suo inespugnabile potere; equivale, invece, alla concentrazione della sostanza della politica in un atto puntuale, che ha come obiettivo pure quello di evitare l'ennesimo ostruzionismo. In proposito, la cronologia è fin troppo eloquente: addirittura, impietosa<sup>6</sup>.

4) Quanto ai *livelli essenziali delle prestazioni*, concernenti i diritti civili e sociali, che debbono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (lep), mi limito ad osservare che sono stati introdotti, a

equivale, per quanto mi riguarda, a un dialogo sui massimi sistemi, privo di concretezza (*la si potrà sempre derogare o abrogare, espressamente o per incompatibilità, con una fonte successiva di pari grado*). Mentre servono esperienza, precisione e determinazione, che si possono ritrovare nel confronto Stato-Regione, in sede di negoziato.

<sup>5</sup> F. BASSANINI – V. ONIDA, *Problemi di diritto regionale. I. Gli Statuti regionali di fronte al Parlamento. Rilievi critici su una vicenda parlamentare*, Milano, 1971.

<sup>6</sup> Se qualcuno dubita, legga il risalente saggio di M.S. GIANNINI, *Del lavare la testa all'asino*, in AA.VV., *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali*, a cura di A. Barbera e F. Bassanini, Bologna, 1978, 7 ss.

L'illustre giurista – già segretario del ministero per la Costituente – notò, sconcolato, a proposito della sua personale esperienza all'interno delle istituzioni, quando la riforma regionale appariva ai più un'occasione irripetibile per ammodernare la Repubblica: v., infatti, AA.VV., *Le Regioni per la riforma dello Stato. La legge 382 e l'attuazione dell'ordinamento regionale*, Bologna, 1976; notò, sconcolato, che “la discussione non vi è stata. Amministrazioni statali ed enti pubblici si chiusero nel silenzio, e solo cominciarono ad ordire trame all'interno delle burocrazie affinché fosse disattesa ogni proposta che ne toccasse le attribuzioni. Rimasero nelle loro fodere anche le numerose grancasse delle associazioni fra enti pubblici (...) le amministrazioni centrali e gli enti pubblici nazionali (...) non hanno abitudine al dialogo: sono ‘autorità’, nelle quali alterigia e pavidità si aggregano in varia misticanza”. Appartiene a questo genere di atteggiamenti l'infortunio, non casuale, di cui ha parlato la stampa in questi giorni: v., ad es., A. BASSI, *Autonomia ad alta tensione*, in *Il Messaggero*, 17 maggio 2023, 1, 4 e 5: in sintesi, “I tecnici del Senato pubblicano sul web il report: ‘Così la riforma aumenterà le disparità’. Poi la retromarcia: ‘È una bozza’”. Un rimedio peggiore del male.

Allo smemorato vale la pena di ricordare che, opponendosi sempre e comunque ad ogni novità, per il timore che qualcosa di tenebroso accada, si finisce per inabissarsi. È documentato, con precisione millimetrica, in una sequenza di studi ed atti, che non lasciano scampo: v., tra gli altri, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, trasmesso alle Camere dal ministro per la Funzione pubblica, Massimo Severo Giannini, il 16 novembre 1979; *Lo stato dell'amministrazione pubblica a vent'anni dal Rapporto Giannini*, rapporto introduttivo, dovuto al ministro per la Funzione pubblica, Angelo Piazza, del 16 novembre 1999; nonché, da ultimo, le *Dichiarazioni programmatiche* del Presidente del Consiglio dei ministri, on. Giorgia Meloni, presentate alla Camera dei deputati il 25 ottobre 2022, ove si invocano “meno burocrazia, regole chiare e certe, risposte celeri e trasparenti”, 8. È cambiato qualcosa da quando – correva l'anno 1916 – G. ABIGNENTE, *La riforma dell'amministrazione pubblica in Italia (questioni urgenti)*, Bari, 1916, VIII, auspicava “Un'Italia più forte, più consapevole, più sincera e, sopra tutto, più semplice”, e, XIII, temeva che “tali e tante saranno le cieche forze di resistenza le quali si svilupperanno per il mantenimento dello *statu quo ante*. Persino durante lo stato di guerra (...)”, che per noi contemporanei è Covid-19, l'enorme debito pubblico, la guerra russo-ucraina ed altro ancora?

livello costituzionale, dal 2001; che dei medesimi si è occupata la legge di delega sul federalismo fiscale n. 42/2009, attuata, relativamente ai livelli essenziali di assistenza sanitaria (lea), dal decreto legislativo n. 68/2011, cui vanno aggiunti i livelli essenziali di assistenza sociali (liveas). Il loro finanziamento è a carico della fiscalità generale (delle grandi imposte: a cominciare dall'irap), di cui dispone lo Stato. Il quale è titolare, altresì, del potere di determinare, fin nel più minuto dettaglio, l'area della fiscalità regionale, che si compone di tributi propri derivati, di compartecipazioni e addizionali e di tributi propri: questi ultimi, di scarsissima rilevanza quantitativa, come ha stabilito la Corte costituzionale con la [sent. n. 102/2008](#)<sup>7</sup>.

La relativa procedura di approvazione tiene conto – come potrebbe fare altrimenti? – del carattere accentuatamente tecnico della individuazione e determinazione dei lep, i quali non si prestano ad una discussione assembleare, caratterizzata da suggestioni irrazionali<sup>8</sup>. L'approvazione è previsto avvenga – *come per i lea* – con dpcm; i relativi schemi sono assoggettati al vaglio della Conferenza unificata e delle Camere; mentre il dpcm, a operazione conclusa, è adottato dal Presidente del Consiglio, “previa deliberazione del Consiglio dei ministri”: non, invece, come è accaduto durante la pandemia da Covid-19, *inaudita altera parte* (v. art. 3).

A prescindere dalle varie opzioni possibili, mi sembra che la soluzione prescelta non presti il fianco a censure di sorta. In ogni caso, eventuali forzature saranno sempre censurabili dinanzi ai giudici.

5) Certo, le *risorse finanziarie* rappresentano il punto dolente di ogni proposito riformatore, viste le condizioni, in cui versa – ormai da tempo memorabile – la finanza pubblica. Tuttavia, sono proprio i precedenti, che dovrebbero indurre a ritenere, quelle prescelte, vie addirittura obbligate, dal momento che il *potere di decidere* sul *come*, sul *quando* e sul *quanto* è rimesso allo Stato, tutt'al più alla luce di un principio residuale, declinato, il più delle volte, non a favore, ma contro le Regioni: alludo al principio di leale collaborazione (art. 120, 2° comma, Cost.), che qualcuno ha ridefinito – non senza ironia – di leale subordinazione.

Ogni “fuga” è preclusa dall'invarianza della spesa (art. 5). Dalla conservazione del criterio della spesa storica<sup>9</sup>, che tiene indenne lo Stato da operazioni di riassetto finanziario complesse, da concentrare ora nella determinazione dei lep, i quali hanno di mira il riequilibrio tra territori, in forza di una legislazione da tempo in vigore e mai seriamente attuata.

In buona sostanza, niente di nuovo sotto il sole, come è per l'istituto della Commissione paritetica (art. 7), che ha, come suo termine di riferimento, l'esperienza delle Regioni speciali. Oppure per la “compartecipazione al gettito di uno o più tributi erariali maturato nel territorio regionale”: ai sensi dell'art. 119, 2° comma, Cost., meglio precisato dall'attributo “maturato”, il

---

<sup>7</sup> La si può leggere in *Federalismo fiscale*, n. 2/2008, 251 ss., corredata dei commenti di L. ANTONINI, *Un passo avanti per l'autonomia impositiva mentre si avvia il federalismo fiscale*, ivi, 183 ss.; M. BARBERO, *Sull'imposta sarda di scalo la parola ai giudici*, ivi, 193 ss.; M. BERTOLISSI, “*Nomi*” e “*cose*” nella finanza territoriale, ivi, 200 ss.; C. BURATTI, *Ragioni e limiti dell'imposizione sui “non residenti”*, ivi, 207 ss.; S. PERAZZELLI, “*Tassa di lusso*”: dalla Corte costituzionale un esito scontato e un'apertura a sorpresa, ivi, 227 ss.

<sup>8</sup> Per un singolare precedente, v. il dibattito, svoltosi in Assemblea costituente, circa il numero e il relativo perimetro territoriale delle Regioni. In proposito, per tutti, E. ROTELLI, *L'avvento della Regione in Italia*, Milano, 1967, spec. 341 ss.

<sup>9</sup> Il relativo criterio è stato oggetto di ripetute contestazioni, dinanzi alla Corte costituzionale, proposte, senza successo, tra l'altro, dalla Regione Veneto. Ma, oggi, ci si lamenta del suo persistere, voluto, innanzi tutto, dal ministero dell'Economia e delle Finanze, per carenza di risorse disponibili.

Il criterio della spesa storica fu introdotto dall'allora ministro del Tesoro, Gaetano Stamatì, nel 1977, per consolidare il debito pubblico, quantitativamente assai elevato, accumulato dagli enti locali. Era previsto che la sua operatività fosse limitata nel tempo, ma accadde esattamente il contrario ed ora se ne perpetua l'applicazione, dal momento che – ci ricorda N. MACHIAVELLI, *Il Principe*, con un saggio introduttivo di V. Branca, Milano, 1994, 109 – “il che è comune difetto degli uomini, non fare conto, nella bonaccia, della tempesta”. Insomma, chi ha tempo non aspetti tempo: ce ne siamo accorti, per l'ennesima volta, in questi tempi di alluvioni e di dissesti idrogeologici, ai cui danni si dovrà porre rimedio *ex post*. Per ora, il regionalismo differenziato rimane ancora un *ex ante*: un'occasione per mettere ordine nell'articolazione territoriale delle istituzioni della Repubblica (art. 114 Cost.).

quale comporta che il territorio regionale rappresenti il luogo della produzione effettiva – non dell'imputazione formale – di un reddito. Una ragione specifica, che spiega, c'è sempre ed è riconducibile – se ci si può esprimere così – a un fatto della vita delle istituzioni, e non solo.

6) L'espressione *secessione dei ricchi*<sup>10</sup> ha finito per rappresentare, in sé e per sé, un argomento, che pretende di troncare ogni discussione sull'autonomia differenziata. Lo dicono i numeri. Lo afferma la Svimez, dilagante, accreditata di una larga reputazione. Ma davvero è credibile l'assunto? Che cosa valorizza e di che cosa si dimentica? Nell'anno, in cui ricorre il 150° anniversario della morte di Alessandro Manzoni, varrebbe la pena di ricordare una sua felicissima osservazione: “il buon senso c'era; ma se ne stava nascosto per paura del senso comune”<sup>11</sup>. Del buon senso si fa applicazione – ne dovrebbe fare applicazione chi discute in astratto dell'art. 116, 3° comma, Cost., senza mai volgere lo sguardo alla realtà, accontentandosi dei combinati disposti – quando si rileva – lo fa sempre lui: don Lisander – che “tutti i provvedimenti di questo mondo, per quanto siano gagliardi, non hanno virtù di diminuire il bisogno del cibo, né di far venir derrate fuor di stagione”<sup>12</sup>. Detto altrimenti, con riferimento agli episodi tragici del nostro tempo, le risorse non spese o spese malamente<sup>13</sup> lasciano tutto come è, senza arrecare alcun sollievo.

È per questa elementare ragione che non si può discutere di regionalismo limitandosi ai *testi normativi* e ai *numeri*: all'art. 116, 3° comma, Cost.; al Titolo V della Parte II e alla Parte I, senza considerare *l'esperienza del regionalismo nel suo complesso, per parti, per ciascuna Regione*. Perché il diritto è un “fenomeno sociale e conseguentemente la scienza giuridica” è “scienza sociologico-valutativa e non formale, scienza di problemi pratici e non di astratte sistemazioni

---

<sup>10</sup> Dovuta, come si sa, a Gianfranco Viesti, e fatta propria dalla Svimez, la quale sforna dati sistematicamente contraddetti dalla Cgia di Mestre. Chi ha ragione? Mi limito ad osservare che i *numeri* sono importanti; ma, più di essi, contano gli *accadimenti*, i quali sono determinati, in larghissima misura, dalle motivazioni, che spingono ad agire ed operare, in forza di collaudati usi e costumi. In ogni caso, v. S. BLAW, *Il più grande best seller di tutti i tempi (con questo titolo). Come difendersi da chi ci inganna con i numeri*, Milano, 2020. Riprendo due frammenti, collocati sul quarto di copertina. Il primo è di Albert Einstein: “Non tutto ciò che può essere contato conta, e non tutto ciò che conta può essere contato”. Il secondo è dell'autrice: “Il mio compito è mettere i numeri al loro posto. Non su un piedistallo, non nella spazzatura, ma dove devono stare: accanto alle parole”. Aggiungo, quanto alla capacità di elaborare previsioni attendibili, che sia la BCE, sia le Banche centrali degli Stati avevano ritenuto l'inflazione una fiammata di scarsa rilevanza economica, mentre la medesima ha raggiunto una dimensione percentuale a due cifre. È il caso di non dare per scontato ogni annuncio e di attenersi alla più seria e responsabile analisi dei fatti. Vale anche per la bozza uscita dalle teche senatoriali.

<sup>11</sup> A. MANZONI, *I Promessi Sposi*, cit., XXXII, 503.

<sup>12</sup> Ivi, XII, 205.

<sup>13</sup> Senza accreditare la notizia del vero, v. *Il disastro dei soldi mai spesi*, in [la Repubblica](#), 19 maggio 2023, 1, a tutta pagina. Si apprende che “Quasi 9 miliardi di euro stanziati nel 2018 per combattere il dissesto idrogeologico sono rimasti inutilizzati”. Ne scrive F. TONACCI, *Oltre 8 miliardi non spesi e task force mai nate. L'ambiente dimenticato*, ivi, 7, con queste parole, da non dimenticare, a futura memoria: “Più vecchia degli allarmi degli ambientalisti e dei geologi c'è solo l'attitudine, tutta italiana, di racimolare miliardi di euro dal bilancio pubblico senza poi essere in grado di spenderli. Nelle casse dello Stato ci sono 8,4 miliardi di euro dedicati alla mitigazione del rischio idrogeologico che potrebbero essere utilizzati subito, ora, per argini, invasi, casse di laminazione, canalizzazioni e quant'altro serva ai bacini idrici del Paese, ma che dal 2018 sono intonsi. Transitano da un capitolo di spesa all'altro, da quando il governo giallo-verde di Giuseppe Conte, appena insediatosi, decise di cancellare Italia Sicura, la struttura di missione diretta da Erasmo D'Angelis e voluta dall'allora premier Renzi. Il risultato è stata la paralisi per cinque anni: il Conte I e il Conte II, alla voce: ‘idee per salvare il territorio’, non hanno scritto niente di significativo, gli 11mila progetti catalogati e sistematizzati dalla struttura di missione (per realizzarli servono 33 miliardi di euro) sono rimasti un mesto elenco su un file *Excel*. I miliardi trovati razionalizzando risorse interne non sono stati spesi. Alla fine, il governo Draghi li ha messi nel Pnrr. E li giacciono”. Varrebbe la pena di rimeditare ogni soluzione volta all'accentramento o al riaccentramento di funzioni e di risorse, essendo, probabilmente, preferibile, ripensare lo Stato nella sua attività strategica non di gestore, ma di regista (il regista deve avere classe). V., da ultimo, F. TONACCI, *Miliardi mai spesi e scaricabarile. I piani anti-dissesto falliti in 12 anni*, ivi, 22 maggio 2023, 3. Si legge che “Ogni governo ha lanciato il suo progetto per mettere in sicurezza il territorio senza riuscirci”. Ogni governo, non le Regioni, le quali non si esclude abbiano loro specifiche responsabilità: senza dimenticare, peraltro, che la materia ambiente è affidata in via esclusiva allo Stato dall'art. 117, comma 2, Cost.

concettuali, scienza di risultati concreti e non di aprioristiche deduzioni, scienza – infine – di scelte creative e *quindi responsabili*, e non di automatiche conclusioni”<sup>14</sup>.

Se si assume questo elementare punto di vista, che considera non soltanto il *dover essere*, ma anche, in funzione condizionante, l'*essere*, non stupisce se un attento osservatore di quel che quotidianamente accade ha concluso che “Non sarà l'autonomia a far diventare l'Italia un Paese diviso e con profonde differenze tra Regione e Regione. Purtroppo, ci sono già due Italie: nella sanità, nella crescita, nell'occupazione”<sup>15</sup>.

A chi ragiona diversamente, vale la pena di ricordare che la varietà economica, sociale e culturale dei territori d'Italia aveva convinto gli Alleati, alla fine del secondo conflitto mondiale, a suggerire al Costituente scelte istituzionali prossime al federalismo<sup>16</sup>; che – avendo dinanzi a sé l'Italia intera e i relativi squilibri territoriali interni – nel 1961 si constatava la presenza di un Sud al Nord, con protagonista in negativo il Veneto<sup>17</sup>: situazione, questa, che sconsigliava l'uso del formalismo giuridico, fin da allora messo in mostra dalla Corte costituzionale<sup>18</sup>; che, quanto alle Regioni speciali, v'era una certa distanza tra Regione Sicilia e Trentino-Alto Adige<sup>19</sup>; che, con riguardo alla prima legislatura delle Regioni ordinarie 1970-1975, “le Regioni del centro-nord hanno (...) raggiunto livelli complessivamente più avanzati delle Regioni del centro-sud”<sup>20</sup>; che una radiografia delle condizioni del regionalismo, datata 1994, distingueva nettamente Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto da altre, quali la Campania (Giuseppe Galasso parlò di “Una tradizione politica scarsamente creativa”) e la Calabria (Piero Bevilacqua disse di un diffuso “potere clientelare”)<sup>21</sup>; che, ove si considerino le vicende relative alle ricostruzioni successive ad eventi tellurici, il Friuli terremotato del 1976 operò in modo esemplare<sup>22</sup>, mentre “I finanziamenti stanziati dal governo per l'Irpinia non furono, in proporzione ai danni, inferiori a quelli stanziati per il Friuli. Ma l'opera di ricostruzione diede risultati diversi e sembrò indicare, ancora una volta, una frattura tra Nord e Sud”<sup>23</sup>; mentre, nel 2008, l'allora Governatore della Banca d'Italia, Mario Draghi, sottolineava la circostanza – confermando, per l'ennesima volta, che le risorse economiche non bastano a risollevarlo un territorio – che “Sul ritardo del Mezzogiorno pesano la debolezza dell'amministrazione pubblica, l'insufficiente abitudine alla cooperazione e alla fiducia, un costume diffuso di noncuranza delle norme. Per il progresso della società meridionale l'intervento economico non è separabile dall'irrobustimento del capitale sociale”<sup>24</sup>.

<sup>14</sup> Così, magistralmente, M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, VII, il quale richiama un pensiero illuminante di K. Mannheim, che è il seguente: “ogni prospettiva è relativa ad una determinata situazione della società”. Ad es., a una determinata Regione e alla sua comunità.

<sup>15</sup> L. FONTANA, *Due Italie? Una realtà, non un pericolo futuro*, in *Corriere della Sera*, 25 febbraio 2019, 35.

<sup>16</sup> Come ricorda G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 2020, 391 ss.

<sup>17</sup> E. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Gli aspetti storici degli squilibri regionali*, in AA.VV., *Gli squilibri regionali e l'articolazione dell'intervento pubblico*, Atti del Convegno di studio svoltosi a Torino e a Saint Vincent dal 3 al 7 settembre 1961, Milano, 1962, 265.

<sup>18</sup> G. DE MARIA, *I motivi fondamentali della industrializzazione regionale*, in AA.VV., *Gli squilibri regionali e l'articolazione dell'intervento pubblico*, cit., 23 ss. Giovanni De Maria fu un economista eminente, chiamato a presiedere la Commissione economica istituita nel 1946 dal ministero per la Costituente.

<sup>19</sup> L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova, 1973: da questa prima edizione all'ultima del 1998.

<sup>20</sup> L. PALADIN, *Presentazione* di AA.VV., *La prima legislatura regionale 1970-1975*, Milano, 1976, 13.

<sup>21</sup> AA.VV., *Stato dell'Italia*, con una introduzione di P. Ginsborg, Milano, 1994, 114 ss.

<sup>22</sup> Me ne sono occupato, di recente, in [Di bessò, La Piccola Patria del Friuli in soccorso di una Repubblica spaesata](#), in questa [Rivista 2023/I](#), 176 ss.

<sup>23</sup> A. LEPRE, *Storia della prima Repubblica. L'Italia dal 1943 al 2003*, Bologna, 2004, 309.

<sup>24</sup> M. DRAGHI, *Considerazioni finali*, 31 maggio 2008, 11.

Il 3 dicembre 2008, in [Regioni.it](#), a proposito di “federalismo fiscale e Mezzogiorno”, l'allora Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, dichiarò: “Sono persuaso che se oggi non si dà il senso di una forte capacità di autocritica e di autoriflessione nel Mezzogiorno, poi la partita per far passare politiche corrispondenti alle esigenze del Sud diventa enormemente difficile”. Di tutto questo si tace; si sceglie di sorvolare, preferendo la dissertazione teorico- astratta e l'antilingua del burocratese giuridico (notava Italo Calvino). E si dimenticano taluni significativi commenti, di adesione a quel che allora disse il Capo dello Stato. V., ad es., P. CAPUA – R. FUCCILLO, *Imprenditori ed intellettuali con*

Forse, è il caso di dare un certo credito ad un meridionalista autorevole ed informato, il quale ha serenamente rilevato come “il problema fondamentale non sia più quello di dare soltanto corpo tecnico e finanziario ad una politica pubblica attraverso cui lo Stato, ‘soggetto generale di sviluppo’, tende a dislocare nel Sud vecchie e nuove possibilità di sviluppo industriale; ma è piuttosto quello di mobilitare tutti i soggetti economici e sociali presenti nel Sud a partecipare al processo di sviluppo”. Ed ha aggiunto: “*In questo senso il problema meridionalistico diventa sempre meno un problema economico e tecnico (anche di tecniche strumentali di intervento) e diventa sempre più un problema culturale, sociale e politico*”<sup>25</sup>.

Tanto basta a mettere in crisi gli assunti di larga parte della dottrina, che riduce problemi politico-istituzionali, di rilevanza economico-sociale, a mere combinazioni di disposti, dai quali vorrebbe estrarre la realtà. Mentre la realtà ne prescinde, dal momento che – d’accordo Leopardi con Orazio – le leggi, senza i costumi, non servono a nulla<sup>26</sup>. Sono puramente e semplicemente delle “proposizioni in aria”<sup>27</sup>, che niente risolvono e, semmai, aggravano lo stato delle cose. Il che conferma quanto è finora accaduto: per chiunque, vale la regola che i soldi servono, ma non sono tutto, come stanno dimostrando le vicende relative al Pnrr<sup>28</sup>. Infatti, “Non è l’economia che traina il sociale, ma il contrario; per fare sviluppo occorrono processi di autocoscienza e di autopropulsione collettiva, non interventi dall’alto: ho sempre tenuto a mente questi principi studiando il Mezzogiorno italiano”<sup>29</sup>.

7) A mio parere, quelle delineate da *osservatori e studiosi* nei confronti del ddl n. 615 – non diversamente da quanto prospettato nei confronti di precedenti disegni di legge-quadro – sono *censure, che non colgono nel segno*. La Costituzione può essere diversamente interpretata ed attuata, nel rispetto di un equilibrato bilanciamento tra valori e principi, previsti e tutelati dalla Legge fondamentale. *La soluzione prescelta non mortifica nessuno*: non i supremi organi dello Stato, competenti a disporre *ex art. 116, 3° comma, Cost.*; non gli enti territoriali e le relative comunità, che formano la Repubblica *ex art. 114 Cost.* Ove ciò accadesse, non mancano le *sedi giudiziali, cui rivolgersi*: a cominciare dalla Corte costituzionale, che hanno già preannunciato di voler adire Regioni in disaccordo con quella che eventualmente sarà la legge-quadro. E se di mezzo ci saranno atti giuridici di altra natura, non legislativi, il rimedio previsto dall’ordinamento è il conflitto di attribuzioni. Varrebbe la pena di essere più espliciti sul punto, aggiungendo che la facoltà di chiamare in causa un giudice non risulta mai compromessa, anche nella vigenza di un’intesa della durata di 10 anni, poiché è sempre possibile creare un incidente giuridico, da risolvere in sede processuale, attraverso una declaratoria di illegittimità costituzionale della fonte primaria oppure l’annullamento dell’atto pubblico assunto in altra forma.

*Non vi è nulla di irreparabile e di pietrificato da cui difendersi*. In gioco non sono 23 materie concesse, perché diverrà operativo un negoziato, che si estenderà ad esse, per una ragione molto semplice: come, prima di acquistare un abito, lo si indossa per prova; così, prima di acconsentire ad una richiesta o ad una rinuncia alle competenze ed alle connesse risorse, è indispensabile sapere di

---

*il Colle*: “*Così abbiamo perso il diritto di parola*”, in [la Repubblica](#), 3 dicembre 2008, 12, e, in particolare, questo pensiero del costituzionalista Massimo Villone: “Non riusciamo a dare al Paese la sensazione che in casa nostra le cose sono in ordine”. È agli atti e ci si deve porre una domanda: quali implicazioni istituzionali hanno questi rilievi, riferiti a fatti?

<sup>25</sup> G. DE RITA, *Il lungo Mezzogiorno*, Roma-Bari, 2020, 46. Il corsivo è mio.

<sup>26</sup> G. LEOPARDI, *Discorso sopra lo stato presente dei costumi degl’Italiani*, ora in *Poesie e Prose. II. Prose*, a cura di R. Damiani, Milano, 1988.

<sup>27</sup> A. MANZONI, *I Promessi Sposi*, cit., XII, 207.

<sup>28</sup> M. BERTOLISSI, *Riformare la pubblica amministrazione: acqùì està el busilis; Dios nos valga!* in [federalismi.it](#), 17 novembre 2021, nonché, infine, T. BOERI – R. PEROTTI, *Ecco perché il Pnrr è un fallimento annunciato*, in [la Repubblica](#), 21 maggio 2023, 1 e 34, la cui conclusione dovrebbe insegnare qualcosa: “Sempre per lo stesso motivo: troppi soldi, troppa pressione per spenderli a prescindere, troppo poco tempo”. Oppure, troppo tempo, senza controlli.

<sup>29</sup> G. DE RITA, *Il lungo mezzogiorno*, cit., in copertina.

che si tratta, discorrendo in concreto. Eppure, quante polemiche circa le pretese della Regione Veneto, che ha fatto suo – per traslato – il noto *Conoscere per deliberare* di Luigi Einaudi<sup>30</sup>.

In realtà, è convinzione di chi scrive che si temano le conseguenze correlate all'*autonomia*, che si possono riassumere con il termine *responsabilità*<sup>31</sup>. Certo, c'è chi vuole più Stato<sup>32</sup> e la Corte costituzionale ha convenuto, quanto alla Regione Calabria, per poter risollevare le condizioni in cui versa la sanità<sup>33</sup>. Tuttavia, è ragionevole riconoscere ad altri la facoltà di chiedere ciò che la Costituzione consente, dal momento che lo Stato è già presente sul proprio territorio ed è apprezzato per quel che fa. Si tratta di una conseguenza, per così dire, naturale e scontata, riflesso di una storia particolare, sperimentata in luoghi, in cui un padre dell'unità nazionale – Alessandro Manzoni, sempre lui – ha ravvisato essere ispirati al culto della libertà: sta in quel “Terra di san Marco”, “Viva san Marco”, che aveva ben poco a che fare – come osservano i commentatori – con le pratiche spagnolesche<sup>34</sup>.

Il più accondiscendente obietta: ma l'autonomia differenziata potrebbe aggravare ulteriormente il divario Nord-Sud. Potrebbe, ma non è certo. Si sostiene, poi, che nessuno deve rimanere indietro. Ma Altan, con un fulminante inciso, riferito a questa o ad analoghe espressioni, ha con perfidia notato: “Stiamo fermi, così non lasceremo indietro nessuno”<sup>35</sup>. Ogni cambiamento è a rischio, al pari di ogni inerzia. La quale, tuttavia, sta sommando inconcludenze, che non riescono ad attenuare la progressiva demolizione dello Stato sociale. Significa che l'unico sbocco sarà il fallimento. Si tratta, allora, di utilizzare l'art. 116, 3° comma, Cost., per realizzare quel che si doveva fare e non si è fatto: a cominciare dai lep, per finire con i costi e con i fabbisogni standard. In caso di arresto del procedimento di approvazione della legge-quadro o di una sua mancata approvazione, è da credere che tutto rimarrà come è. Rimarrà la spesa storica e, con essa, si farà applicazione del criterio dei tagli lineari. Sul Mezzogiorno calerà il silenzio.

Sarà opportuno ricordare, invece – sono parole di Niccolò Machiavelli, rese in italiano moderno –, che “Tutte le scelte, anzi, sono sempre insicure, perché l'ordine delle cose è fatto in modo tale che non si può mai cercar di evitare un inconveniente senza incontrarne un altro. La prudenza consiste nel saper riconoscere le qualità degli inconvenienti, e considerar buono il meno cattivo”<sup>36</sup>. E per chi rifugge dal binomio autonomia-responsabilità, vale sempre questo amaro pensiero di Guido Gonella: “Gli uomini spesso preferiscono il benessere della servitù agli incomodi della libertà; preferiscono la loro servile prosperità e tranquillità materiale alla lotta per la libertà”<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> L. EINAUDI, *Prediche inutili*, con una nota introduttiva di L. Valiani, Torino, 1974, 3 ss.

<sup>31</sup> M. BERTOLISSI, *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, Napoli, 2015.

<sup>32</sup> R. NAPOLETANO, *Abbiamo fame di Stato*, in [il Quotidiano del Sud](#), 21 maggio 2023, 1.

<sup>33</sup> [Corte cost., sent. n. 168/2021](#).

<sup>34</sup> A. MANZONI, *I Promessi Sposi*, cit., XVII, 279 e 280.

<sup>35</sup> In [la Repubblica](#), 4 luglio 2021, 1.

<sup>36</sup> N. MACHIAVELLI, *Il Principe*, versione in italiano moderno, con introduzione e note di P. Melograni, Milano, 1996, 105.

<sup>37</sup> G. GONELLA, *Il discorso delle 27 libertà*, commentato da M. Bertolissi e F. Gentile, Verona, 2003, 20. Se non si percepiscono i nessi con ciò, di cui qui si discorre, è grave.

Se qualcuno mi chiedesse, per pura e semplice curiosità, come vorrei fosse strutturata la Repubblica dal punto di vista della forma di Stato e della forma di governo, gli confiderei che è mio desiderio che lo Stato e i suoi organi supremi fossero dotati di poteri certi e forti, bilanciati da poteri altrettanto forti e determinati, intestati agli enti territoriali e, in primo luogo, alle Regioni. Come ho già accennato, regia da un lato; capacità di governo e di gestione dei relativi interessi frazionati, dall'altro. D'altra parte, è quel che si ricava dalla osservazione di altre esperienze: a cominciare da quelle della Repubblica federale tedesca e della Svizzera, per non dire di quelle australiana e canadese. Quella italiana è stata, sempre, una soluzione di compromesso, che ha il solenne difetto di massimizzare gli svantaggi del potere centrale e del potere locale. È accaduto in nome delle più elevate intenzioni, concepite da quelli che L. EINAUDI, *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, ora in *Scritti economici, storici e civili*, a cura di R. Romano, Milano, 1983, 5, definisce *dottrinari*, a proposito dei quali ne denuncia “la mania riformatrice (...) che, andando in cerca della giustizia e non contenti della giustizia semplice grossa, che è la sola concretamente possibile, vogliono la giustizia perfetta, che è complicata e distrugge dieci per incassare uno”.

**Antonio Ruggeri**  
**Verità religiose e verità costituzionali a confronto:**  
**il profondo significato per la teoria giuridica di talune sostanziali convergenze\***


*Cresciuti alla scuola del dubbio  
in cui è progredito il pensiero occidentale,  
in un percorso che da Cartesio muove fino a Gadamer,  
abbiamo forse colpevolmente dimenticato  
la possibilità della verità*

(F. Modugno\*\*)

**ABSTRACT:** *The paper highlights the features of convergence and sometimes real identity that are found between some truths of faith and some incontrovertible constitutional truths, starting from the one that sees in the human person a "metavalue", thus examining the corollaries that from it linearly descend. Particular attention is paid to the value of peace, understood in a broad sense, that is to say for the importance it assumes on the level of the relationship of the person with himself and with his fellow men, even before that of international relations. The study concludes with an examination of the deadly theoretical question relating to how to reconcile the conceptual and juridical specificity of each fundamental value with the vocation of all to structurally integrate each other.*

SOMMARIO: 1. I valori fondamentali in circolo, ovverosia l'impossibilità di definire ciascuno di essi senza evocare in campo gli altri. – 2. A proposito di alcune verità assolute ed incontrovertibili che si rinvergono sia nell'ordine religioso che in quello costituzionale (in ispecie, la persona come "metavalore" e i suoi corollari). – 2.1. *Primo corollario:* l'impossibilità di far luogo a "gerarchie" tra le persone per l'aspetto della dignità. – 2.2. *Secondo corollario:* i diritti fondamentali quali *valori-fine* e, a un tempo, *valori-mezzo*, ciascuno di essi concorrendo alla salvaguardia ed all'affermazione degli altri e tutti assieme alla integra trasmissione dell'ordinamento nel tempo, all'insegna dei valori che ne sono a fondamento, primo su tutti quello democratico. – 2.3. *Terzo corollario:* il riconoscimento del diritto-dovere alla verità e il suo fare tutt'uno con il carattere democratico dell'ordinamento. – 2.4. *Quarto corollario:* l'impegno fatto ai *cives* ed ai *fideles* d'impegnarsi attivamente nella gestione della cosa pubblica quale espressione e garanzia allo stesso tempo della democraticità dell'ordinamento e testimonianza di servizio reso alla verità. – 2.5. *Quinto corollario:* la conversione e risoluzione dei diritti nel dovere di solidarietà, nel suo fare tutt'uno con quello di fedeltà alla Repubblica. – 3. Il valore della pace, il suo rilievo al piano dei rapporti della persona con se stessa e con gli altri, più e prima ancora che a quello delle relazioni internazionali, e la micidiale questione teorica a riguardo di come conciliare la specificità concettuale e giuridica di ciascun valore con la vocazione propria di tutti ad integrarsi strutturalmente a vicenda. – 4. *Segue:* l'esempio dei rapporti tra unità-indivisibilità dell'ordinamento e autonomia, nonché tra quest'ultima e i valori di libertà ed eguaglianza, e la conferma del carattere avvolgente e *quodammodo* onnicomprensivo del valore della pace.

---

\*  Avverto che l'ampiezza del campo materiale attraversato da questo studio avrebbe richiesto un apparato di note e di richiami di lett. ben più esteso di quello qui presente, a motivo del limitato spazio per esso disponibile.

\*\* *Diritto e valori*, in AA.VV., *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio. Omaggio dei giuristi a Sua Santità nel XXV anno di pontificato*, a cura di A. Loiodice e M. Vari, Bardi - Libreria Editrice Vaticana, Roma 2003, 32.



1. *I valori fondamentali in circolo, ovvero sia l'impossibilità di definire ciascuno di essi senza evocare in campo gli altri*

Mi è capitato più volte, già al tempo in cui facevo lezioni agli studenti e ancora oggi in occasione di relazioni a convegni, di trovarmi nella impossibilità di definire questo o quello dei valori fondamentali senza evocare in campo i restanti, senza cioè dover ricorrere ad altri nell'intento di rappresentarne, quanto più è possibile in modo adeguato, l'essenza.

Non per scarico di responsabilità, cui per onestà intellettuale e conoscendo i miei considerevoli limiti non potrei far luogo, ma per fermo convincimento maturato a seguito di una ormai lunga riflessione, mi viene da pensare che questo disagio sia, in realtà, comune a molti, forse a tutti, e che piuttosto evidenzi un tratto caratterizzante il modo di essere e di porsi di ciascun valore in rapporto con gli altri, un tratto che, a mia opinione, merita di essere fatto oggetto di accurato approfondimento.

L'obiettivo dello studio che ora si avvia (e che, peraltro, si pone in immediato e diretto svolgimento di un altro di recente venuto alla luce<sup>1</sup>) è di dar conto delle ragioni che lo giustificano.

È interessante notare che in una non dissimile condizione versano, a quanto pare, anche i cultori di discipline diverse da quelle giuridiche in genere, persino – come si evince dal titolo posto in testa alle notazioni che si vanno ora facendo – coloro che si occupano di un ordinamento, qual è quello della Chiesa, i cui connotati complessivi risultano profondamente diversi da quelli propri dello Stato o di altro ordinamento non ispirato a verità rivelate e ultraterrene.

Se ci si pensa, le convergenze tra siffatte verità e quelle esibite dalla Costituzione, in specie da una Costituzione di tradizioni liberal-democratiche<sup>2</sup>, sono numerose, significative, gravide d'implicazioni a largo raggio, a conti fatti coinvolgenti gli interi ordinamenti posti qui, in estrema sintesi, a raffronto. Riguardate le stesse dal punto di vista di ciascun ordinamento, parrebbe che quello della Chiesa sia *quodammodo* “liberale” (in realtà, *liberante*<sup>3</sup>) e quello dello Stato sia “cristiano”. La precedenza storica del magistero ecclesiale, in realtà, avvalora per la sua parte la nota indicazione crociana che porta naturalmente e linearmente quanti si identificano nei valori fondanti le liberal-democrazie a concludere nel senso di doversi comunque dire – piaccia o no – “cristiani”<sup>4</sup>. È pur vero, tuttavia, che l'affermazione e diffusione degli ordinamenti di stampo liberal-democratico non è rimasta indifferente per talune aggiornate e particolarmente accreditate riletture delle sacre scritture che sembrano, per vero, essersi ad essi (e, segnatamente, ai loro valori fondamentali) variamente ispirate<sup>5</sup>. Insomma, il flusso di suggestioni ed indicazioni non si è avuto

---

<sup>1</sup> *Costituzione e verità (prime notazioni)*, in questa *Rivista* 2023/II, 397 ss.

<sup>2</sup> Non torno qui a discutere dell'annosa questione riguardante l'utilizzo appropriato del termine “Costituzione”, se debba cioè restare circoscritto ai soli ordinamenti d'ispirazione liberale ovvero se possieda generale valenza, sì da appuntarsi anche in capo agli atti o fatti fondativi di ordinamenti autoritari o, come che sia, illiberali (su ciò, per tutti, A. SPADARO, in più studi, tra i quali princ. il *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994). Dal momento, però, che le notazioni che ora si svolgono rimangono circoscritte agli ordinamenti della prima specie (e, segnatamente, al nostro), la questione stessa può qui considerarsi ininfluenza, in quanto estranea all'oggetto ed alle finalità di questa trattazione.

<sup>3</sup> Ci rammenta la *Veritatis splendor*, 84 ss., facendo richiamo di Gal, 5, 1, che “Cristo ci ha liberati perché restassimo liberi”.

<sup>4</sup> Il riferimento è, ovviamente, al noto saggio di B. CROCE, *Perché non possiamo non dirci “cristiani”*, apparso in *La Critica* nel novembre del 1942 e per i tipi della Laterza di Bari nel 1943. Di segno opposto è il libro di P. ODIFREDDI, *Perché non possiamo essere cristiani (e meno che mai cattolici)*, Longanesi, Milano 2007.

<sup>5</sup> Un solo esempio per tutti (e con riserva di ulteriori approfondimenti a breve), con riguardo alla concezione dei pubblici poteri ed alla loro articolazione all'insegna del principio di divisione dei poteri stessi, qualificato dalla *Pacem in terris* come “rispondente ad esigenze insite nella stessa natura degli uomini” (41 s.), mentre ben diverso era – come si sa – il modo d'intendere l'esercizio della sovranità in epoche risalenti, specie al tempo in cui dominava l'assolutismo regio. Nella stessa enciclica, è altresì rilevata la necessità che il “il potere legislativo si muova nell'ambito dell'ordine morale e della norma costituzionale” (42). Già, però, in documenti anteriori (ad es., nella *Centesimus annus*) si rinviene una lucida e ferma difesa del modello liberal-democratico. Così, nella enciclica appena richiamata, è scritto che

(e non si ha) a senso unico, dovendosi riconoscere altresì il debito che il pensiero religioso ha nei riguardi di quello laico, ciascuno di essi dunque ricaricandosi e rigenerandosi senza sosta, oltre che per effetto di spinte originate al proprio interno, anche grazie al concorso offerto dall'altro.

2. *A proposito di alcune verità assolute ed incontrovertibili che si rinvergono sia nell'ordine religioso che in quello costituzionale (in specie, la persona come "metavalore" e i suoi corollari)*

Va preliminarmente osservato che tanto l'ordine religioso quanto quello non religioso poggiano su alcune verità dotate del tratto qualificante ed immediatamente espressivo dell'assolutezza e della incontrovertibilità<sup>6</sup>. Se ne ha eloquente testimonianza già per il modo con cui entrambi sono venuti a formazione, disvelando verità loro proprie e, appunto, indiscutibili, seppur aventi sembianze e natura profondamente diverse.

Le une sono, infatti, di origine trascendente, le altre terrene e tuttavia espressive di un potere – quello costituente – usualmente rappresentato come onnipotente, *normante ma non normato*, fondativo cioè *ex nihilo* di un ordine giuridico alla cui base si pone, sovrano<sup>7</sup>, un atto, la Costituzione, che in sé riassume ed emblematicamente rappresenta il processo storico-politico da cui origina e, con esso, la volontà di coloro che ne sono stati artefici di rottura rispetto all'ordine giuridico preesistente e di costruzione di un nuovo ordine nel segno della discontinuità costituzionale, specificamente apprezzabile alla luce dei valori fondamentali dai quali esso trae alimento e sostegno<sup>8</sup>.

Non è a caso, d'altronde, che – secondo opinione corrente<sup>9</sup> – le norme costituzionali che ai valori stessi danno la *prima, diretta e necessaria* specificazione-attuazione, i principi fondamentali, si considerano indisponibili per qualunque manifestazione giuridica di potere costituito, foss'anche la

“un'autentica democrazia è possibile solo in uno Stato di diritto e sulla base di una retta concezione della persona umana” (46). E ancora, pure *ivi*, “una democrazia senza valori si converte facilmente in un totalitarismo aperto oppure subdolo, come dimostra la storia”. Poco sotto (47), poi, si dice: “dopo il crollo del totalitarismo comunista e di molti altri regimi totalitari e ‘di sicurezza nazionale’, si assiste oggi al prevalere, non senza contrasti, dell'ideale democratico, unitamente ad una viva attenzione e preoccupazione per i diritti umani. Ma proprio per questo è necessario che i popoli che stanno riformando i loro ordinamenti diano alla democrazia un autentico e solido fondamento mediante l'esplicito riconoscimento di questi diritti”.

<sup>6</sup> Una mirabile sintesi del pensiero cristiano può vedersi nella *Veritatis splendor*.

<sup>7</sup> La nostra Carta, al pari di altre, individua – come si sa – nel popolo il sovrano; e, tuttavia, come si è fatto notare altrove, sovrano non è il soggetto designato come tale bensì l'autorità costituente oggettivata in un atto, la Costituzione appunto, che così lo riconosce e qualifica, dotandolo degli strumenti idonei all'esercizio della sovranità e fissando i limiti entro i quali le manifestazioni di questa sono tenute a mantenersi. Secondo una tesi finemente argomentata, la sovranità, per essere intesa a modo, richiede infatti di essere desoggettivizzata e può essere, dunque, colta nella sua essenza unicamente in prospettiva assiologico-oggettiva, appuntandosi sui valori fondamentali dell'ordinamento (G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005).

<sup>8</sup> Si è, per vero, argomentata da accreditati studiosi la tesi secondo cui quella di potere costituente sarebbe una nozione da considerare ormai storicamente “esaurita” (indicazioni in M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Editori Riuniti, Roma 1991, 8 s. e *passim*, e, dello stesso, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., spec. 136 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale*, in AA.VV., *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?* a cura di E. Rippepe e R. Romboli, Giappichelli, Torino 1995, 29; M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1/1995, 7 ss. e, più di recente, in prospettiva comparata, M. CALAMO SPECCHIA, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia “militante” all'autodifesa costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2021, 91 ss., spec. 109 ss.); la realtà, purtroppo, si è fatta carico di smentire ripetutamente questa irenica rappresentazione teorica che – come mi è venuto di dire altrove (v., spec., il mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Giappichelli, Torino 2009, 34 ss., spec. 39) – confonde personali e lodevoli desideri con accadimenti di cui si ha diffuso e non di rado particolarmente sofferto riscontro.

<sup>9</sup> Riferimenti in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019.

più elevata, quale si ha a mezzo di leggi di revisione costituzionale<sup>10</sup>, e possono pertanto essere travolte unicamente a mezzo di un nuovo fatto costituente, seppur talora abilmente camuffato e ammantato delle candide vesti degli atti di revisione o, addirittura, di quelli di attuazione costituzionale<sup>11</sup>.

Si faccia caso, dunque, all'assonanza: la negazione della verità religiosa è frutto della non fede; la negazione dei principi fondanti l'ordine costituzionale è essa pure il frutto di un atto di pura forza, foriero di discontinuità, con il quale si mette da canto una complessiva verità assiologicamente connotata e la si sostituisce con un'altra.

Restando, ad ogni buon conto, ora all'ordine costituzionale da noi ed altrove affermatosi a seguito della seconda grande guerra e della caduta dei regimi autoritari che se ne erano resi responsabili, vistose ed incontrovertibili sono alcune verità di cui si fanno portatrici le Carte costituzionali, tra le quali la nostra, venute alla luce all'indomani della fine del conflitto ed in dichiarata, ferma contestazione di tutto ciò che lo ha determinato e delle atrocità in esso commesse; e parimenti vistose – come si dirà a momenti – sono le convergenze rispetto al magistero della Chiesa. Non può, nondimeno, a mia opinione<sup>12</sup>, negarsi che, accanto alle verità in parola, se ne diano altre ancora *in progress* ed altre ancora, con ogni probabilità, destinate a restare permanentemente avvolte da una fitta coltre di nebbia, alimentando pertanto un parimenti fitto, mai finito e non di rado acceso dibattito in merito alla loro stessa essenza<sup>13</sup>. E, ancora una volta, non improprio è l'accostamento con talune verità di fede risultanti da passi delle sacre scritture che costituiscono oggetto di divergenze interpretative anche sensibilmente marcate tra gli esperti (in ispecie, i teologi).

Il *punctum crucis* in cui il pensiero religioso e quello laico, ad ogni buon conto, si incontrano e danno mutuo sostegno ed alimento è dato dal riconoscimento della persona come valore, anzi come "metavalore"<sup>14</sup>, espressivo di una verità assoluta, da cui direttamente e linearmente discende la salvaguardia della dignità della persona stessa che è oggetto di un diritto indisponibile e, al contempo, fondamento e giustificazione di ogni altro diritto costituzionale e, per ciò pure, di ogni

---

<sup>10</sup> In realtà, come si è tentato di mostrare altrove, i principi fondamentali non sono categoricamente intangibili ma si dispongono essi pure ad innovazioni di vario segno, sempre che si mantengano fedeli alla loro matrice originaria e, anzi, risultino a finalità espansiva [ragguagli, volendo, nel mio [I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva](#), in questa [Rivista 2022/II](#), 473 ss.].

<sup>11</sup> E, invero, non di rado il superamento dei limiti alle innovazioni costituzionali e, dunque, l'avvento di un nuovo potere costituente si rende manifesto non già al piano delle modifiche di forma costituzionale bensì a quello delle esperienze normative che si dispongono ai piani sottostanti ovvero, puramente e semplicemente, a quello dei meri fatti.

<sup>12</sup> Raguagli sul punto di cruciale rilievo, volendo, nel mio [Costituzione e verità \(prime notazioni\)](#), cit.

<sup>13</sup> In realtà, a riguardo del punto ora toccato dovrebbe farsi luogo ad alcune precisazioni che non possono però qui trovare posto. Ad es., sarebbe necessario tenere presente il ruolo giocato dalla veste istituzionale dell'interprete della Carta, se studioso puro ovvero operatore (in ispecie, giudice). L'uno, infatti, davanti ad un enunciato che gli appaia appannato o, diciamo pure, oscuro, potrebbe lasciare aperta la questione fatta oggetto di esame o anche confessare, con onestà d'intelletto, di non saperla risolvere; il che vale come ammettere che si diano verità ancora non chiarite, forse destinate a restare a tempo indefinito tali. L'altro, di contro, è obbligato ad enunciare una verità, quale che sia, imputandola ovviamente alla Carta costituzionale e, in genere, ad ogni documento normativo preso in esame. L'interpretazione del giudice, in particolare, non può mai chiudersi con un insuccesso; lo sarà, in taluni casi, per la giustizia in senso sostanziale, sovente tuttavia destinata a restare insondabile, non pure per la verità processuale. È pur vero, però, che lo stesso giudicato può – come si sa – costituire oggetto, nei casi al riguardo stabiliti, di revisione ovvero di superamento da parte di altro giudicato (così, ad es., al piano dei rapporti tra le esperienze processuali maturate in ambito interno e quelle che vengono a formazione presso le Corti europee).

<sup>14</sup> Così, F. MODUGNO, nello scritto sopra richiamato, 29. Sul primato della persona ha giustamente (e da tempo) insistito, con varietà di accenti, la più avvertita dottrina [v., ancora da ultimo, V. BALDINI, *La Costituzione della persona e il costituzionalismo del mondo globale. Aspetti problematici di una tensione già esistente tra Costituzione della libertà ed esercizio del potere pubblico*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2023, 21 giugno 2023, 289 ss. Sul principio personalista, v., part., la densa riflessione di A. MORELLI, [Il principio personalista nell'era dei populismi](#), in questa [Rivista 2019/II](#), 359 ss.; se si vuole, può poi vedersi anche il mio [Il principio personalista e le sue proiezioni](#), in [federalismi.it](#) 17/2013].

dovere, nei limiti in cui l'uno e l'altro "tipo" di situazione soggettiva – per riprendere termini di uso corrente nei discorsi dei giuristi<sup>15</sup> – possano essere tenuti reciprocamente, nettamente distinti<sup>16</sup>. Anche dal punto di vista religioso è, peraltro, ripetutamente, fermamente ribadito il concetto secondo cui "gli uomini nell'agire seguano la loro iniziativa e godano di una libertà responsabile, non mossi da coercizione bensì guidati dalla coscienza del dovere"<sup>17</sup> e, segnatamente, dalla conoscenza della verità, la fonte inesauribile da cui trae luce e alimento la dignità della persona<sup>18</sup>.

È qui, anche in prospettiva laica, il punto fermo al quale la persona stessa si appoggia nel suo non di rado incerto e sofferto cammino, ciò che dà senso ed orientamento nelle piccole come nelle grandi scelte della vita. Non a caso, d'altronde, la dignità è stata qualificata quale valore "supercostituzionale" o – come pure, in un non dissimile ordine d'idee, si è detto da un'autorevole dottrina – l'"assoluto costituzionale", la "bilancia" su cui si dispongono i beni della vita in vista della loro mutua ponderazione in ragione dei casi<sup>19</sup>.

Di qui, poi, una serie di corollari di primario rilievo sui quali ora non indugio, limitandomi solo a farne menzione e rimandando ad altri luoghi per maggiori ragguagli e i necessari, ulteriori approfondimenti.

### 2.1. Primo corollario: *l'impossibilità di far luogo a "gerarchie" tra le persone per l'aspetto della dignità*

A riguardo del primo corollario, si legge nella *Pacem in terris*, cui qui si presta specifica attenzione per le non comuni qualità di chiarezza e profondità di pensiero da essa disvelate, che "non ci sono esseri umani superiori per natura ed esseri umani inferiori per natura, ma tutti gli *esseri umani sono uguali per dignità naturale*"<sup>20</sup>. La dignità, insomma, non è, in alcun caso o modo, graduabile: è oppure semplicemente non è. E poiché la dignità implica il godimento di diritti inviolabili, che – come si è tentato di mostrare altrove – sono tali *in quanto* fondamentali<sup>21</sup>, se ne ha che il primo diritto è appunto quello di avere diritti<sup>22</sup> e, avendoli, di farli valere al massimo del loro rendimento possibile, alle condizioni oggettive di contesto e secondo le personali inclinazioni di

---

<sup>15</sup> Va, nondimeno, avvertito che la categoria teorica dello *status* – come ha, non molto tempo addietro, rilevato una sensibile dottrina (spec. C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e "status" della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2015, 7 ss.) – è da tempo in crisi.

<sup>16</sup> ... tanto più, poi, ad accedere all'ordine di idee, nel quale mi riconosco e nel quale, anzi, vado sempre di più radicandomi, secondo cui nella struttura dei diritti fondamentali è dato rinvenire una componente deontica, la cui consistenza peraltro si apprezza in varia misura in ragione dei contesti nei quali si fa questione della salvaguardia dei diritti stessi. La sottolineatura del ruolo giocato dai doveri, in ispecie da quelli di solidarietà, nelle dinamiche interpersonali è particolarmente debitrice – come si sa – della lezione mazziniana, a riguardo della quale, di recente e per tutti, i contributi al *forum* su *I doveri dell'uomo da Mazzini ad oggi: opinioni a confronto*, in [Giustizia Insieme](#), 7 aprile 2022.

<sup>17</sup> *Veritatis splendor*, 31, con richiamo alla *Dignitatis humanae*, 1.

<sup>18</sup> Ancora nella *Veritatis splendor* è la lapidaria, efficace affermazione secondo cui "è comunque sempre dalla verità che deriva la dignità della coscienza" (63).

<sup>19</sup> La prima qualifica è di A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in AA.VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini, Giappichelli, Torino 1992, 221 ss. e, già, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.; le restanti sono di G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, al [sito web](#) dell'AIC, 14 marzo 2008. V., inoltre, le ulteriori precisazioni che sono nel mio [La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti \(profili problematici e ricostruttivi\)](#), in questa [Rivista 2018/II](#), 392 ss. Praticamente sconfinata appare essere la letteratura che tratta della dignità della persona da angoli visuali diversi e per esigenze ricostruttive parimenti diverse [di recente, v. A. LAMBERTI, *Giustizia e misericordia: una sfida per il diritto costituzionale nel prisma della dignità della persona*, in [Nomos](#), 1/2023, spec. 15 ss.].

<sup>20</sup> (50; mia, ovviamente, la sottolineatura).

<sup>21</sup> L'invulnerabilità infatti è la conseguenza, necessaria ed indisponibile, della fundamentalità: facendo riferimento alla prima, la Carta ha, per ciò stesso, inteso dare riconoscimento della seconda, senza la quale l'una resterebbe priva di significato alcuno.

<sup>22</sup> Richiamo qui, con questo titolo, un noto studio monografico di S. RODOTÀ, edito da Laterza nel 2012.

ciascun individuo<sup>23</sup>. È solo così, d'altronde, che l'ordinamento può trasmettersi integro nel tempo, senza smarrire le sue proprietà identificanti ma, all'inverso, vedendole ulteriormente rimarcate e promosse<sup>24</sup>. E, invero, una delle cause non infrequenti della involuzione ordinamentale, vale a dire della degenerazione della identità costituzionale, quindi sopraffatta dall'avvento di un ordine autoritario e comunque illiberale, sta proprio nel fatto che, in una data congiuntura storico-politica, i diritti fondamentali (specie alcuni) non trovano il modo per affermarsi e farsi valere, determinandosi quindi l'impianto di pratiche imitative degeneri e viepiù diffuse in seno al corpo sociale che, radicandosi sempre di più, finiscono con il portare ad uno di quei fatti di discontinuità costituzionale cui si è dietro fatto parola, talora persino alla dissoluzione del gruppo sociale<sup>25</sup>.

2.2. Secondo corollario: *i diritti fondamentali quali valori-fine e, a un tempo, valori-mezzo, ciascuno di essi concorrendo alla salvaguardia ed all'affermazione degli altri e tutti assieme alla integra trasmissione dell'ordinamento nel tempo, all'insegna dei valori che ne sono a fondamento, primo su tutti quello democratico*

Il secondo corollario ha qui pure la radice da cui si tiene ed incessantemente alimenta.

Ciascun individuo non fa (o, meglio, non dovrebbe far) valere, infatti, i diritti fondamentali di cui, in quanto persona<sup>26</sup>, è dotato al fine del suo ottimale appagamento ma anche in vista della salvaguardia ed affermazione di ogni altro diritto e di tutti assieme, per se stesso e per gli altri componenti la comunità di appartenenza; allo stesso tempo, viene in tal modo reso un servizio necessario alla trasmissione della comunità stessa e dell'ordinamento nel tempo, consegnandosi alle generazioni a venire un patrimonio di valori non impoverito bensì, ove le condizioni oggettive lo consentano, ulteriormente potenziato ed arricchito.

Sarebbe un imperdonabile errore, frutto di un'autentica miopia teorico-ricostruttiva, circoscrivere o, diciamo pure, svilire il significato del riferimento alle generazioni future, ora finalmente presente dopo la novella del 2022 in uno dei principi fondamentali della Carta, al solo bisogno della salvaguardia dell'ambiente, comunque idonea ad irradiarsi per l'intero ordinamento<sup>27</sup>. Il rilievo

---

<sup>23</sup> Ancora nella *Pacem in terris* si mette in evidenza con cristallina chiarezza che il “dovere di far valere i diritti”, è avvertito dai singoli quale “esigenza ed espressione della loro dignità” (24).

<sup>24</sup> Sulla dimensione temporale delle esperienze giuridiche in genere e costituzionali in ispecie, mi piace qui fare, ancora una volta, richiamo di un noto scritto del mio indimenticabile Maestro: di T. MARTINES, v., dunque, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, III, Giuffrè, Milano 1978, 783 ss., nonché in ID., *Opere*, I, *Teoria generale*, Giuffrè, Milano 2000, 477 ss.

<sup>25</sup> Faceva notare, con il consueto acume e la profonda conoscenza della storia che gli erano proprie, N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Einaudi, Torino 1999, 433, che “i codici morali e giuridici vengono posti originariamente a salvaguardia del gruppo sociale nel suo insieme piuttosto che dei suoi singoli membri. La funzione originaria del precetto di non uccidere non è tanto quella di proteggere il singolo individuo quanto quella di impedire la disgregazione del gruppo”.

<sup>26</sup> Viene al riguardo in gioco la vessata questione relativa alla distinzione tra cittadini e non cittadini in ordine al godimento dei diritti fondamentali. Al di là dei peculiari problemi che si pongono in relazione ai diritti c.d. politici, dei quali nondimeno non può ora farsi parola, il *trend* che va ormai sempre di più affermandosi, da noi come altrove, è nel senso di non privare nessun essere umano delle condizioni essenziali ad una esistenza “libera e dignitosa”. È pur vero che seguitano a permanere gravi e penalizzanti discriminazioni, specie al piano dell'effettivo godimento in parola, anche in seno alla cerchia dei cittadini e che, dunque, assai lunga appare ad oggi essere la strada da compiere in vista del raggiungimento della meta della cancellazione senza “se” e senza “ma” di ogni fattore di disegualianza. Non ho alcun dubbio, però, che questa strada sia quella da percorrere senza esitazione o remora alcuna, se si ha a cuore il fine, per ambizioso e arduo che ne sia il raggiungimento, di edificare una società giusta, autentica liberale e democratica [cfr. ora, sul punto, C. PANZERA, *Titolarità dei diritti fondamentali e società democratica*, in questa *Rivista* 2023/II, 463 ss.].

<sup>27</sup> In tema, nella ormai copiosissima lett., v., di recente, M. BENVENUTI, *La revisione dell'articolo 41, commi 2 e 3, della Costituzione, i suoi destinatari e i suoi interpreti*, in *Rivista AIC*, 2/2023, 12 aprile 2023, 59 ss., e A. MOLFETTA, *L'interesse delle future generazioni oltre la riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, *ibid.*, 12 giugno 2023, 222 ss.

delle generazioni future è, infatti, insito nell'idea stessa di ordinamento e nella sua indeclinabile vocazione a durare nel tempo. Non avrebbe, d'altro canto, avuto (e non ha) alcun senso far parola nella Carta del dovere di fedeltà alla Repubblica ove non lo s'intendesse riferito, per un verso, all'intero patrimonio dei valori fondanti la Repubblica stessa e, per un altro verso, all'impegno da questa sancito della loro consegna alle generazioni a venire perché lo custodiscano e portino ulteriormente a frutto<sup>28</sup>.

È anche (e specificamente) per ciò che l'ordinamento costituzionale si connota come democratico e che il libro costituzionale, non per mero accidente, si apre con il riferimento al valore in parola. Solo gli ordinamenti autenticamente democratici<sup>29</sup> possono, infatti, ambire a durare nel tempo, a differenza degli ordinamenti di stampo autoritario e liberticidi che risultano dotati (e la storia recente ne dà eloquente testimonianza) di corto respiro. La qual cosa si deve al fatto che essi poggiano sull'esercizio della sovranità asservito alla menzogna, diversamente da ciò che si ha negli ordinamenti d'ispirazione liberale, nei quali – secondo la magistrale indicazione teorica poc'anzi richiamata – la sovranità, oggettivandosi, si appunta in capo ai valori fondamentali, in vista della loro ottimale affermazione al servizio della persona umana, della sua dignità, dei suoi diritti: in breve, della verità costituzionale *optimo iure* intesa e fatta valere.

### 2.3. Terzo corollario: il riconoscimento del diritto-dovere alla verità e il suo fare tutt'uno con il carattere democratico dell'ordinamento

Di qui poi il terzo corollario, che rimanda al riconoscimento del diritto alla verità, cui fa da *pendant* il relativo dovere (che – come si è veduto<sup>30</sup> – è, anzi, parte integrante e particolarmente qualificante del primo), in un ordinamento propriamente democratico su tutti gravante, individui, gruppi sociali, organi di governo. Il diritto in parola fa, anzi, tutt'uno con il carattere democratico dell'ordinamento, di modo che negare o svilire, nel quotidiano svolgersi della vita sociale e delle dinamiche istituzionali, l'uno equivale a negare o a svilire l'altro, e viceversa. Assumere, perciò, come pure talora si è fatto (e si fa), che sarebbe opportuno averne l'esplicita menzione nella Carta, allo scopo opportunamente novellata, risulterebbe, a mio modo di vedere, ridondante, esattamente come lo è prescrivere *claris cum verbis* l'osservanza della Costituzione da parte di atti da questa fondati e perciò ad essa sottoposti<sup>31</sup>. V'è però di più (e peggio): potrebbe, infatti, circolare e diffondersi nel corpo sociale l'erroneo convincimento che la previsione in parola, per il fatto stesso di essere venuta alla luce, abbia carattere non giù meramente dichiarativo bensì innovativo, e che pertanto l'ordine giuridico preesistente fosse fondato sulla menzogna, non pure sulla verità,

---

Dal punto di vista religioso, il bisogno della salvaguardia del creato è intensamente avvertito come impellente e non più dilazionabile da molti documenti ecclesiali [v., ad es., la *Laudato si'* di FRANCESCO, venuta alla luce nel 2015, laddove, richiamando Rm 8, 22, in modo crudo si afferma che “la nostra oppressa e devastata terra ‘geme e soffre le doglie del parto’” (2). Sul magistero ecclesiale a tutela dell'ambiente, v., ora, A. LAMBERTI, *Tutela dell'ambiente e Costituzione. Il Magistero di Papa Francesco e l'impegno etico del giurista. (Parte Prima – La legge costituzionale n. 1 del 2022 tra “vecchi” e “nuovi” bilanciamenti)*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), 2/2023, 1° giugno 2023, 137 ss. e, dello stesso, pure *ivi*, *Tutela dell'ambiente e Costituzione. Il Magistero di Papa Francesco e l'impegno etico del giurista. (Parte Seconda – Contrasto al cambiamento climatico, “ecologia integrale” ed impegno etico)*, 13 giugno 2023, 209 ss.].

<sup>28</sup> Sul dovere in parola, v., almeno, A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013.

<sup>29</sup> Rammento qui di passaggio che “democratici” si sono autoqualificati (e si qualificano) anche gli ordinamenti d'ispirazione marxiana, con palese travisamento però del senso genuino e profondo del termine, conforme alla indicazione risultante dall'etimologia.

<sup>30</sup> Faccio qui nuovamente richiamo dell'indicazione teorica di ordine generale poc'anzi accennata, secondo cui in ogni diritto fondamentale si rinviene una componente deontica.

<sup>31</sup> Inutile è, dunque, il disposto di cui all'art. 117, comma 1, che fa obbligo alle leggi di Stato e Regione di prestare ossequio, tra l'altro, alla Costituzione e parimenti inutile è, per quest'aspetto, il precetto di ordine generale di cui all'art. 54.

venendosi pertanto a produrre un effetto *boomerang*, di sostanziale delegittimazione della Costituzione preesistente nella sua interezza.

2.4. Quarto corollario: *l'impegno fatto ai cives ed ai fideles d'impegnarsi attivamente nella gestione della cosa pubblica quale espressione e garanzia allo stesso tempo della democraticità dell'ordinamento e testimonianza di servizio reso alla verità*

Anche in relazione al valore democratico si apprezza, ad ogni buon conto, una rilevante assonanza tra la verità religiosa e quella costituzionale, entrambe sollecitando l'impegno attivo dei componenti la comunità alla gestione della cosa pubblica<sup>32</sup>. Il valore democratico va, infatti, incontro a rischi gravi, fino al punto di potersi disperdere, laddove non si alimenti costantemente dalla partecipazione al governo della comunità, in ciascuna delle sue più salienti espressioni e in tutte assieme<sup>33</sup>. L'involuzione autoritaria è, infatti, sempre incombente laddove faccia difetto l'attenta vigilanza da parte dei componenti il gruppo sociale che ha la sua prima verifica proprio in sede di rinnovo delle assemblee elettive che restano pur sempre i luoghi in cui la democrazia principalmente prende corpo e costantemente si mette alla prova. E, invero, forse in seno alla comunità non si ha la dovuta consapevolezza dei pericoli che fa correre l'assenteismo elettorale laddove si porti (e il *trend* – come si sa – è in questo senso) oltre una certa soglia di fisiologica tolleranza<sup>34</sup>. La partecipazione alla vita pubblica ha, poi, come si diceva, da accompagnarsi all'esercizio parimenti costante ed incisivo dei diritti fondamentali, del quale la democrazia non può comunque fare a meno, così come quelli sono cosa priva di senso senza questa.

Risulta al riguardo di cristallina evidenza quanto si faceva notare in sede di avvio della riflessione qui svolta, a riguardo della mutua, strutturale integrazione dei valori fondanti l'ordine costituzionale, ove si convenga che il modo più efficace per preservare e trasmettere integra la democrazia è far valere i diritti fondamentali e portarli a frutto al massimo del rendimento di cui sono dotati, in ragione delle condizioni oggettive di contesto.

2.5. Quinto corollario: *la conversione e risoluzione dei diritti nel dovere di solidarietà, nel suo fare tutt'uno con quello di fedeltà alla Repubblica*

Viene così in primo piano il quinto corollario che si rende palese e si fa apprezzare per il tramite della conversione e risoluzione dei diritti nel dovere di solidarietà<sup>35</sup>, nelle sue varie ed incisive articolazioni interne<sup>36</sup>. Il modo migliore, infatti, per esercitare i primi si ha nel momento in cui gli stessi si fanno servizio<sup>37</sup>, commutandosi dunque in un dono fraternamente offerto<sup>38</sup>.

---

<sup>32</sup> Ancora nella *Pacem in terris* si rinviene un fermo richiamo al dovere di partecipazione alla vita pubblica (76 ss.).

<sup>33</sup> Rammento, al riguardo, l'articolazione della democrazia in tre specie diverse seppur reciprocamente legate: diretta, rappresentativa e pluralista (su ciò può vedersi il chiaro quadro di sintesi che è in T. MARTINES, *Diritto costituzionale*<sup>16</sup>, a cura di G. Silvestri, Giuffrè - Francis Lefebvre, Milano 2022, 202 s.).

<sup>34</sup> Laddove, come ormai sempre più di frequente avviene, le forze politiche di maggioranza godono di consensi circoscritti a circa un terzo del corpo elettorale, l'ordinamento non può più dirsi – a me pare – propriamente democratico: non sarà, dunque, *antidemocratico* ma potrà (e dovrà) dunque qualificarsi come *a-democratico* [ragguagli, volendo, nei miei *L'assenteismo elettorale e la forma a-democratica di Stato (nota minima su una spinosa ed irrisolta questione)*, Editoriale, in questa *Rivista*, 19 ottobre 2021, e *La forma di Stato a-democratica (cause, effetti, rimedi)*, *ibid.*, *Studi 2023/I*, 285 ss.].

<sup>35</sup> ... a riguardo del quale, nella ormai copiosa lett., di recente e per tutti, v. G. ALPA, *Solidarietà. Un principio normativo*, Il Mulino, Bologna 2022, e S. GIUBBONI, *Solidarietà. Un itinerario di ricerca*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022.

<sup>36</sup> Ho avuto modo di toccare il punto di cruciale rilievo in altro studio dedicato al rilievo del magistero ecclesiale per la teoria costituzionale: v., dunque, volendo, il mio *Dottrina sociale della Chiesa e dottrina del diritto costituzionale (una minima riflessione sul metodo)*, in AA.VV. *Giovanni Paolo II*, cit., 49 ss., spec. 51.

<sup>37</sup> In tema, P. FRANCESCO - C.M. MARTINI, *Il vescovo, il pastore. L'autorità nella Chiesa è sempre "al servizio"*, San Paolo ed., Milano 2022.

Come si vede, tra il dovere di fedeltà e quello di solidarietà si intrattiene una fitta trama di relazioni connotate da mutuo sostegno e alimento, per vero ad oggi bisognosa di essere ancora meglio messa a fuoco e rappresentata in tutta la sua estensione e complessiva caratterizzazione. La solidarietà, infatti, non è solo di ciascun individuo verso gli altri ma anche dell'intera comunità nei riguardi dei singoli, specie di coloro che ne hanno particolarmente bisogno, vale a dire dei soggetti più deboli, esposti, vulnerabili<sup>39</sup>. In una prospettiva di ancora più ampio respiro, poi, la solidarietà si ha anche tra le comunità politicamente organizzate, secondo quanto è peraltro testimoniato dalle numerose e tangibili iniziative di cui si ha riscontro in ambito internazionale ogni qual volta uno Stato risulti colpito da eventi negativi di particolare estensione e rilievo che sollecitano altri Stati, anche geograficamente distanti, ad offrirgli soccorso. Ancora una volta, efficacissima è la lezione impartitaci dalla *Pacem in terris*: “i rapporti tra le comunità politiche vanno regolati nella verità e secondo giustizia; ma quei rapporti vanno pure vivificati dall'operante solidarietà attraverso le mille forme di collaborazione economica, sociale, politica, culturale, sanitaria, sportiva” (54)<sup>40</sup>.

3. *Il valore della pace, il suo rilievo al piano dei rapporti della persona con se stessa e con gli altri, più e prima ancora che a quello delle relazioni internazionali, e la micidiale questione teorica a riguardo di come conciliare la specificità concettuale e giuridica di ciascun valore con la vocazione propria di tutti ad integrarsi strutturalmente a vicenda*

Si diceva all'inizio della succinta riflessione che si va qui facendo del bisogno di spiegare qualsivoglia valore fondamentale ricorrendo a formule di linguaggio evocative dei valori restanti. Si dà, nondimeno, un termine che più di ogni altro, forse, tutti li racchiude in sé e mirabilmente esprime, ed è quello della pace, del quale nondimeno si sono storicamente prospettate plurime accezioni, dotate di varia estensione semantica<sup>41</sup>. La Costituzione – come si sa – ne tratta

---

<sup>38</sup> “La fraternità si nutre di solidarietà”, dice FRANCESCO, *Voi siete tutti fratelli*, discorso pronunciato in occasione del viaggio apostolico in Iraq (5-8 marzo 2021), ora in *Pace in terra. La fraternità è possibile*, Libreria Editrice Vaticana, Roma 2021, 73.

Nella nostra dottrina, allo studio della fraternità si è particolarmente dedicato F. PIZZOLATO, del quale v. almeno *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova, Roma 2012. Con specifica attenzione all'amore per i lontani, v., poi, A. SPADARO, in più studi, tra i quali *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#); *Dai diritti “individuali” ai doveri “globali”. La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2005, e *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”): più sobrio, solidale e sostenibile*, in [Rivista AIC](#), 4/2011, 6 dicembre 2011.

<sup>39</sup> Sulla condizione particolarmente svantaggiata di tali persone, v., almeno R. FATTIBENE, *Povertà e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020 e, più di recente, P. SCARLATTI, *Soggetti deboli, Costituzione ed istanze della vulnerabilità*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 1/2023, 30 aprile 2023, 266 ss. Con specifico riguardo ad alcune esperienze, quali quelle di fine-vita, in cui vengono tristemente ad emersione situazioni di rilevante vulnerabilità, alle quali nondimeno non può qui farsi cenno alcuno, v., almeno, M. GENSABELLA FURNARI, *Vulnerabilità e cura. Bioetica ed esperienza del limite*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2008, e, della stessa, *Il paradosso della vulnerabilità*, in [Medicina e Morale](#), 4/2022, 9 dicembre 2022, 425 ss. e *Lineamenti di una bioetica della cura. Ripensando l'esperienza della pandemia*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2023, nonché, tra gli altri, V. LORUBBIO, *La tutela dei soggetti vulnerabili*, in [DPCE Online](#), 2020, 20 aprile 2020, 661 ss.; B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Giappichelli, Torino 2021; P.F. BRESCIANI, *Chi sono i “vulnerabili” che l'art. 579 c.p. deve proteggere?* in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 1/2022., 45 ss.; B. MAGRO, *A proposito di tutela delle “altre” situazioni di vulnerabilità da tutelare: un raffronto tra Corti costituzionali*, in [Giustizia Insieme](#), 28 aprile 2022; P. SCARLATTI, *I diritti delle persone vulnerabili*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022.

<sup>40</sup> *Veritas in caritate*, d'altronde, diceva San Paolo, *Ef* 4,15; e *Deus caritas est* e *Caritas in veritate* – come si sa – sono i titoli di due encicliche di Benedetto XVI, rispettivamente, del 2006 e del 2009.

<sup>41</sup> Raguagli negli studi di G. PONTARA, riuniti sotto il titolo *Quale pace? Sei saggi su pace e guerra, violenza e nonviolenza, giustizia economica e benessere sociale*, Mimesis, Milano 2016.



specificamente al piano delle relazioni internazionali; la qual cosa ha, peraltro, la sua pronta spiegazione nella memoria, al tempo particolarmente cocente, delle vite spezzate e delle macerie, morali e materiali, causate dalla seconda grande guerra. E, tuttavia, se ci si pensa, il profondo significato della pace, più e prima ancora che al piano suddetto, si coglie nella sua essenza e compiutamente si apprezza a quello dei rapporti della persona con se stessa e con gli altri. E, invero, è anche (e soprattutto) per ciò che la pace – si è fatto notare altrove<sup>42</sup> – è un “bene assoluto”, perché tale è la persona *ut sic*, ogni persona in quanto portatrice di dignità, bene-valore incommensurabile. D’altro canto, chi definisce i progetti della propria esistenza e, nei limiti delle capacità di cui è dotato e delle condizioni oggettive che gliene danno l’opportunità, li porta ad effetto non ricorrendo alla forza, per ciò stesso si fa testimone di pace, offrendo pertanto il proprio concorso a connotare all’insegna del valore in parola l’intera comunità cui appartiene.

La pace tra gli Stati, insomma, non può aversi senza o, peggio, col costo del suo intollerabile sacrificio nei rapporti tra e con gli individui; e non occorre, per averne riprova, richiamare qui alla memoria un noto aforisma inventato in tempi ormai lontanissimi al precipuo fine di evitare che gli uomini si facciano guerra gli uni gli altri, mettendo a rischio la stessa identità ed attitudine dell’ordinamento a trasmettersi integro alle generazioni a venire<sup>43</sup>.

Ancora una volta, peraltro, immediata è l’assonanza con l’insegnamento del Cristo: “vi lascio la pace, vi do la mia pace”<sup>44</sup>, che tuttavia – com’è opportunamente, ripetutamente precisato<sup>45</sup> – non è la pace del mondo bensì quella di chi vince il male, anche (e in primo luogo) laddove si annidi dentro di sé, e si dona agli altri. La pace cristiana è, in realtà, lo stesso Cristo, dunque è Amore<sup>46</sup>.

Una volta di più, eloquente è l’insegnamento trasmesso dalla *Pacem in terris*, nella quale sin dal suo *incipit* si chiarisce che la pace si fonda sulla verità, la giustizia, l’amore e la libertà<sup>47</sup>.

Qui è il cuore della questione ora trattata. Senza verità, giustizia, amore e libertà non può esservi pace, così come però, circolarmente, senza di questa non possono esservi neppure quelle. D’altronde, quale libertà o giustizia può aversi in un Paese devastato dalla guerra? È sufficiente porre mente alle immagini, che spezzano il cuore nella loro cruda eloquenza, sì da non richiedere alcun commento, quotidianamente trasmesse dai grandi mezzi d’informazione dei territori, quali quelli della martoriata Ucraina<sup>48</sup>, oggetto di azioni belliche distruttive, per avere subito conferma

<sup>42</sup> ... nel mio [La pace come bene assoluto, indisponibile e non bilanciabile, il diritto fondamentale a godere e il dovere di preservarla ad ogni costo](#), Editoriale, in questa [Rivista](#), 27 febbraio 2022.

<sup>43</sup> Ovvio il riferimento qui al *bellum omnium contra omnes* di hobbesiana memoria. L’espressione ricorre poi – com’è noto – assai di frequente negli scritti di K. MARX, a partire da quello *Sulla questione ebraica* del 1844.

<sup>44</sup> Gv. 14, 27-31. Il tema della pace ricorre in modo particolarmente insistito nei documenti ecclesiali: per tutti, v. la *Pacem, Dei munus pulcherrimum* di Benedetto XV del 1920 e la *Pacem in terris*, più volte qui richiamata.

<sup>45</sup> V., ad es., Rm, 12, 21.

<sup>46</sup> Come rileva il Patriarca della Chiesa Copta Ortodossa di Alessandria d’Egitto TAWADROS II, *Prefazione*, in FRANCESCO, *Pace in terra. La fraternità è possibile*, cit., 4, “l’amore è il pilastro principale della pace. Possiamo vivere in pace con gli altri soltanto amandoci gli uni gli altri. Per amarci reciprocamente dobbiamo accettare un mondo segnato dalla diversità... La pace comincia all’interno di ciascuno di noi”. Pure *ivi* è l’icastica affermazione di FRANCESCO, secondo cui “non ci sarà pace finché gli altri saranno un *loro* e non un *noi*” (85; testuale il corsivo).

<sup>47</sup> A questa indicazione FRANCESCO ha fatto ripetutamente richiamo: ad es., nell’*op. ult. cit.*, 44, troviamo scritto che “la pace deve essere costruita sulla giustizia, sullo sviluppo umano integrale, sul rispetto dei diritti umani fondamentali, sulla custodia del creato, sulla partecipazione di tutti alla vita pubblica, sulla fiducia fra i popoli, sulla promozione di istituzioni pacifiche, sull’accesso all’educazione e alla salute, sul dialogo e sulla solidarietà”. E ancora: “Solo ... avendo cura che a nessuno manchi il pane e il lavoro, la dignità e la speranza, le urla di guerra si muteranno in canti di pace” (111). Una mirabile testimonianza e conferma allo stesso tempo – come si vede – della mutua integrazione e, più ancora, immedesimazione dei valori fondanti il vivere in comunità, di cui qui si viene dicendo.

<sup>48</sup> L’invasione dei territori in parola da parte della Russia ha alimentato un fitto dibattito tra gli studiosi, in specie, per un verso, sotto l’aspetto della palese violazione del diritto internazionale e dei diritti umani da questo riconosciuti e, per un altro verso, della legittimità del coinvolgimento del nostro Paese in relazione agli aiuti militari offerti all’Ucraina. Nella copiosa lett., v., almeno e di recente, L. CHIEFFI, *Pace e guerra nel dibattito alla Costituente. Storicizzazione ed evoluzione interpretativa di principi fondamentali a contenuto vincolante*, in [Nomos](#), 1/2023, 1 ss., e, se si vuole, il mio *I diritti fondamentali e la guerra*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2023, 5 febbraio 2023, 209 ss.

della mancanza persino degli elementi indispensabili alla sopravvivenza, come l'acqua o il cibo o le medicine; ancora di più fa, dunque, difetto il godimento di diritti che presupporrebbero la esistenza di condizioni di vita dignitosa e il fisiologico, lineare svolgimento di questa.

Stando così le cose, si tratta di chiedersi come possa conciliarsi l'autonomia concettuale e giuridica dei singoli valori fondamentali con la vocazione propria di ciascuno a dare sostegno ed alimento agli altri e, allo stesso tempo, a riceverlo, insomma ad integrarsi a vicenda.

Per un verso, infatti, parrebbe essere innegabile la specificità concettuale dei valori *uti singuli*, tangibile già nel fatto stesso che la loro essenza, per essere colta appieno, rimanda al linguaggio comune, senza nondimeno escludere che termini in quest'ultimo correnti possano andare incontro ad adattamenti e slittamenti semantici anche consistenti per effetto della loro traduzione giuridica<sup>49</sup>.

Per un altro verso, è di per sé eloquente il dato costituito dalla pluralità dei disposti normativi che danno voce ai valori stessi, a partire da quelli, espressivi dei principi fondamentali, che nel modo più immediato e genuino li rappresentano<sup>50</sup>; ed è solo dalla congiunta e simultanea osservazione di tutti che si fa e senza sosta rinnova il "sistema", anzi – come si è detto altrove<sup>51</sup> – la Costituzione come "sistema".

Ora, il canone sistematico è comunemente annoverato – come si sa – tra quelli che appaiono essere bisognosi di costante attenzione da parte dell'interprete, utilizzati dunque a modo al fine di mettere opportunamente a fuoco l'oggetto specifico dell'attività ricognitiva di senso di un dato enunciato.

La tesi che qui si reputa di dover affacciare si porta però ancora oltre la soglia alla quale invece di solito ci si arresta. A mia opinione, infatti, non basta rilevare che ogni enunciato può essere correttamente inteso e fatto valere unicamente *alla luce degli altri*, a partire da quelli che gli sono maggiormente contigui, con i quali fa appunto "sistema". Ciò che farebbe pensare essere previamente acquisita la ricostruzione semantica degli enunciati a contorno – se così vogliamo chiamarli – la cui osservazione consenta appunto di mettere a fuoco e intendere in modo adeguato l'enunciato di volta in volta oggetto di esame. Non ci si avvede, però, così del carattere circolare ed autoreferenziale del ragionamento svolto, dal momento che, spostando il tiro, lo stesso enunciato in parola da *incerto* si commuta magicamente in *certo* laddove si tratti d'intendere un altro enunciato ancora che, di contro, da *certo* quale dapprima era diviene *incerto*. Un esito, questo, come si vede, a dir poco sconcertante, che può essere, a mia opinione, parato solo assumendo che ciascun principio, più ancora che dare luce ai principi restanti ponendosi al di fuori di essi e, dunque, ad essi rimanendo estraneo, s'immetta nella struttura degli elementi normativi provvisti della sua stessa natura, concorrendo pertanto, per la propria parte, a riplasmarli ed a rigenerarli senza sosta, in misura peraltro varia in ragione del contesto complessivo in cui essi s'inscrivono, considerato cioè quest'ultimo tanto negli elementi fattuali quanto in quelli normativi di cui si compone<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Sulle formidabili questioni che si pongono in ordine al rapporto tra il linguaggio comune e quello costituzionale, ancora di recente fatte oggetto di rinnovata attenzione, v., almeno, G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, 229 ss.; AA.VV., *La lingua dei giuristi*, a cura di P. Caretti e R. Romboli, Pisa University Press, Pisa 2016; B. BARBISAN, *La più bella del mondo? Leggibilità e concretezza della Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, 2/2022, 8 giugno 2022, 142 ss., e, nella stessa *Rivista*, J. VISCONTI, *La lingua della Costituzione tra lessico e testualità*, 3/2022, 29 agosto 2022, 110 ss., nonché i contributi al convegno AIC, svoltosi a Messina e Taormina dal 27 al 29 ottobre 2022, su *Lingua linguaggi diritti*.

<sup>50</sup> Ci si dovrebbe, per vero, al riguardo chiedere se i principi fondamentali siano unicamente quelli così etichettati dalla stessa Carta ovvero se ve ne siano altri (e, se sì, come riconoscerli). Di tutto ciò, nondimeno, non può qui farsi parola alcuna, comportando l'esame approfondimenti teorici e verifiche sul campo di cui è, di tutta evidenza, altra la sede. D'altro canto, è sufficiente, per le specifiche esigenze di questo studio, la constatazione della pluralità dei principi suddetti (e, risalendo, dei valori da essi espressi).

<sup>51</sup> *La Costituzione come "sistema" e le sue proiezioni al piano delle innovazioni positive ed a quello delle pratiche interpretative (prime notazioni)*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2023, 23 aprile 2023, 457 ss.

<sup>52</sup> Si ha, dunque, ancora una riprova della circolarità della interpretazione, anche nelle sue applicazioni ai rapporti tra fonti non equiordinate, le letture della Costituzione giovandosi di quelle delle leggi e degli altri atti di normazione, così come, ovviamente, queste di quelle (su ciò, richiamo qui solo la lungimirante lezione teorica di A. ROSS, *Theorie der*

4. Segue: *l'esempio dei rapporti tra unità-indivisibilità dell'ordinamento e autonomia, nonché tra quest'ultima e i valori di libertà ed eguaglianza, e la conferma del carattere avvolgente e quodammodo omnicomprensivo del valore della pace*

Ma, se ogni principio è parte degli altri, come preservare, dunque, la specificità di ciascuno di essi?

Forse, la via giusta da battere al fine di uscire dal tunnel nel quale il ragionamento che si va ora facendo sembra essersi da se medesimo immesso è quella di riferire la specificità stessa al “nucleo duro” del principio, quale peraltro si coglie ed apprezza in modo intuitivo<sup>53</sup>, un nucleo circondato da una parte, ora più ed ora meno consistente, soggetta a suggestioni ed influenze esterne, anche dunque (e in primo luogo) da parte dei principi restanti.

Il vero è che i principi fondamentali, proprio perché tali, s'intendono unicamente nel loro fare tutt'uno, tant'è che l'attacco frontale portato ad uno di essi fatalmente ridonda a carico degli altri, trascinandoli tutti nella loro eventuale caduta.

Un solo esempio, per tutti, che riprendo da riflessioni in altri luoghi svolte e che mi pare altamente istruttivo di quanto si viene ora dicendo.

Si consideri, dunque, il disposto di cui all'art. 5 della Carta.

Va, innanzi tutto, precisato che in esso non si ha – come, invece, da molti si ritiene – la rappresentazione di due valori fondamentali in perenne, irriducibile conflitto – l'unità-indivisibilità da un lato, l'autonomia dall'altro –, trattandosi piuttosto di un unico, internamente articolato valore che è appunto quello della promozione, la massima possibile alle condizioni di contesto, dell'autonomia *nella cornice dell'unità*, non con il costo e il vero e proprio pregiudizio di questa<sup>54</sup>. La qual cosa sarebbe inimmaginabile, ove si convenga – come devesi – che, per effetto della frantumazione dell'ordinamento, non già si assisterebbe all'affermazione dell'autonomia bensì, una volta di più, all'avvento di un fatto di discontinuità costituzionale cui potrebbe, se del caso, conseguire la nascita di due o più nuovi ordinamenti. In secondo luogo, occorre qui, una volta di più, ribadire in modo fermo e chiaro che l'autonomia ha la sua ragione d'essere nel suo porsi al servizio dei valori fondamentali restanti, in ispecie di quelli cui danno voce gli artt. 2 e 3, espressivi – piace a me dire – della *coppia assiologica fondamentale dell'ordinamento*<sup>55</sup>.

---

*Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Deuticke, Leipzig-Wien 1929).

<sup>53</sup> Sul ruolo di centrale rilievo della intuizione nei processi ermeneutici non è, chiaramente, qui possibile indugiare, per quanto esso sia ormai assodato e, ora più ora meno, rimarcato nelle più raffinate elaborazioni metodico-teoriche sul tema. Mi limito, dunque, qui solo a ribadire, ancora una volta, come esso sia ancora maggiore per l'interpretazione costituzionale rispetto ad altre specie d'interpretazione giuridica, con una speciale sottolineatura per quella concernente i principi fondamentali e i disposti espressivi di clausole generali.

<sup>54</sup> Maggiori ragguagli sull'annosa questione possono aversi dai miei *Il valore di “unità-autonomia” quale fondamento e limite dei giudizi in via d'azione e della “specializzazione” dell'autonomia regionale (prime notazioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2020, 28 settembre 2020, 100 ss., e *Autonomia e unità-indivisibilità della Repubblica: il modello costituzionale alla prova dell'emergenza*, in in *Dirittifondamentali.it*, 3/2020, 18 ottobre 2020, 132 ss. Cfr. al mio punto di vista quelli di G. DEMURO, *La Repubblica delle autonomie, una e indivisibile*, in *federalismi.it*, 7/2018, 14 dicembre 2018, num. spec., 68 ss.; F. PASTORE, *Brevi considerazioni su unità e indivisibilità della Repubblica italiana*, in AA.VV., *Autonomie territoriali e principio di indivisibilità nello Stato unitario: Italia e Spagna*, a cura dello stesso P. e di J. Lozano Miralles, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2020, 183 ss., e, pure *ivi*, E.A. IMPARATO, *L'autonomia teleologicamente orientata e il regionalismo differenziato. Verso una maggiore eguaglianza sostanziale o la dissoluzione?* 205 ss.; C. CARUSO, *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, Bononia University Press, Bologna 2020; R. BIN, *Il filo rosso della dialettica tra unità e autonomia: ieri, oggi, domani*, in *le Regioni*, 1-2/2021, 41 ss., e, nella stessa *Rivista*, Q. CAMERLENGO, *Unità e autonomia: una questione di indirizzo politico*, 57 ss.

<sup>55</sup> I valori transepocali di libertà ed eguaglianza sono, poi, reciprocamente inautonomi, non riuscendosi neppure ad immaginare l'uno senza l'altro, e viceversa [sulle mutue implicazioni che tra gli stessi si intrattengono, dopo N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, cit., spec. 445 ss., v., part., G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed*

L'autonomia è, dunque, anche, per la sua parte, salvaguardia di libertà ed eguaglianza e, insomma, dei diritti costituzionali in genere<sup>56</sup>, così come questi possono, dal canto loro (e circolarmente), risolversi, specie per il tramite della partecipazione attiva alla vita pubblica, in ulteriore promozione di quella.

Si aggiunga, poi, un dato sovente trascurato anche nelle indagini della più avvertita dottrina, vale a dire il contributo che l'autonomia può dare, così come ha storicamente dato, al servizio della pace e, a un tempo, dell'unità. Non si dimentichi che una delle ragioni che hanno portato al riconoscimento della specialità regionale è stata da noi determinata dal bisogno di arginare la spinta separatista che nelle due isole maggiori (e, particolarmente, in Sicilia) stava degenerando per effetto della collusione con il banditismo. Una spinta che poi traeva alimento da secolari ingiustizie, da condizioni di estrema indigenza diffuse in larghe fasce della comunità, da diritti negati o impunemente calpestati, e via dicendo.

Come si vede, al tirar delle somme, il valore della pace è pur sempre implicato nelle più salienti vicende ordinamentali, pur laddove, a prima impressione, queste parrebbero riguardare in modo diretto ed esclusivo altri valori fondamentali. La pace è, insomma, anche in prospettiva laica un valore avvolgente e *quodammodo* omnicomprensivo, così com'è in prospettiva religiosamente orientata, il dono della pace elargito dal Cristo facendo tutt'uno con quello del suo amore infinito e misericordioso gratuitamente dato ad ogni essere umano. Diceva Sant'Agostino che "la vita del cristiano è un cammino fra le persecuzioni del mondo e le consolazioni di Dio"<sup>57</sup>. Non è da meno la Carta costituzionale che ambisce essa pure ad offrire consolazione o, per dir meglio (dal punto di vista laico), ristoro a persone, specie a quelle maggiormente vulnerabili ed esposte, nei loro bisogni elementari di vita, affinché la vita possa davvero dirsi "dignitosa", nell'accezione particolarmente densa e qualificante della sua piena rispondenza ai valori che stanno a base della Repubblica.

Il Cristo non prometteva l'effettivo godimento dei bisogni in parola, nella loro proiezione tipicamente terrena, né li assicura la Costituzione che, con le sole forze di cui dispone, non è in grado comunque di superare lo scarto ineliminabile tra il dover essere e l'essere. L'uno e l'altra, tuttavia, volgono uno sguardo amorevole specie nei riguardi degli ultimi, dei diseredati, i non eguali<sup>58</sup>. Indicano, insomma, la via da percorrere, per irta di insidie che sia e particolarmente sofferto il cammino da compiere; ed è una via lungo la quale tutti – pubblici poteri e componenti la comunità governata – sono chiamati a muoversi, ciascuno secondo il proprio passo e le forze di cui dispone. Una trasformazione della società che in qualche modo si rispecchi nel disegno divino e in quello costituzionale richiede, infatti, un poderoso sforzo collettivo, restando nondimeno individuali le responsabilità tanto per ciò che si fa quanto per ciò che non si fa.

---

*eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009, e, dello stesso, *Introduzione* al convegno su *Il referendum sull'art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale*, Milano 15 dicembre 2021, a cura di M. D'Amico e B. Liberali, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2022, Quad. n. 4, 3 ss.; v., inoltre, AA.VV., *Eguaglianza e discriminazioni nell'epoca contemporanea*, Ann. 2019, a cura dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Editoriale Scientifica, Napoli 2021].

<sup>56</sup> Sul concorso offerto dagli enti territoriali minori all'appagamento dei diritti fondamentali si segnala il corposo studio curato da A. Morelli e L. Trucco, *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino 2014, purtroppo ormai risalente a diversi anni addietro; sarebbe, per vero, di particolare interesse fare chiarezza sui più recenti sviluppi normativi avutisi al riguardo.

<sup>57</sup> *De Civitate Dei*, XVIII, 51.

<sup>58</sup> Ad oggi in attesa dei necessari approfondimenti è lo studio delle relazioni intercorrenti tra eguaglianza sostanziale e valore della pace, nella densa accezione qui patrocinata.

**Alessia Conti****L'ergastolo ostativo che move la Corte costituzionale e l'altre stelle\* \*\***

**ABSTRACT:** *This article takes inspiration from the constitutional trial on the obstructive life sentence, which, after two postponements to a fixed date waiting for the action of the lawmaker (ord. nn. 97/2021 and 122/2022), ended with the return to the referring Court due to ius superveniens (ord. n. 227/2022). The new legislation is of governmental origin: it is the Decree-Law No. 162/2022, adopted by the executive a few days before the hearing set for the discussion. In this way, the Court considered the warning to the “legislator” fulfilled even though the required intervention was acted by a (temporary) governmental decree-law and not by parliamentary law.*

*The constitutional story of the obstructive life sentence provides an opportunity to reflect both on the governmental legislation and on the dialogic-relational dimension of the Italian Constitutional Court, extended to the government.*

**SOMMARIO:** 1. Il dialogo tra istituzioni: Corte costituzionale, giudici e legislatore – 2. Un processo costituzionale in tre atti, un dialogo in tre battute: le ordinanze interlocutorie [nn. 97/2021](#), [122/2022](#) e [227/2022](#) della Corte costituzionale – 3. Alla ricerca del legislatore: tra Parlamento e Governo; tra storia e attualità; tra forma e sostanza; tra linguaggio e concetto – 4. La Corte costituzionale, i moniti al legislatore e il potere normativo primario del Governo: una nuova «forza di legge» per gli atti governativi? Riflessioni a margine del decreto-legge n. 162/2022 – 5. Il Governo davanti alla Corte costituzionale: (co-)legislatore ed interlocutore diretto – 6. La giustizia costituzionale si fa in quattro?

### 1. Il dialogo tra istituzioni: Corte costituzionale, giudici e legislatore

La vicenda costituzionale dell'ergastolo ostativo, dopo (più di) due anni di processo costituzionale<sup>1</sup> con tre discussioni pubbliche<sup>2</sup> e tre ordinanze interlocutorie<sup>3</sup>, può considerarsi momentaneamente conclusa. Forse, rinviata<sup>4</sup>.



\* \*\* *Comincio con un accostamento a cui siamo (ancora troppo) poco abituati: quello tra diritto e letteratura. A tale accostamento è stato, di recente, dedicato il convegno “Leonardo Sciascia. Un'intellettuale di fronte alla giustizia”, svoltosi il 17 aprile 2022, presso l'Università degli studi Milano-Bicocca. Quello tra diritto e letteratura è un accostamento appropriato come pochi altri, per due ragioni. La prima, più evidente ma anche più superficiale: la letteratura è piena di diritto. La seconda, più nascosta e, per questo, più profonda: la letteratura, come il diritto, è essenzialmente libertà. Ce lo ha ricordato Andrea Pugiotto, nella sua relazione al predetto convegno, attraverso un magistrale gioco di parole. L'esito finale della letteratura è il libro (da liber, libertà). Il libro si legge. “Legge” come forma verbale indica la lettura e “legge” come sostantivo indica (semplificando) l'oggetto del diritto. Si legge anche la sentenza che è, invece, l'esito della giurisprudenza. Così, nella parola “legge”, con la sua duplice veste grammaticale, sostantivo e verbo, è racchiuso il legame tra diritto e letteratura.*

<sup>1</sup> L'ordinanza con cui la Corte di cassazione, prima sezione penale, ha sollevato il dubbio di legittimità costituzionale degli artt. 4-bis, comma 1, e 58-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nonché dell'art. 2 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 (Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa), convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 1991, n. 203, risale, infatti, al 18 giugno 2020 (Cass. pen., sez. I, ord. 3-18 giugno 2020, pubblicata in *G.U.* 19 agosto 2020, n. 34, iscritta al n. 100 del registro ordinanze del 2020 della Corte costituzionale). Ad essa è stato dedicato il Seminario preventivo ferrarese, *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, svoltosi il 25 settembre 2020. Tra i vari interventi, per un inquadramento generale sul tema si veda, in particolare, il commento di M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale?* in G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) – Rassegna, 4, 2020. Ma, a dire il vero, la vicenda dell'ergastolo ostativo ha radici ben più profonde e antiche che affondano nella giurisprudenza costituzionale (almeno) fin dalle [sentenze di rigetto n. 306 del 1993](#) e [n. 135 del 2003](#). Più di recente, poi, la questione è giunta all'attenzione della Corte di Strasburgo che, nella sentenza Viola contro Italia (Corte EDU, Prima Sezione, Viola c. Italia n. 2, ricorso n. 77633/16, sentenza 13 giugno 2019, def. 5 ottobre 2019), ha qualificato la disciplina italiana dell'ergastolo ostativo come un «problema strutturale»

Con la restituzione degli atti al giudice a *quo*<sup>5</sup> - ultima parola della Corte costituzionale - l'ergastolo ostativo è tornato là dove tutto era iniziato<sup>6</sup>: davanti alla Cassazione, prima sezione penale, per una rivalutazione dei requisiti di rilevanza e non manifesta infondatezza delle questioni sollevate, alla luce delle modifiche normative apportate con decreto-legge n. 162 del 31 ottobre 2022, convertito con modificazioni con la l. n. 199 del 30 dicembre 2022.

Ma poiché un simile apprezzamento imponeva la «necessità della mediazione valutativa dei giudici di merito», la Corte di cassazione non ha potuto che rinviare al Tribunale di sorveglianza per un nuovo giudizio<sup>7</sup>.

Senza una nuova rimessione delle questioni alla Corte costituzionale, la vicenda dell'ergastolo ostativo ricomincia, ora, dalla magistratura di sorveglianza<sup>8</sup>.

Se ciò che conta per T. S. Eliot è il viaggio, ciò che rileva per il costituzionalista è (anche) il percorso processuale dell'ergastolo ostativo.

Poiché in tale svolgimento, si coglie il segno e il senso più profondo della dimensione relazionale<sup>9</sup> e dialogica che contraddistingue la nostra Corte costituzionale, in cui ogni decisione «non è che frammento di un processo e di una dinamica ordinamentale che prosegue in altre sedi»<sup>10</sup>.

---

tale da richiedere una modifica (di preferenza) legislativa. La prima parola in tal senso, però, è arrivata dalla Corte costituzionale che, con [sentenza n. 253 del 2019](#), ha giudicato l'ergastolo ostativo incompatibile con i principi costituzionali e convenzionali, introducendo la possibilità (specifica) di concedere permessi premio ai condannati per reati ostativi non collaboranti, sempre che «siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti» (su cui M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in [Sistema Penale](#), 12 dicembre 2019). Proprio tale decisione, con la sua motivazione, ha assunto rilievo centrale nel ragionamento della Corte di cassazione e della Corte costituzionale per la trattazione della presente questione di legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo.

<sup>2</sup> Rispettivamente svolte nelle udienze pubbliche del 23 marzo 2021, 10 maggio 2022 e 8 novembre 2022.

<sup>3</sup> Con le prime due, [ordd. nn. 97/2021](#) e [122/2022](#), la Corte ha rinviato il giudizio, fissando una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale, in attesa dell'intervento del legislatore; con l'ultima, [ord. n. 227/2022](#), ha ordinato la restituzione degli atti al giudice rimettente, vista la modifica normativa ad opera del Governo-legislatore, realizzata con decretazione d'urgenza.

<sup>4</sup> «Messe in fila, esse [le ordinanze della Corte costituzionale] rivelano un qualche timoroso imbarazzo nel rispondere a un'ovvia domanda: quando dichiarerete l'incostituzionalità di un regime che pure ritenete incostituzionale? «Non ora» ([ord. n. 97/2021](#)); «non ancora» ([ord. n. 211/2022](#)), «chissà» (ordinanza odierna): A. PUGIOTTO, *Così la destra ha salvato l'ergastolo ostativo*, in [il Riformista](#), 8 novembre 2022). Chissà, appunto: ecco perché si è detto che la vicenda dell'ergastolo ostativo può considerarsi solo momentaneamente conclusa.

<sup>5</sup> Disposta con [ord. n. 227/2022](#), ultima – per ora – parola pronunciata dalla Corte costituzionale in tema di ergastolo ostativo.

<sup>6</sup> Si torna alla “casella di partenza”, come in una sorta di gioco dell'oca. L'immagine del gioco dell'oca è stata evocata da F. SIRACUSANO, *Tanto tuonò che non piovve: la logica conservativa nella riscrittura delle preclusioni penitenziarie*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3, 2023, 38.

<sup>7</sup> Cass. pen., sez. I, 11 aprile 2023, n. 15197, con cui la Corte di cassazione annulla l'ordinanza impugnata, rinviando al Tribunale di sorveglianza di L'Aquila per un nuovo giudizio, «affinché accerti, alla luce della nuova normativa, l'ammissibilità e fondatezza della pretesa fatta valere dal ricorrente o, di contro, l'assenza di tali qualità della sua domanda in ragione delle disposizioni limitatrici della nuova disciplina che agiscono in concreto con funzione impeditiva, con conseguente, per tale via, persistente rilevanza della questione incentrata sulla contrarietà ai principi di cui agli artt. 3, 27 e 117 Cost. di un complesso di regole che finisce con l'escludere il condannato all'ergastolo cd. ostativo dall'accesso alla liberazione condizionale in violazione del principio di ragionevolezza, del principio della finalità rieducativa e risocializzante della pena e degli obblighi convenzionali assunti dallo Stato quanto al trattamento dei condannati alla cd. pena perpetua».

<sup>8</sup> Chiamata a valutare, in concreto, la «portata applicativa dello jus superveniens» ([Corte cost. n. 227 del 2022](#)).

<sup>9</sup> E. LAMARQUE (in ID., *Poteri e garanzie (corte costituzionale)*), in M. Cartabia, M. Ruotolo, *Enciclopedia del diritto – I tematici - Potere e Costituzione*, Giuffrè, 2023, 807-841), ci ricorda che la relazionalità come via italiana alla giustizia costituzionale è stata osservata, per la prima volta da V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA E A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford, Oxford University Press, 2015; poi anche da T. GROPPI, *Giustizia costituzionale “Italian style”? Sì, grazie (ma con qualche correttivo)*, in [DPCE Online](#), 2016, 2, 4 ss. e M. CARTABIA, Editorial. Courts' relations, in *International Journal of Constitutional Law*, 18, 2020, n. 1. La relazionalità è caratteristica essenziale della giustizia costituzionale italiana: ragion per cui, nel trattare la Corte costituzionale come potere di garanzia, E. Lamarque ha ritenuto indispensabile adottare anche una prospettiva

Prosegue in quella legislativa-politica, anzitutto, poiché la Corte costituzionale si trova «continuamente immersa nel flusso della legislazione ordinaria»<sup>11</sup>. Così, accade che «le pronunce costituzionali siano molto spesso, più che il punto conclusivo di una certa vicenda, il punto intermedio di uno sviluppo normativo che trova compimento solo quando il legislatore lo conclude»<sup>12</sup>. Da qui, i moniti rivolti, in diverse forme e con diverse intensità, al decisore politico in nome di una collaborazione istituzionale, leale e *attiva*<sup>13</sup>. Direi, leale proprio in quanto attiva.

E, nondimeno, prosegue in sede giudiziaria, poiché i giudici comuni – gli «interlocutori più diretti della Corte»<sup>14</sup> – hanno, allo stesso tempo, la prima<sup>15</sup> e l'ultima parola nel sistema incidentale di controllo di costituzionalità<sup>16</sup>, «dato che sono i promotori e i destinatari immediati delle pronunce»<sup>17</sup>. Così, Corte costituzionale e giudici funzionano come «congegni complementari e inseparabili di un unico meccanismo processuale», chiamati a realizzare «una vera e propria *collaborazione attiva*»<sup>18</sup>.

La buona riuscita di ciascuna decisione costituzionale dipende, allora, «dalle reazioni degli altri soggetti dell'ordinamento»<sup>19</sup>: dalla sensibilità del legislatore nell'accoglimento dei moniti e dalla disponibilità dei giudici comuni a seguire le vie processuali, di volta in volta, tracciate dalla Corte costituzionale<sup>20</sup>.

Tutto ciò rileva perché le ordinanze che si sono susseguite nel processo costituzionale in materia di ergastolo ostativo sono, per l'appunto, niente più che frammenti di una dinamica istituzionale che si è svolta e tuttora si svolge in altre sedi.

In questo senso, si può parlare di ordinanze *interlocutorie*, volte ad attivare il dialogo con i soggetti che, nel rispetto delle proprie competenze, partecipano alla costruzione e attuazione della legalità costituzionale: legislatore, parlamentare e governativo, e giudici comuni.

Così, la Corte costituzionale ha atteso, dapprima, l'evoluzione normativa e, poi, la valutazione giurisprudenziale dello *ius superveniens*, nella consapevolezza che per poter dialogare bisogna

---

relazionale «per tenere conto delle relazioni da essa via via coltivate con tutti i soggetti che trovano nella Costituzione la norma fondamentale del loro agire» (E. LAMARQUE, *Poteri e garanzie (corte costituzionale)*, in M. Cartabia, M. Ruotolo, *Enciclopedia del diritto – I tematici - Potere e Costituzione*, Giuffrè, 2023, 807-841).

<sup>10</sup> Così, l'allora Presidente della Corte costituzionale, nella [Relazione della Presidente Marta Cartabia sull'attività svolta della Corte nell'anno 2019](#).

<sup>11</sup> In questi termini, l'allora Presidente della Corte costituzionale, nella [Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta dalla Corte nell'anno 2018](#), anno della prima ordinanza di «incostituzionalità prospettata»: [n. 207/2018](#), relativa al caso Cappato.

<sup>12</sup> Prosegue la [Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta dalla Corte nell'anno 2018](#), cit.

<sup>13</sup> Sempre nella [Relazione della Presidente Marta Cartabia sull'attività svolta della Corte nell'anno 2019](#), cit.

<sup>14</sup> E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia Repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 33.

<sup>15</sup> La prima poiché il giudice comune funziona da «introdotto necessario», secondo la nota espressione di P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Cedam, Padova, 1950, XIV ricordata da E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*, cit.

<sup>16</sup> L'ultima parola si riferisce all'impatto delle decisioni costituzionali sul giudice *a quo* e su tutti gli altri giudici dell'ordinamento, ossia al seguito, più o meno conforme, che gli stessi ritengano di dare alle pronunce della Corte. Da qui, si comprende come la «dipendenza della Corte dall'autorità giudiziaria non può più intendersi limitata alla fase ascendente del giudizio di costituzionalità, e cioè all'origine giudiziaria delle questioni, ma deve invece considerarsi estesa anche alla fase discendente di quel giudizio» (così, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*, cit., 61).

<sup>17</sup> E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*, cit., 33.

<sup>18</sup> In questi termini, P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 1956, 8-9: le osservazioni dell'illustre studioso si trovano in E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*, cit.

<sup>19</sup> E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*, cit., 61. L'Autrice si spinge oltre: fino a ritenere che proprio il compimento della missione della Corte costituzione dipenda dalle reazioni dei soggetti che operano nell'ordinamento.

<sup>20</sup> Il fenomeno del moltiplicarsi, nel tempo, delle tipologie di decisioni e di dispositivi si può spiegare proprio alla luce dell'attenzione della Corte costituzionale per la reazione dell'autorità giudiziaria. È questo il senso di quelle che Elisabetta Lamarque chiama «le prove d'orchestra», in cui «la Corte è costretta a sperimentare strade diverse rispetto a quelle già tentate proprio perché le reazioni dei giudici allo strumento inizialmente utilizzato non sono state per nulla soddisfacenti» (in E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*, cit., 72).

prima saper ascoltare<sup>21</sup>. L'attesa, a volte, costituisce un momento essenziale per il dialogo, proprio in quanto strumentale all'ascolto<sup>22</sup>.

Si può ben dire, dunque, che la riuscita della vicenda costituzionale dell'ergastolo ostativo è dipesa (e tuttora dipende) dalle reazioni degli altri soggetti dell'ordinamento<sup>23</sup>; ma si deve altrettanto dire che tali reazioni dipendono, a loro volta, dalla capacità della Corte costituzionale di costruire, attraverso gli strumenti e le tecniche processuali, un dialogo che permea l'intero ordinamento, senza zone franche.

Questa è l'unica prospettiva da cui ha senso studiare il meccanismo processuale del monito a termine (e ogni altro): come un mezzo per un fine, la garanzia effettiva dei diritti costituzionali<sup>24</sup>.

Ed è anche la prospettiva che consente, a partire dall'analisi della vicenda processuale dell'ergastolo ostativo, di proporre riflessioni generali<sup>25</sup> sulle fonti del diritto e sulle relazioni inter-ordinamentali.

A tali riflessioni è appositamente dedicato il presente contributo<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> Nella posizione di attesa, assunta dalla Corte costituzionale nella vicenda dell'ergastolo ostativo, pare ravvisabile quella «judicial deference a tempo» in cui si traduce – secondo Silvestri – la tecnica dell'incostituzionalità differita (G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), 13.11.2020).

<sup>22</sup> Si tratta, tuttavia, di una opinione che trova autorevoli voci contrarie in dottrina. C'è chi, infatti, considera la «catena di ordinanze interlocutorie» come un «abuso istituzionale», come tempo perso perché, nel frattempo, «relegato a bordo campo come fosse irrilevante, è il tempo della detenzione a consumarsi inutilmente, nell'attesa finora ignorata di chi avrebbe potuto esercitare il diritto a una pena orientata alla risocializzazione». Ciò che è tanto più grave perché il tempo perso del processo costituzionale in tema di ergastolo ostativo aggraverebbe il «tempo perso» della pena detentiva (S. ANASTASIA, *Le pene e il carcere*, Mondadori, 2022). Così, A. PUGIOTTO, *Ergastolo ostativo, il gioco del cerino in attesa dell'udienza in Cassazione*, in [il Riformista](#), 24 gennaio 2023. E ancora: «Dilatando i tempi del suo processo, la Consulta prolunga la dissipazione del residuo tempo vitale di ergastolani senza scampo, per i quali ogni giorno che passa è un giorno in più (e non in meno) dietro le sbarre» (A. PUGIOTTO, *Il nuovo rinvio è un infarto alla Costituzione*, in [il Riformista](#), 10 giugno 2022).

<sup>23</sup> Per molti, la riuscita della vicenda costituzionale dell'ergastolo ostativo non può, in alcun modo, considerarsi buona poiché non sarebbe stata resa, per dirla con le parole di Gaetano Silvestri, giustizia costituzionale (ID., *Del rendere giustizia costituzionale*, cit.). Anzitutto, per la scelta della tecnica decisoria, quella della «incostituzionalità differita»: «l'ord. n. 97 del 2021 ha raccolto prevalentemente distinguo, dissensi e critiche» poiché, con tale decisione, «ferma agli ostacoli», «la Corte avrebbe sfoderato scuse plausibili che tali non sono» (A. PUGIOTTO, *Leggere altrimenti l'ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2021 cui si rinvia, in particolar modo, per i riferimenti bibliografici alla copiosa dottrina che ha criticamente commentato l'ord. n. 97 del 2021. L'Autore osserva, infatti, come l'ordinanza sia stata «vivisezionata in dottrina in tutte le sue parti e fasi»). La Corte costituzionale avrebbe, in altri termini, rimandato a domani ciò che poteva fare oggi (utilizzando le parole di L. MADAU, *Fai domani quello che potresti fare oggi. Un raffronto tra l'ordinanza n. 132 del 2020 e la sentenza n. 150 del 2021*, in [Nomos](#), 3, 2021). In secondo luogo, per il «rinvio del rinvio» (espressione utilizzata da M. MENGOZZI, *Il rinvio del rinvio con monito sull'ergastolo ostativo. Altro tempo in cui continua ad applicarsi una pena incostituzionale*, in *Studium Juris*, 7-8, 2022): «un inedito assoluto che, nelle forme soft di un nuovo slittamento dell'udienza pubblica all'8 novembre 2022, cela un prolungato arresto cardiaco del principio di legalità costituzionale» (A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria. L'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo differita per la seconda volta*, su *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2022). Infine, per l'intervento normativo del governo: un decreto-legge adottato fuori dai casi straordinari richiesti dalla Costituzione («tale non può certo considerarsi un'udienza iniziata 18 mesi fa e calendarizzata da tempo», A. PUGIOTTO, *Così la destra ha salvato l'ergastolo (e la Consulta)*, in [il Riformista](#), 8 novembre 2022), il cui contenuto «configura una stretta alla concessione di qualsiasi beneficio penitenziario, tale da renderla concretamente irrealistica» (*ibidem*). Da questa prospettiva, l'intervento normativo del governo appare «un'operazione gattopardesca» (*ibidem*), «un'inammissibile atto di ribellione» (UCPI, L'allarme dei penalisti italiani sul preannunciato decreto-legge sulla giustizia penale. Si chiede un incontro con il Ministro della Giustizia, riservandosi ogni iniziativa di contrasto e di protesta, 30 ottobre 2022), volto a «salvare l'ergastolo ostativo» (E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato in articolo mortis*, in [Sistema Penale](#), 7 novembre 2022).

<sup>24</sup> «L'attenzione per il processo costituzionale e le sue regole non è mai fine a sé stessa»: è il prezioso insegnamento di Lorenza Carlassare, tramandato dai suoi allievi. Così, G. BRUNELLI, *Lorenza Carlassare, studiosa e docente*, in [Costituzionalismo.it](#), 3, 2009.

<sup>25</sup> Generali in quanto prescindono dalla vicenda concreta da cui originano (quella dell'ergastolo ostativo).

<sup>26</sup> Si tratta di riflessioni, per così dire, settoriali e singolari, che nascono dalla vicenda dell'ergastolo ostativo, ma che, in alcun modo, aspirano ad offrirne un quadro completo e compiuto. Restano sullo sfondo (materialmente, nelle



2. *Un processo costituzionale in tre atti, un dialogo in tre battute: le ordinanze interlocutorie nn. 97/2021, 122/2022 e 227/2022 della Corte costituzionale*

Nella vicenda costituzionale dell'ergastolo ostativo ricorre significativamente il numero tre: tre come le ordinanze pronunciate dalla Corte costituzionale, tre come le fasi processuali, tre come le attese e tre come gli interlocutori direttamente coinvolti o autonomamente intervenuti (nell'ordine, Parlamento, Governo e giudici comuni).

Secondo la numerologia cristiana e dantesca, tre come la Trinità, come la coincidenza dell'unità nella molteplicità, come la Perfezione. Dove la perfezione è sintesi armonica del molteplice<sup>27</sup>.

Lasciando la simbologia a Dante, a noi resta che le *tre* pronunce costituzionali esprimono il bisogno della Corte costituzionale di dialogare con gli altri soggetti istituzionali con l'obiettivo di rendere la miglior giustizia costituzionale. Quella «efficace ed efficiente» che, infatti, «si fa in due (o meglio, in *tre*<sup>28</sup>)»<sup>29</sup>.

Se il processo costituzionale fosse un'opera teatrale, potremmo parlare, con riferimento al giudizio sull'ergastolo ostativo, di uno svolgimento in tre atti<sup>30</sup>.

Questi, essenzialmente, gli atti in cui si è articolata la dinamica processuale.

Prima, l'antefatto. Esiste, nel nostro ordinamento costituzionale e democratico, una pena detentiva perpetua, conosciuta come ergastolo<sup>31</sup>. Vige, altresì, un principio costituzionale, la rieducazione o risocializzazione del condannato (art. 27, terzo comma Cost.)<sup>32</sup>, con essa incompatibile. Poiché tale principio imporrebbe, logicamente prima che giuridicamente, la durata temporanea della pena detentiva<sup>33</sup>. Ciò che trattiene la pena perpetua nell'alveo della legittimità costituzionale e convenzionale è la residua possibilità di ottenere, a determinate condizioni, il

---

note), in particolar modo, tutte le valutazioni di merito circa la nuova disciplina normativa dell'ergastolo ostativo e le presupposte scelte di politica criminale, effettuate dal Governo e convalidate dal Parlamento. In forza di una mera scelta di metodo (e cioè, per una delimitazione dell'oggetto di indagine), non per minor importanza. Anzi. Alla fine, la giustizia costituzionale dell'ergastolo ostativo dipende concretamente dalla portata applicativa della normativa sopravvenuta.

<sup>27</sup> Ritorna, qui, la letteratura. Del resto, la simbologia dantesca della Trinità esprime magistralmente il concetto giuridico e, in particolar modo, costituzionale del bilanciamento, quale sintesi equilibrata del molteplice cui è chiamata la Corte costituzionale.

<sup>28</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>29</sup> N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 27 gennaio 2021, 89.

<sup>30</sup> L'accostamento tra processo e opera teatrale non è così improbabile. Non lo è nemmeno l'accostamento tra diritto e opera: basti pensare agli studi di *Law and Opera*, che si sono sviluppati sulla scia degli studi di *Law and Literature*.

<sup>31</sup> Tra gli altri, sul tema, E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3, 2018 e, più di recente, ID., *Fine pena: 31/12/9999. Il punto sulla questione dell'ergastolo*, in [Sistema Penale](http://SistemaPenale), 15 novembre 2021, E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Giappichelli, 2019. Per una scelta ««assiologica» a favore dell'abolizione dell'ergastolo»: G. M. FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC), 2015.

<sup>32</sup> La versione moderna del principio della rieducazione del condannato è il frutto di un «processo giurisprudenziale graduale», approfondito da M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC), 3, 2016. L'autore, attraverso gli studi di G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e Società*, 2012, riporta una rassegna delle espressioni linguistiche con cui la Corte ha, in diversi momenti, espresso il concetto della rieducazione: «reinserimento nell'ordine sociale» ([sent. n. 168 del 1972](http://sent.n.168.del.1972)); «riadattamento alla vita sociale» ([sent. n. 204 del 1974](http://sent.n.204.del.1974)); «reinserimento nel contesto economico e sociale» ([sent. n. 126 del 1983](http://sent.n.126.del.1983)); «reinserimento nel corpo sociale» ([sent. n. 274 del 1983](http://sent.n.274.del.1983)); «reinserimento nella società» ([sentt. nn. 161 del 1997](http://sentt.nn.161.del.1997) e [450 del 1998](http://sent.n.450.del.1998)); «ravvedimento» o «recupero sociale» ([sent. n. 271 del 1998](http://sent.n.271.del.1998)); «acquisizione di valori fondamentali della vita sociale» ([sent. n. 138 del 2001](http://sent.n.138.del.2001)); «reinserimento nel consorzio civile» ([sent. n. 257 del 2006](http://sent.n.257.del.2006)); fino al forse più utilizzato concetto di «risocializzazione» (dalla [sent. n. 282 del 1989](http://sent.n.282.del.1989) alla più recente [sent. n. 239 del 2014](http://sent.n.239.del.2014)).

<sup>33</sup> «Il diritto penale liberale non ammette pene perpetue, trattamenti inumani o degradanti, presunzioni di pericolosità ostativa della funzione risocializzante della pena» (*Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*, redatto dall'UCPI nel maggio 2019 richiamato da A. PUGIOTTO, *Leggere altrimenti l'ord. 97 del 2021*, cit.).

beneficio della liberazione condizionale. Quando tale possibilità, per una serie di reati e di detenuti (artt. 4-bis comma 1 e 58-ter L. 354/1975 e art. 2 D.l. 152/1991), è esclusa automaticamente, a priori, da una norma di legge, la legalità costituzionale dell'ergastolo – che prende il nome, appunto, di ostativo – si assottiglia drammaticamente<sup>34</sup>. Fino a scomparire del tutto quando la utile collaborazione diventa presupposto indefettibile per l'accesso al beneficio, sulla base di una presunzione assoluta di pericolosità gravante sul condannato all'ergastolo che non abbia *voluto* (e non potuto, altrimenti saremmo nel diverso campo della collaborazione impossibile) collaborare.

È questo il caso oggetto del giudizio *a quo*: un ricorso in cassazione contro l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di L'Aquila che ha dichiarato inammissibile la richiesta di accesso alla liberazione condizionale presentata da una persona condannata alla pena dell'ergastolo per un delitto incluso nella categoria dei reati “ostativi” alla concessione dei benefici penitenziari, non collaborante con la giustizia<sup>35</sup>.

Di fronte a una simile decisione, imposta dalla fedele applicazione della legge, la Cassazione attiva quel canale preziosissimo che è la rimessione di una questione alla Corte costituzionale<sup>36</sup>: la collaborazione può essere considerata l'unica strada a disposizione del condannato a pena perpetua per accedere al beneficio della liberazione condizionale?

La Corte costituzionale vorrebbe dire di “no”, ma se lo facesse metterebbe a rischio il complessivo equilibrio della disciplina dell'ergastolo ostativo e, allo stesso tempo, l'equilibrio tra poteri<sup>37</sup>. Esclusa la via diretta di una pronuncia demolitoria, la Corte individua un'alternativa nella tecnica processuale interlocutoria-monitoria<sup>38</sup>.

Così, con la prima ordinanza<sup>39</sup>, la [n. 97/2021](#)<sup>40</sup>, redattore Nicolò Zanon, la Corte costituzionale - dopo aver approfonditamente illustrato le ragioni dell'illegittimità costituzionale della disciplina

---

<sup>34</sup> «L'ergastolo ostativo interessa complessivamente ben 1271 persone detenute per reati inclusi nel predetto art. 4-bis, ossia il 71% degli attuali 1800 condannati alla pena dell'ergastolo» (M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale?* cit., 3). Sul tema dell'ergastolo ostativo, ci si limita a rinviare, tra gli altri, a M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale?* cit. che rimanda, ulteriormente, a ID., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Torino 2002 e ID., *Dignità e carcere*, II ed., Editoriale Scientifica, Napoli 2014. Ma anche: C. MUSUMECI-A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, G. NEPPI MODONA, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, G. M. FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo alla resa dei conti? Impossibile ogni compromesso con l'idea dello “scopo”*, in AA.VV., *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, 2020 e, dopo l'[ord. 97 del 2021](#), S. ANASTASIA, F. CORLEONE, A. PUGIOTTO, *Contro gli ergastoli*, Futura, Roma, 2021.

<sup>35</sup> Per un'analisi più approfondita, rinvio a M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è incostituzionale?* cit., 2 ss.

<sup>36</sup> Cass. pen., sez. I, ord. 3-18 giugno 2020, su cui v. la nota 1.

Il Tribunale di sorveglianza di L'Aquila, invece, aveva respinto l'istanza di parte finalizzata a sollevare alla Corte una questione di costituzionalità.

<sup>37</sup> Così [Corte cost. ord. n. 97 del 2021](#).

<sup>38</sup> Alternativa già prevista da qualche attento osservatore. Considerato l'invito formulato dalla Corte di Strasburgo, in *Viola c. Italia*, ad attuare una riforma del regime della reclusione dell'ergastolo su iniziativa legislativa, «non potrebbe escludersi il ricorso alla già praticata tecnica dell'ordinanza collegiale e motivata di rinvio della trattazione della questione, al fine di consentire l'esercizio della funzione legislativa, pur entro linee direttive enucleate dalla Corte» (M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è incostituzionale?* cit., 28; prosegue, però, l'Autore: «L'ipotesi costituisce, tuttavia, soltanto una subordinata rispetto all'accoglimento immediato»).

<sup>39</sup> La struttura dell'ordinanza si compone unicamente di un “considerato in diritto”, che si caratterizza per la forza argomentativa della motivazione. Di solito, tale forza appartiene alle sentenze più che alle ordinanze costituzionali. Seppur con tratti meno marcati rispetto all'[ordinanza n. 207/2018](#), non siamo lontani, per dirla con le parole di Ruggeri, da un'ordinanza *quoad formam* ma di una sentenza *quoad substantiam* (A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'irrocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in questa [Rivista 2018/III](#), 571).

<sup>40</sup> La pronuncia è stata, usando le parole di A. PUGIOTTO, vivisezionata dalla dottrina: i commenti, con riguardo ai più diversi aspetti, sostanziali e/o procedurali, sono innumerevoli (e, spesso, critici). Nell'impossibilità di realizzare un riferimento bibliografico veramente completo, mi limito ad un rinvio incrociato alle indicazioni fornite da M. RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile “seguito” dell'ord. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in [Sistema Penale](#), 28 febbraio 2022 (nota 1), A. PUGIOTTO, *Leggere altrimenti l'ord. 97 del 2021*, cit., (note 1-7) integrate da ID., *Da tecnica a tattica decisoria*, cit. (nota 5). Comunque, senza alcuna pretesa di esaustività.

vigente dell'ergastolo ostativo<sup>41</sup> e, insieme, i motivi dell'impossibilità di procedere all'accoglimento immediato delle questioni<sup>42</sup> - rinvia il giudizio in corso ad un'udienza a data fissa, assegnando<sup>43</sup> un anno di tempo al *Parlamento* per affrontare la materia<sup>44</sup>. Lo impongono – confessa la Corte - esigenze di collaborazione istituzionale, l'altro volto del principio democratico della separazione dei poteri, ad esso strettamente complementare<sup>45</sup>.

Nel frattempo – precisa ancora la Corte costituzionale - il giudizio *a quo* rimarrà sospeso: in questo modo, esprime la necessità di interloquire anche con i giudici comuni, allargando il dialogo istituzionale.

Ad essi, infatti, è affidato il delicato compito di proteggere concretamente i diritti delle persone detenute dalle storture di un regime di esecuzione della pena che presenta – nel momento in cui la Corte scrive, in assenza di una riforma normativa - delle incompatibilità con la Costituzione<sup>46</sup>. E allora, tra le righe di quella precisazione, pare di cogliere un invito esteso a tutti i giudici comuni a sollevare, a loro volta, questione di legittimità costituzionale della disciplina dell'ergastolo ostativo

---

<sup>41</sup> Non lascia spazio a dubbi il primo Comunicato stampa del 15 aprile 2021 con cui l'ordinanza è stata anticipata al pubblico, intitolato «Ergastolo ostativo incompatibile con la Costituzione». È quanto si ricava, del resto, tra le righe, dal tenore argomentativo della pronuncia con cui la Corte descrive le «ragioni di incompatibilità con la Costituzione attualmente esibite dalla normativa censurata». Eloquente, in tal senso, il passaggio in cui la Corte confessa che la disciplina dell'ergastolo ostativo «mette in tensione i principi [costituzionali] sin qui descritti». Tale tensione è significativa dello strappo costituzionale. È opinione unanime della dottrina che l'illegittimità della disciplina impugnata sia già stata accertata dalla Corte con [ord. n. 97 del 2021](#). Con un'eccezione: A. MORRONE, [Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo](#), in questa [Rivista 2021/II](#), 463 (secondo il rilievo di A. PUGIOTTO, Leggere altrimenti l'[ord. n. 97 del 2021](#), cit., 1187-1188).

<sup>42</sup> In dettaglio, i paragrafi 9 e 10 dell'ordinanza in esame. Tra i motivi, il più robusto (perché più consolidato) è quello del rispetto della discrezionalità legislativa cui sono affidate, in via esclusiva, valutazioni e scelte di politica criminale.

<sup>43</sup> «Regalando», direbbe, con accento critico, A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria*, cit., 763.

<sup>44</sup> Sono diverse e numerose le espressioni con cui la dottrina ha tentato di descrivere le pronunce con cui la Corte, a partire dall'[ord. n. 207/2018](#) sul caso Cappato, facendo uso dei propri poteri di gestione del processo, rinvia il proprio giudizio in attesa dell'intervento del legislatore. La creatività della Corte nell'individuazione degli strumenti processuali va di pari passo con la creatività della dottrina nell'elaborazione di (ad avviso di chi scrive, inutili) categorizzazioni. Così, tra le altre, si è parlato di “incostituzionalità prospettata” ([Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta dalla Corte nell'anno 2018](#), cit., 12); “incostituzionalità differita” (M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in [Questione Giustizia](#), 19 novembre 2018); “incostituzionalità accertata ma non dichiarata” (R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Diritto costituzionale in trasformazione, III, Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale*, Genova, 172-175); “incostituzionalità sospesa e condizionata” (R. ROMBOLI, *Il “caso Cappato”: una dichiarazione di incostituzionalità “presa, sospesa e condizionata”, con qualche riflessione sul futuro della vicenda*, in *Il Foro italiano*, n. 6, 2019, parte I, pp. 1892 ss.); “incostituzionalità accertata ma non dichiarabile” (N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in [federalismi.it](#), n. 3, 2021, p. 88), “decisioni processuali di transizione verso la decisione nel merito” (V. MARCENÒ, *L'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato: comprendere per (valutare se) giustificare*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2019), “decisione in due tempi” ([Relazione della Presidente Marta Cartabia sull'attività svolta dalla Corte nell'anno 2019](#), cit., 10); “doppia pronuncia” (A. RUGGERI, [Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato \(nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020\)](#), in questa [Rivista 2020/II](#), 406 (queste ed altre indicazioni in G. CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo: tanti “tempi” e provvedimenti per risolvere - forse solo temporaneamente - un'unica questione*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2, 2023, 219). Ma l'elenco è anche più lungo. Ciò che è certo, indipendentemente dalle categorizzazioni adottate, è che la tecnica decisoria risponde all'esigenza della Corte di interloquire con il legislatore.

<sup>45</sup> Separazione e cooperazione tra poteri – osserva Marta Cartabia – «sono due pilastri coesenziali che reggono l'architettura costituzionale repubblicana. L'indipendenza reciproca tra poteri non contraddice la necessaria interdipendenza tra gli stessi, specie in società ad alto tasso di complessità come sono quelle contemporanee» ([Relazione della Presidente Marta Cartabia sull'attività svolta dalla Corte nell'anno 2019](#), cit.).

<sup>46</sup> Altrettanto delicata è la situazione in cui si trovano i giudici, «stretti tra una incostituzionalità prospettata ma non dichiarata, il rischio di disapplicazione della legge e l'esigenza di non denegare giustizia» (V. MARCENÒ, *Una tecnica controversa: l'ordinanza interlocutoria con rinvio a data fissa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2022, 515).

- escluso l'inammissibile ricorso alla sospensione impropria<sup>47</sup> -, nel senso indicato dall'ordinanza<sup>48</sup>, sospendendo i processi relativi a casi analoghi. Per questo, allora, è tanto importante che la prima ordinanza di rinvio sia ben argomentata: la motivazione formulata dalla Corte costituzionale è una bussola per gli altri giudici, necessaria per orientarsi nelle more del processo costituzionale.

A dimostrazione di come la motivazione di *tutte* le pronunce costituzionali sia il vero e proprio motore della relazione che lega la Corte all'autorità giudiziaria, in quanto consente di sviluppare un dialogo proficuo<sup>49</sup>. Non è pensabile, del resto, che trovi applicazione una disposizione normativa con profili di incompatibilità costituzionale, quanto è vero che ciascun giudice ha il dovere di non applicare disposizioni di dubbia legittimità costituzionale<sup>50</sup>.

Un anno di tempo non è bastato al Parlamento, rallentato dal bicameralismo paritario, per rielaborare compiutamente una disciplina normativa dell'ergastolo ostativo, libera da vizi costituzionali e convenzionali. Però, il legislatore non è nemmeno restato immobile: la Camera dei deputati, infatti, aveva approvato una riforma in materia di accesso ai benefici penitenziari<sup>51</sup>.

«Valorizzando la novità»<sup>52</sup>, la Corte costituzionale ha ritenuto di concedere altro tempo al *Parlamento* per consentire la prosecuzione e la conclusione dell'*iter* normativo<sup>53</sup>. Come a riconoscere che vale la pena attendere ancora un po'. Così, con ordinanza<sup>54</sup> [n. 122/2022](#)<sup>55</sup>, redattore Giuliano Amato<sup>56</sup>, la Corte rinvia, ulteriormente, la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale relative all'ergastolo ostativo a un'udienza ancora successiva. Il processo costituzionale (in)segue, in questo modo, lo sviluppo normativo<sup>57</sup>.

---

<sup>47</sup> «La sospensione di un giudizio per la pendenza di una questione incidentale di legittimità costituzionale sollevata in un giudizio diverso è, quindi, un provvedimento difforme da univoche indicazioni normative» poiché deve, inoltre, escludersi la sussistenza di una discrezionale facoltà del giudice di sospendere il processo fuori dei casi tassativi di sospensione necessaria, e «per mere ragioni di opportunità (già, la [sentenza n. 207 del 2004](#))» ([Corte cost. ord. n. 202 del 2020](#)).

<sup>48</sup> Si tratta di una linea di azione prospettata da M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit., fin dalla prima ordinanza di incostituzionalità differita, sul caso Cappato.

<sup>49</sup> Elisabetta Lamarque ci insegna il valore fondamentale della motivazione delle pronunce della Corte costituzionale, in quanto «linfa vitale della relazione tra la Corte costituzionale e l'autorità giudiziaria». In particolare, l'Autrice osserva come «i giudici hanno riconosciuto che la portata degli effetti vincolanti delle decisioni costituzionali – e dunque, a seconda di casi, vincolanti nei confronti dei soli giudici del giudizio *a quo* oppure di tutti i giudici – dipende dal tenore della loro motivazione» (E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*, cit.).

<sup>50</sup> In questi termini, M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit.

<sup>51</sup> Contenuta nel disegno di legge C. 1951-A, recante «Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, al decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e alla legge 13 settembre 1982, n. 646, in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia». Il disegno di legge approvato dalla Camera il 31 marzo 2022 è stato trasmesso al Senato il 1° aprile 2022 (AS 2574). Il disegno di legge – osserva Pugiotto – sarebbe «in larga parte peggiorativo dell'attuale regime ostativo penitenziario e, in molte previsioni, disallineato alle indicazioni ricavabili dalla pertinente giurisprudenza costituzionale» (in A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria*, cit., 765, cui si rinvia, v. nota 11, per una rassegna di interventi a commento della disciplina dell'ergastolo ostativo, prevista nel disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati).

<sup>52</sup> Ivi, 764.

<sup>53</sup> In tal senso, la richiesta dell'Avvocatura dello Stato.

<sup>54</sup> Con una singolare inversione rispetto alla precedente pronuncia, [ord. n. 97/2021](#), la struttura dell'ordinanza in esame si compone solamente del «rilevato che».

<sup>55</sup> Su cui, almeno: A. LOLLO, [Riflessioni critiche a margine del secondo rinvio della Corte costituzionale sull'ergastolo "ostativo"](#), in questa [Rivista 2022/III](#), 1066; U. ADAMO, [È \(resterà\) due senza tre? Sull'"incostituzionalità prospettata": criticità ulteriori di una tecnica decisoria già di per sé problematica](#), [ivi](#), [2022/II](#), 822; F. SIRACUSANO, [Un ulteriore rinvio "aspettando Godot": l'intollerabile sopravvivenza dell'ergastolo ostativo](#), in [Giurisprudenza Costituzionale](#), 3, 2022.

<sup>56</sup> Si noti che il giudice costituzionale redattore della prima ordinanza era Nicolò Zanon: v'è chi interpreta tale diversità come un «implicito segnale di un dissenso interno alla Corte» (così, A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria*, cit., 766).

<sup>57</sup> La decisione in commento ha trovato autorevole critica nella nota di A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria*, cit. Critica fondata anche sulla posizione di «inseguimento» assunta dalla Corte costituzionale. Il giudice delle leggi –

La seconda parola della Corte costituzionale sul caso dell'ergastolo ostativo, dunque, è un nuovo rinvio, in attesa di una risposta del legislatore<sup>58</sup>. È una scelta processuale inedita<sup>59</sup> che ci dice, essenzialmente, tre cose.

La prima: la tecnica decisoria inaugurata, per la prima volta, nel noto caso Cappato<sup>60</sup> non rispetta uno schema fisso, predefinito<sup>61</sup>. Con essa, la Corte si mantiene libera da vincoli<sup>62</sup>, poiché fa solo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale<sup>63</sup>.

La seconda: prolungare l'attesa, in considerazione dello stato di avanzamento dell'iter di formazione della legge, è logicamente coerente con l'esigenza di leale collaborazione che ha spinto la Corte a disporre inizialmente il primo rinvio<sup>64</sup>. Del resto, «in un dialogo proficuo la volontà di dichiarare l'incostituzionalità dovrebbe essere rifuggita»<sup>65</sup>, anche a costo di rinviare ancora il giudizio costituzionale.

Dall'unione delle due prospettive, emerge la flessibilità di una Corte costituzionale che, aprendosi all'esterno, rimodula i tempi e gli strumenti processuali in funzione della dialettica ordinamentale, accolta come mezzo indispensabile per «rendere giustizia costituzionale»<sup>66</sup>.

---

osserva l'Autore – deve «sindacare ciò che il legislatore ha fatto o non ha fatto, non ciò che potrebbe fare e, forse, farà». Altrimenti, la cooperazione risulterebbe «costituzionalmente sbilanciata e istituzionalmente asimmetrica».

<sup>58</sup> Con il secondo rinvio «la Corte mostra di voler consapevolmente governare le cadenze processuali, al fine di dare spazio all'auspicato intervento del legislatore» (*Relazione della Presidente Silvana Sciarra sull'attività della Corte costituzionale nel 2022*). Si noti che in detta relazione manca un'apposita sezione dedicata ai rapporti tra Corte e legislatore, immancabile nelle precedenti Relazioni Annuali dei Presidenti).

<sup>59</sup> È un «inedito assoluto»: A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria*, cit., 762. I due precedenti ([ord. n. 207/2018](#) sul caso Cappato e [ord. n. 132/2020](#) sulla diffamazione a mezzo stampa), nel perdurare dell'inerzia legislativa, si sono conclusi con una pronuncia di accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale della Corte (rispettivamente, [sentt. nn. 242/2019](#) e [150/2021](#)). In entrambi i casi, tuttavia, la Corte non ha potuto fare a meno di «ribadire con vigore l'auspicio che la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai principi precedentemente enunciati» ([Corte cost. sentt. n. 242/2019](#)). Del resto, la decisione di incostituzionalità «non implica che il legislatore debba ritenersi costituzionalmente vincolato a mantenere anche per il futuro» ([Corte cost. sentt. n. 150/2021](#)) la soluzione individuata dalla Corte, secondo lo schema delle rime possibili.

<sup>60</sup> La Corte costituzionale “inventa”, con l'ordinanza resa nel cd. caso Cappato, una nuova tipologia decisoria in ragione dell'esigenza di rendere giustizia costituzionale (M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e Società*, 1, 2020, 68-69). Nel caso dell'ergastolo ostativo, invece, quella stessa esigenza avrebbe imposto una decisione immediata della Corte, memore del proverbio “non rimandare a domani quello che potresti fare oggi” (così, M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953* (versione provvisoria), Relazione al Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, *I 70 anni della Legge n. 87 del 1953: l'occasione per un “bilancio” sul processo costituzionale*, Como, 26-27 maggio 2023, 26, nel richiamare la riflessione di L. MADAU, *Fai domani quello che potresti fare oggi. Un raffronto tra l'ordinanza n. 132 del 2020 e la sentenza n. 150 del 2021*, in [Nomos](#), 3/2021).

<sup>61</sup> Lo rileva Marco Bignami dove prefigura le varie ipotesi che si possono verificare a seguito dell'adozione di un'ordinanza ad incostituzionalità differita, secondo la sua definizione. In particolare, l'Autore osserva che se «il legislatore è sul punto di provvedere: non si può escludere un nuovo rinvio motivato della trattazione della causa davanti alla Corte» (M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit.). Così è stato.

<sup>62</sup> L'unico vincolo che può nascere con l'ordinanza di rinvio della trattazione è quello a prendere una decisione, nel caso in cui il legislatore non intervenga. Non necessariamente, si noti, una decisione nel senso della incostituzionalità. Così, V. MARCENÒ, *Una tecnica controversa*, cit., 514.

<sup>63</sup> G. Silvestri osserva come, con la tecnica decisoria dell'incostituzionalità differita, «la Corte si è avvalsa della facoltà – ad essa indubbiamente spettante – di rinviare l'udienza a data fissa», senza compiere nessun «atto implicitamente o esplicitamente vietato dalle leggi o dalle norme integrative in vigore» (G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, cit.).

<sup>64</sup> Si può condividere quanto osservato dal Presidente della Corte costituzionale, Giuliano Amato, redattore dell'[ordinanza n. 122/2022](#), in un'intervista al Corriere della Sera del 16 maggio, secondo cui «far valere una scadenza e non dare peso ai lavori in corso, soprattutto su questioni complesse, indebolirebbe la mia stessa credibilità rispetto alla leale collaborazione».

<sup>65</sup> Così, G. CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo: tanti “tempi” e provvedimenti per risolvere -forse solo temporaneamente- un'unica questione*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2, 2023, 219.

<sup>66</sup> G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, cit. L'ordinanza di rinvio, nel noto caso Cappato, è considerata dall'Autore «la strada del minor danno possibile, che equivale, nel contesto dato, alla miglior tutela concretamente

Con il secondo rinvio, poi, la Corte sembra rivalutare la congruità<sup>67</sup> del tempo inizialmente assegnato al Parlamento per provvedere, riconoscendo che si tratta, alla fine, di un concetto relativo, che dipende in larga misura dalla reazione dell'interlocutore, e cioè del legislatore. E allora, lasciandosi convincere dallo sviluppo normativo in corso, la Corte riformula la propria proposta: concede altro tempo, ma più contenuto.

In tale decisione si può cogliere fino in fondo l'essenza compromissoria propria della tecnica del «monito a termine», «ispirata dalla volontà di rafforzare il dialogo con i destinatari delle pronunce costituzionale (legislatore e giudici comuni), senza rinunciare alla funzione di garante della Costituzione»<sup>68</sup>: altro tempo per garantire il diritto alla prima parola del legislatore<sup>69</sup>, ma contenuto perché l'attesa della collaborazione legislativa non si traduca, irragionevolmente, in tempo perso per i diritti delle persone detenute.

Infine, la terza: la Corte ha ancora voglia di sperimentare, provando e riprovando. Le *prove d'orchestra*, oggi, «servono ad accordare gli strumenti e creare la necessaria sintonia»<sup>70</sup> tra la Corte costituzionale e il legislatore<sup>71</sup>.

Il doppio rinvio è, perlappunto, un esperimento: ed ecco la Corte, alla finestra, per vedere quale impatto esso produce sull'ordinamento<sup>72</sup>.

L'impatto, per diverse ragioni, è stato inedito<sup>73</sup>.

Lo sviluppo normativo, fuoriuscito dalla sede parlamentare, è approdato in quella governativa, dove si è concluso con un provvedimento d'urgenza. Poiché, a questo punto, è diventato urgente garantire la certezza del diritto a chi ha, come unica e drammatica certezza, l'eternità della pena<sup>74</sup>.

Ciò che ha determinato l'esigenza di scomodare il Governo è stato lo scioglimento anticipato delle Camere, disposto dal Presidente Mattarella il 21 luglio 2022<sup>75</sup>.

---

praticabile». Nel contesto, pur diverso, dell'ergastolo ostativo, le ordinanze interlocutorie rispondono alla medesima finalità.

<sup>67</sup> La valutazione (o la rivalutazione) della congruità del tempo necessario e sufficiente a legiferare è un'operazione delicatissima. Parte della dottrina esprime perplessità circa l'attribuzione di tale operazione alla Corte costituzionale. Per tutti, ci si è chiesto «qual è il tempo congruo per un intervento del legislatore, soprattutto nei casi in cui è la stessa Corte a ritenere la necessità di una compiuta disciplina della materia? Spetta alla Corte quantificare questo tempo, o ritenerlo esaurito, pur in presenza di disegni di legge in discussione alle Camere? Il tempo è politica. Decidere se, quando e come intervenire in una materia è sempre una scelta politica» (V. MARCENÒ, *Una tecnica controversa*, cit. 519). Analoga domanda è posta da A. PUGIOTTO: «Piacerebbe capire, inoltre, quale clessidra sia in dotazione a Palazzo della Consulta (Id, *Da tecnica a tattica decisoria*, cit., 768).

<sup>68</sup> V. MARCENÒ, *Una tecnica controversa*, cit., 512.

<sup>69</sup> L'espressione usata dalla Corte costituzionale è «in prima battuta»: [ord. n. 97/2021](#).

<sup>70</sup> E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*, cit., 57.

<sup>71</sup> La stagione delle prove d'orchestra può dirsi conclusa, invece, con riferimento alla (ormai solida) relazione tra Corte costituzionale e l'autorità giudiziaria.

<sup>72</sup> È l'atteggiamento che ha caratterizzato la prima stagione della Corte costituzionale, quella durata dal 1956 al 1996, quella delle prove d'orchestra (secondo la nota espressione di Elisabetta Lamarque), quella «dei tentativi (della Corte) respinti, delle proposte (della Corte) cadute nel vuoto, degli esperimenti (sempre della Corte)». Quella in cui, appunto, la Corte «si mette alla finestra per vedere quale impatto ciascun suo esperimento produce nell'ordinamento, allo scopo di confermare gli strumenti che funzionano e abbandonare quelli che falliscono il loro scopo» (E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*, cit., 56). È un atteggiamento ancora attuale perché la Corte non ha finito di sperimentare.

<sup>73</sup> E, per questo, inaspettato: G. Casavecchia osserva come, probabilmente, «nemmeno la Consulta si attendesse un intervento del Governo» (G. CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo*, cit.).

<sup>74</sup> Quando emergono esigenze di certezza, infatti, non vi «sarebbero dubbi sulla legittimità del ricorso alla decretazione d'urgenza, al fine di superare l'impasse» (M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit.).

<sup>75</sup> V'è chi non concorderebbe: lo scioglimento anticipato delle Camere «mette a bordo campo il Parlamento» ma non giustifica, perciò, il ricorso alla decretazione d'urgenza, non essendo, in alcun modo, un evento straordinario (cioè imprevedibile) richiesto dall'art. 77 Cost. (così, A. PUGIOTTO, *Perché con lo scioglimento delle Camere la Consulta deve bocciare l'ergastolo*, in [il Riformista](#), 27 luglio 2022). Ciò che è certo è che la Corte costituzionale «ha dovuto implicitamente sopportare le conseguenze [dello scioglimento anticipato del Parlamento]: l'intervento di un soggetto diverso da quello auspicato» (G. CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo*, cit., 225).

Con la fine della legislatura, l'iter parlamentare si è bruscamente interrotto e il disegno di legge (C. 1951) approvato dalla Camera dei deputati è inevitabilmente decaduto.

Insomma, al Parlamento non è bastato nemmeno l'ulteriore tempo, contenuto, concesso con il secondo rinvio. Quel tempo, forse, poteva dirsi congruo *rebus sic stantibus*, ma le cose – specialmente nel sistema politico italiano – non stanno mai così.

Il tempo che separava le elezioni politiche – 25 settembre – dall'udienza pubblica fissata per la discussione – 8 novembre – non era sufficiente per l'approvazione, in sede parlamentare, di una nuova disciplina dell'ergastolo ostativo. L'unico strumento normativo compatibile con tempi così straordinariamente ristretti era il decreto-legge<sup>76</sup>.

Così, il Governo presieduto da Giorgia Meloni, in *limine temporis*, ha adottato il decreto-legge n. 162 del 2022<sup>77</sup>, con cui ha sostanzialmente riprodotto il disegno di legge che il Parlamento, nel corso della precedente legislatura, non era riuscito ad approvare<sup>78</sup>. Cambiano le forme, ma non i contenuti. La produzione normativa si è svolta lungo un *continuum istituzionale*, all'interno di un legislatore bicefalo. Non stupisce più che la funzione legislativa sia *condivisa*: preferibilmente affidata al Parlamento, necessariamente assunta dal Governo.

La decretazione d'urgenza è semplicemente diventata la via privilegiata per ottenere certezza sui tempi delle decisioni<sup>79</sup>.

Poco importa, poi, se la Corte costituzionale aveva ritenuto opportuno un ulteriore rinvio dell'udienza per consentire proprio al Parlamento di completare i propri lavori<sup>80</sup>; ciò che conta è che

---

<sup>76</sup> Meno compatibile, invece, con la necessità di una «più complessiva, ponderata e coordinata valutazione legislativa», espressamente richiesta dalla Corte costituzionale con [ord. n. 97/2021](#).

<sup>77</sup> È il primo decreto-legge adottato dal Governo Meloni, un decreto-legge *patchwork* (espressione utilizzata da A. FUSCO, «*Che fretta c'era?*»: *le norme anti-rave nel primo decreto-legge del Governo Meloni*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2023) di natura assai eterogenea, che ha previsto «misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di termini di applicazione delle disposizioni del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, e di disposizioni relative a controversie della giustizia sportiva, nonché di obblighi di vaccinazione anti SARS-CoV-2, di attuazione del Piano nazionale contro una pandemia influenzale e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali». In commento al decreto-legge n. 162 del 2022, si veda anche: D. GALLIANI, *Il decreto legge 162/2022, il regime ostativo e l'ergastolo ostativo: i dubbi di costituzionalità non manifestamente infondati*, in *Sistema Penale*, 21 novembre 2022; F. GIANFILIPPI, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis: un percorso a ostacoli per il condannato e per l'interprete*, in *Giustizia Insieme*, 2 novembre 2022; M. PASSIONE, *A proposito del d.l. 162/2022: rilievi costituzionali e proposte di modifica, con particolare riferimento alla disciplina in materia di 4-bis o.p.*, in *Sistema Penale*, 28 novembre 2022 (queste ed altre indicazioni in G. CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo*, cit., 213). In calce all'indicazione di tali commenti, sia consentita una domanda provocatoria. Si è detto, poco sopra, che per poter dialogare bisogna prima saper ascoltare. Si è detto, altresì, che la Corte costituzionale, con la tecnica del doppio rinvio, ha ascoltato il legislatore. Ma il legislatore ha ascoltato la Corte costituzionale? Il Governo ha realmente ascoltato il monito della Corte?

<sup>78</sup> Una curiosità eminentemente politica. Emilio Dolcini osserva attentamente come il disegno di legge approvato dalla Camera era stato votato dai partiti che sostenevano il Governo Draghi, ma non da Fratelli d'Italia, all'epoca unico partito di opposizione. Ora, invece, primo partito della maggioranza che sostiene il Governo Meloni (E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato in articolo mortis*, cit., 2022, 3). Quasi come se l'adozione di un decreto-legge, necessitata dalla ristrettezza dei tempi, rappresentasse semplicemente un segnale rivolto alla Corte costituzionale. Ciò indipendentemente dal contenuto: tanto, per quello, è sempre possibile apportare interventi modificativi in sede (parlamentare) di conversione del decreto. In realtà, una piccola, ma significativa, differenza tra la proposta di legge presentata alla Camera (AC 1951) e il decreto-legge n. 162/2022 c'è e si trova nel titolo: la prima «Modifiche (...) in materia di revisione delle norme sul divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia» (approvata, poi, con nuovo titolo); il secondo «Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia».

<sup>79</sup> Da tempo, ormai, in dottrina si osserva come la decretazione d'urgenza abbia «finito per assumere impropriamente il ruolo di ordinaria iniziativa legislativa rinforzata a disposizione del Governo», diventando «il principale strumento a disposizione del Governo per ottenere certezza sui tempi di esame del provvedimento, connessi ai termini costituzionali di conversione. Il decreto-legge è cioè sostanzialmente diventato il principale strumento a disposizione del Governo per «forzare» la programmazione dei lavori parlamentari» (così, R. PERNA, *Tempi della decisione ed abuso della decretazione d'urgenza*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2010, 64).

<sup>80</sup> G. Casavecchia osserva come, in effetti, nelle due ordinanze di rinvio «si fa più volte appello al solo «Parlamento»» (G. CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo*, cit., 223).

lo sviluppo normativo si sia concluso con una modifica complessiva della disciplina interessata dalle questioni di legittimità costituzionale, che trasforma – almeno sulla carta - da assoluta in relativa la presunzione di pericolosità del condannato all'ergastolo per reati ostativi, non collaborante con la giustizia. «Sebbene operata da un decreto-legge ancora in corso di conversione»<sup>81</sup>.

Conta che l'attesa non sia stata vana: alla fine, il vuoto normativo lasciato dal Parlamento è stato colmato dal Governo.

La Corte costituzionale accetta, come *ius superveniens*, la normativa di origine governativa e, con essa, accetta la supplenza del Governo<sup>82</sup>. Anche perché, in fin dei conti, la supplenza dell'esecutivo evita la sua<sup>83</sup>.

Bisogna riconoscere che l'esperimento del doppio rinvio ha generato nell'ordinamento un clima di particolare attenzione che si è tradotto nell'immediato intervento del Governo con decretazione d'urgenza. Si può (e si deve) criticare il merito<sup>84</sup> – la (il)legittimità costituzionale della nuova disciplina - e il metodo – la (in)sussistenza dei requisiti, costituzionalmente imposti, di straordinaria necessità e urgenza<sup>85</sup> - ma non si può negare che si tratta di una reazione politica, una risposta a una richiesta formulata dalla Corte costituzionale.

---

<sup>81</sup> [Corte cost. ord. n. 227 del 2022](#). Per la restituzione degli atti al giudice a *quo*, la Corte ritiene sufficiente che la modifica normativa abbia inciso «immediatamente sul nucleo essenziale delle questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione», indipendentemente dalla sua forma e dalla sua provvisorietà. V'è chi, invece, prospetta una soluzione diversa. Considerata la provvisorietà e instabilità della normativa sopravvenuta (un decreto-legge non ancora convertito), «prudenza avrebbe voluto quindi che la Corte avesse ulteriormente rinviato la questione di qualche settimana, così da avere certezza dell'approvazione del provvedimento» (S. CURRERI, *Ergastolo ostativo tra sviste e omissioni: lo strano caso della Corte Costituzionale*, in [il Riformista](#), 13 novembre 2022).

<sup>82</sup> Le carenze e, di riflesso, le supplenze istituzionali generano situazioni sempre problematiche: consapevolezza maturata da Alessandro Manzoni, già nel XIX secolo. «Quando le cose non sono fatte da chi toccherebbe o non sono fatte in maniera di poter servire, nasce ugualmente, in alcuni il pensiero di farle, negli altri la disposizione ad accettarle, da chiunque siano fatte. L'operar senza regole è il più faticoso e difficile mestiere di questo mondo» (A. MANZONI, *Storia della Colonna Infame*, 1840). La Corte costituzionale è chiamata, spesso, ad «operar senza regole»: in tali circostanze, il dialogo e la collaborazione rappresenterebbero il modo per svolgere «il più faticoso e difficile mestiere di questo mondo».

<sup>83</sup> Entrambi i precedenti in cui la Corte ha sperimentato la tecnica decisoria dell'incostituzionalità differita, il caso Cappato ([ord. n. 207 del 2018](#)) e diffamazione a mezzo stampa ([ord. n. 132 del 2020](#)), hanno mostrato l'apatia del legislatore, nella sua duplice composizione (parlamento-governo), con la conseguenza che la Corte, riappropriandosi del dubbio sollevato, ha dichiarato incostituzionali entrambe le disposizioni oggetto della questione di legittimità (art. 480 c.p. e art. 595 c.p.), rispettivamente con [sentenze nn. 242/2019](#) (pronuncia di accoglimento manipolativo) e [150/2021](#). La Corte, supplendo alle prolungate carenze colpevoli del legislatore, ha reso giustizia costituzionale (G. Silvestri, *Del rendere giustizia costituzionale*, cit.). La dinamica è chiara: o il governo supplisce ai ritardi/mancanze del parlamento o lo fa la Corte. Il tema della supplenza della Corte costituzionale, nei confronti del Parlamento-legislatore, al centro degli interessi della dottrina fin dagli anni Settanta, è stato ripreso da Franco Modugno al fine di portarne alla luce «il suo più profondo e riposto significato» (F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, 107 ss.). L'unidirezionalità delle supplenze conferma ciò che la dottrina, ormai da tempo, osserva e denuncia: il Parlamento italiano si trova in grande difficoltà. Allo stesso tempo, vittima e complice della sua «sostanziale marginalità istituzionale» (S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza: resiliente o latitante?* in *Quaderni Costituzionali*, 4, 2020). Tale difficoltà ci impone di «occuparci, preoccupandoci», «della cura del Parlamento e del principio rappresentativo (i grandi ammalati dell'oggi)» poiché «è dalla rifondazione del ruolo del Parlamento che si deve partire per ricostruire un rapporto sano con la Corte» (così, M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e Società*, 1, 2020, 73 e 72).

<sup>84</sup> Tra le robuste voci critiche, si vedano, per tutti: A. PUGIOTTO, *Così la destra ha salvato l'ergastolo (e la Consulta*, cit. e E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato in articolo mortis*, cit.

<sup>85</sup> Ma non lo poteva fare la Corte costituzionale, in quella sede, poiché era (solo) chiamata a verificare il seguito assicurato nell'ordinamento al monito formulato con [ord. n. 97/2021](#). I presupposti straordinari di necessità ed urgenza sarebbero integrati dai «moniti rivolti dalla Corte costituzionale al legislatore per l'adozione di una nuova regolamentazione dell'istituto al fine di ricondurlo a conformità con la Costituzione» e dall'«imminenza della data dell'8 novembre 2022, fissata dalla Corte costituzionale per adottare la propria decisione in assenza di un intervento del legislatore». Ma il monito era stato formulato più di un anno prima (anzi, la necessità di un intervento in materia di ergastolo ostativo era emersa almeno a far data dalla sentenza 13 giugno 2019, Viola contro Italia). E, in ogni caso, non si può ravvisare la straordinarietà richiesta dall'art. 77 Cost. nei ritardi che il parlamento più o meno colpevolmente



Risposta che la Corte considera sufficiente al fine di soddisfare il monito al legislatore formulato fin dalla prima pronuncia ([ord. n. 97/2021](#)).

Ed ecco che, con [ordinanza n. 227/2022](#)<sup>86</sup>, redattore Nicolò Zanon, la Corte costituzionale restituisce gli atti alla Corte di cassazione<sup>87</sup>. Così, la sua ultima parola in tema di ergastolo ostativo è puramente *interlocutoria*<sup>88</sup>: da un lato, accoglie l'intervento normativo del governo, dall'altro, demanda al giudice *a quo* una nuova valutazione delle questioni di legittimità costituzionale, «anche all'esito del procedimento di conversione del decreto-legge»<sup>89</sup>.

La Corte di cassazione, per parte sua, sceglie di non riattivare il dialogo con la Corte costituzionale ma quello con il giudice di merito. Solamente il Tribunale di sorveglianza, infatti, può verificare, in concreto, la portata applicativa della nuova disciplina nonché l'effettiva accessibilità del detenuto alla liberazione condizionale, con accertamenti di merito preclusi al giudice di legittimità. Accertamenti indispensabili per apprezzare la non manifesta infondatezza e rilevanza dei dubbi di legittimità costituzionale relativi alla normativa dell'ergastolo ostativo per come riformata dal Governo e dal Parlamento<sup>90</sup>.

In termini processuali, la decisione del giudice *a quo* consiste in una cassazione con rinvio, ossia una pronuncia ancora interlocutoria, all'interno di un dialogo continuo<sup>91</sup>.

3. *Alla ricerca del legislatore: tra Parlamento e Governo; tra storia e attualità; tra forma e sostanza; tra linguaggio e concetto*

L'[ordinanza n. 227/2022](#) rappresenta il *turning point* della vicenda costituzionale dell'ergastolo ostativo. Con essa, la Corte costituzionale rinuncia al proprio diritto di parola per restituirlo alla

---

accumula. L'«abulia del legislatore» (R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad uno scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni Costituzionali*, 4, 2019), quale male di cui il parlamento è affetto da tempo (V. MARCENÒ, *Una tecnica controversa*, cit., 511), è macroscopica e grave, ma non straordinaria. Non foss'altro perché, ormai, è cronica. Il decreto-legge si posizionerebbe «fuori dai binari della Costituzione» e, per questo, «andrà chiamata in causa la Consulta» (A. PUGIOTTO, *Il gioco del cerino in attesa dell'udienza in Cassazione*, cit.).

<sup>86</sup> Ordinanza «prevedibile e prevista»: S. CURRERI, *Ergastolo ostativo tra sviste e omissioni: lo strano caso della Corte Costituzionale*, cit.

<sup>87</sup> La Presidente della Corte costituzionale, Silvana Sciarra, osserva come la restituzione degli atti ai giudici che avevano inizialmente sollevato la questione sia «un atto dovuto» ([Relazione della Presidente Silvana Sciarra sull'attività della Corte costituzionale nell'anno 2022](#)). Parla di «atto dovuto» anche Andrea Morrone, secondo cui, per l'appunto, «passare la palla al giudice ordinario è un atto dovuto, dunque, ma non un dramma» in quanto «consentirebbe alla Consulta di evitare, oltre a un conflitto col governo oggi inopportuno, alcune insidie» (ID., *La Consulta può evitare lo scontro sul decreto truffa sull'ergastolo ostativo*, in [Domani](#), 7 novembre 2022).

<sup>88</sup> È, ancora, la Presidente della Corte costituzionale a precisare che la restituzione degli atti «riattiva l'interlocuzione con il giudice rimettente» ([Relazione della Presidente Silvana Sciarra sull'attività della Corte costituzionale nell'anno 2022](#)).

<sup>89</sup> Il procedimento parlamentare si è concluso il 30 dicembre 2022, con l'approvazione della legge di conversione n. 199. Sulla disciplina dell'ergastolo ostativo riformata dalla legge di conversione, si veda: S. BERNARDI, *Il "regime ostativo" ex art. 4-bis ord. pen. dopo la conversione del d.l. 162/2022: il testo risultante dalla versione approvata dal Senato il 13 dicembre 2022*, in [Sistema Penale](#), 22 Dicembre 2022 e A. RICCI, *Le modifiche introdotte dalla legge 30 dicembre 2022, n. 199, di conversione, con modifiche, del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, in [Giurisprudenza Penale](#), 1, 2023 (indicazioni richiamate in G. CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo*, cit., 214).

<sup>90</sup> «Si prospetta allora la necessità della mediazione valutativa del giudice del merito, affinché accerti, alla luce della nuova normativa, l'ammissibilità e fondatezza della pretesa fatta valere dal ricorrente o, di contro, l'assenza di tali qualità della sua domanda in ragione delle disposizioni limitatrici della nuova disciplina che agiscano in concreto con funzione impeditiva, con conseguente, per tale via, persistente rilevanza della questione incentrata sulla contrarietà ai principi di cui agli artt. 3, 27 e 117 Cost. di un complesso di regole che finisce con l'escludere il condannato all'ergastolo cd. ostativo dall'accesso alla liberazione condizionale in violazione del principio di ragionevolezza, del principio della finalità rieducativa e risocializzante della pena e degli obblighi convenzionali assunti dallo Stato quanto al trattamento dei condannati alla cd. pena perpetua»: Cass. pen., sez. I, 11 aprile 2023, n. 15197.

<sup>91</sup> Il *terzo* interlocutore è rappresentato unitariamente da tutti i giudici comuni, di legittimità e di merito.

Cassazione, perché nelle more del processo costituzionale è sopravvenuta una normativa che incidendo “profondamente sull’ordito logico che sta alla base delle censure prospettate”, risponde al monito che la Corte costituzionale, con [ordinanza n. 97 del 2021](#), aveva indirizzato al Parlamento<sup>92</sup>. Questa normativa è di origine governativa: si tratta di un decreto-legge, non ancora convertito in legge dal Parlamento, che il Governo, appena formato, ha adottato otto giorni prima dell’udienza fissata per la discussione pubblica.

Insomma, la Corte ritiene soddisfatto il monito indirizzato al legislatore anche quando l’intervento richiesto è attuato da un decreto-legge (provvisorio) del Governo e non dalla legge del Parlamento<sup>93</sup>.

Ma chi è, allora, il legislatore, destinatario dei moniti della Corte<sup>94</sup>?

Sarebbe vano cercare una risposta univoca nella giurisprudenza costituzionale<sup>95</sup>.

Generalmente, infatti, quando la Corte costituzionale allude al legislatore statale «non specifica se spetta al Parlamento o al Governo esercitare l’iniziativa e concretizzarla in un provvedimento» perché «non è compito della Corte operare una distribuzione delle competenze che affonda le proprie radici nella dinamica dei rapporti tra Governo e Parlamento»<sup>96</sup>.

Così, spesso la Corte si rivolge genericamente al legislatore, altre volte più specificamente al Parlamento.

Ne deriva una ambiguità linguistica<sup>97</sup> in cui pare che la Corte costituzionale utilizzi, indistintamente, i termini legislatore e Parlamento, come fossero essenzialmente sinonimi, praticamente equivalenti<sup>98</sup>.

Non fa eccezione la giurisprudenza costituzionale in tema di ergastolo ostativo<sup>99</sup>: con [ordinanza n. 97/2021](#), la Corte ha disposto il rinvio del giudizio, «dando al *Parlamento* un congruo tempo per

---

<sup>92</sup> «La complessa vicenda restituisce uno stato di incertezza che potrebbe minare il futuro di questa “tecnica decisoria”»: M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant’anni dalla legge n. 87 del 1953* (versione provvisoria), cit., 25.

<sup>93</sup> La stessa Presidente della Corte costituzionale riconosce, infatti, che la disciplina sopravvenuta (d.l. n. 162 del 2022) è stata «adottata in seguito ai precedenti moniti della Corte stessa» ([Relazione della Presidente Silvana Sciarra sull’attività della Corte costituzionale nel 2022](#)).

<sup>94</sup> Da questa prospettiva di indagine, non pare rilevante la differenza tra lo strumento processuale del monito e quello del monito a termine. Sulle tecniche processuali e la loro evoluzione, si veda, da ultimo, M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant’anni dalla legge n. 87 del 1953* (versione provvisoria), cit., ma anche M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in C. Padula (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?* Napoli, Editoriale Scientifica, 2020. Per una riflessione più approfondita sui moniti, si confronti F. MODUGNO, *La “supplenza” della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, 163.

<sup>95</sup> Perché lo stesso termine «legislatore», oggi, non è univoco. Il significato di tale espressione si è evoluto nel tempo insieme all’evoluzione della forma di governo e del sistema delle fonti. Il richiamo al «legislatore», allora, dovrebbe esser trattato come un rinvio mobile.

<sup>96</sup> In questi termini, L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento: sentenze-indirizzo e attività legislativa*, CEDAM, Padova, 1987, 302-303. L’Autore propone uno studio sul seguito parlamentare delle sentenze della Corte costituzionale. In proposito si veda anche E. GUARDUCCI, *Sul necessario potenziamento del seguito delle sentenze tenze della Corte costituzionale in Parlamento*, in *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 431 s. (si tratta di studi richiamati da N. LUPO, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Quaderno n. 21, Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 2012).

<sup>97</sup> Ad essere ambiguo, oggi, è proprio il termine legislatore. Non solo. Anche lo stesso «termine governo ha sempre portato con sé forti ambiguità» (M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di governo*, cit., 64).

<sup>98</sup> Al Parlamento, come sinonimo di legislatore, guardava anche la teoria che attribuiva ad alcune norme della Costituzione un valore soltanto programmatico che si nutrivano dell’idea per cui la Carta costituzionale «era un documento di differente valore, rivolto essenzialmente al Parlamento che doveva fare le leggi» (in L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione*, Feltrinelli, 2012, 138).

<sup>99</sup> È una tendenza comune alla giurisprudenza costituzionale che adotta la tecnica del monito a termine. Con [ord. n. 207/2018](#), la Corte si ferma davanti a «scelte che anzitutto il *legislatore* è abilitato a compiere», «per consentire, nella specie, al *Parlamento* ogni opportuna riflessione e iniziativa». «Il tutto in un contesto espressamente definito «collaborativo» e «dialogico» fra Corte e Parlamento». Con [ord. n. 132/2020](#), la Corte, alla luce dei disegni di legge

affrontare la materia», poiché «spetta in primo luogo al *legislatore* ricercare il punto di equilibrio tra i diversi argomenti in campo»; con [ordinanza n. 122/2022](#), rimaste «inalterate le ragioni che hanno indotto questa Corte a sollecitare l'intervento del *legislatore*», ha concesso un ulteriore rinvio «per consentire al *Parlamento* di completare i propri lavori»<sup>100</sup>.

La sovrapposizione terminologica del Parlamento con il legislatore<sup>101</sup> riflette la confusione reale che imperversa, oggi più che mai<sup>102</sup>, nel sistema delle fonti del diritto come nell'organizzazione dei poteri dello stato<sup>103</sup>. Ma se la prima è una confusione sbagliata<sup>104</sup>, o quantomeno anacronistica, la seconda è persino pericolosa: la confusione tra le fonti e i soggetti abilitati a produrle tradisce il senso garantistico proprio della separazione dei poteri. L'identificazione del legislatore con il (solo) Parlamento poteva, forse<sup>105</sup>, valere nella forma di stato liberale in cui la rigida applicazione del principio della divisione dei poteri relegava il più possibile il Governo a organo (meramente) esecutivo, di nome e di fatto<sup>106</sup>. Ma non più oggi, in una forma di governo parlamentare che «ha accolto la versione temperata del principio di separazione di poteri»<sup>107</sup>. La realizzazione dello Stato sociale, in particolar modo, ha incrementato (anche) la produzione normativa, rendendo la funzione legislativa molto più complessa. bisSicché non si erra nel dire che il legislatore dell'oggi detiene un potere ampio, importante. È l'importanza di tale potere a imporne la divisione e la distribuzione tra più soggetti<sup>108</sup>, che lo esercitano nelle forme e nei limiti posti dalla Costituzione.

---

all'esame alle *Camere*, rinvia la decisione «in modo da consentire al *legislatore* di approvare nel frattempo una nuova disciplina».

<sup>100</sup> Il medesimo uso dei termini legislatore e parlamento si ritrova nella [Relazione della Presidente Silvana Sciarra](#). La Presidente ci descrive una vicenda complessa in cui la Corte ha scelto di «governare le cadenze processuali, al fine di dare spazio all'auspicato intervento del *legislatore*». Dove tale complessità «propone, ancora una volta, il tema della leale collaborazione fra Corte costituzionale e *Parlamento*».

<sup>101</sup> Si potrebbe parlare anche di confusione terminologica: nel senso etimologico di confondere (*con-* e *fundere*), e cioè versare insieme, riunire cose che dovrebbero stare separate, mescolare in modo disordinato. Da cui, poi, prendere una cosa per un'altra.

<sup>102</sup> La pandemia, da ultimo, ha messo a dura prova l'ordine costituzionale del sistema delle fonti. Si tratta di un aspetto che ha concentrato, in misura massiccia, l'attenzione e gli sforzi scientifici della dottrina. Tanto che vi sono interi fascicoli speciali di riviste scientifiche ad esso dedicati (tra gli altri, si v. *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2020).

<sup>103</sup> Bisogna tener distinta, invece, la confusione di cui parlava Capograssi nella sua interpretazione della costituzione romana antica: ossia, «la confusione di più poteri nello stesso soggetto e, nello stesso tempo, una scissione di uno stesso tipo di poteri tra soggetti diversi, chiamati ad operare insieme» (su cui S. CASSESE, *Il governo legislatore*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2021, 558).

<sup>104</sup> Sbagliata in quanto riduttiva.

<sup>105</sup> O forse no. Un'analisi attenta mostra che la teoria della separazione dei poteri nella sua versione originale e liberale, quella di Montesquieu, si fonda sulla tesi per cui il potere legislativo, supremo in quanto superiore agli altri, «va[da] esercitato in modalità divisa, non monista o monocratica, da diversi e distinti organi». Emblematica la Costituzione liberale d'Inghilterra in cui «la funzione legislativa viene infatti esercitata dalle tre parti costitutive della comunità (le classiche *μέρη της πόλεως*): i Comuni, i Lords e il re — la formula inglese parla di *King in his Parliament*». Ma anche la prima costituzione francese del 1791 dove il legislativo è attribuito all'*Assemblée législative* e al re, titolare del veto (P. PASQUINO, *La separazione dei poteri. Prologo nel XVIII secolo: da Montesquieu a Madison*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2023).

<sup>106</sup> Il Governo come esecutore di comandi posti dal legislativo è un mito. Rimane un mito persino nelle formulazioni emblematiche della separazione dei poteri, elaborate da Locke e Montesquieu, che «non hanno potuto fare a meno di assegnare ad esso anche funzioni che debordano dai limiti della semplice esecuzione delle leggi» (M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 64).

<sup>107</sup> Così, Q. CAMERLENGO, *Il Presidente della Repubblica e l'attività normativa del governo*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2010. Benché non siano mancate e non manchino letture particolarmente rigide dell'art. 70 Cost. che, sottolineando la valenza esclusiva dell'attribuzione della funzione legislativa alle due camere, giungono a ritenere che «nessun organo diverso dalle camere possa essere chiamato ad emanare norme di valore legislativo» (in M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 54). Come a dire che «il sistema costituzionale vorrebbe un parlamento, e non un governo, legislatore» (ivi, 55).

<sup>108</sup> Questo era ed è essenzialmente il senso della separazione dei poteri, e cioè «l'attribuzione della suprema funzione legislativa ad una «pluralità» di agenti, organi, istanze o istituzioni» (P. PASQUINO, *La separazione dei poteri*, cit.). È l'opposto della concentrazione.

Non esiste un solo organo legislativo né un solo organo esecutivo<sup>109</sup>; esistono funzioni suddivise tra organi che, più per abitudine che per proprietà di linguaggio, chiamiamo ancora legislativo ed esecutivo<sup>110</sup>.

Nella nostra democrazia costituzionale, il legislatore è un organo necessariamente plurale e la funzione legislativa è condivisa<sup>111</sup>: preferibilmente affidata al Parlamento, urgentemente assunta dal Governo<sup>112</sup>. È tale condivisione che ha consentito lo sviluppo di forme di co-legislazione<sup>113</sup>.

La decisione politica del Parlamento, sotto forma di legge, non ha (più) alcun connotato di esclusività ma, semmai, di mera preferenza<sup>114</sup>.

Siamo ancora fermi, però, ad una risposta in negativo: il legislatore non può essere rappresentato unicamente del Parlamento.

L'identificazione del legislatore con il Parlamento, infatti, pare il frutto di una semplificazione linguistica, inadeguata a comprendere e descrivere la complessa realtà dell'ordinamento costituzionale, caratterizzata dalla moltiplicazione dei soggetti normatori<sup>115</sup> e dalla crescita dei poteri normativi al Governo<sup>116</sup>.

Lasciamo da parte, per un momento, la terminologia variamente usata dalla Corte costituzionale per andare dritti al significato autentico dei moniti: preservare e, allo stesso tempo, sollecitare la sfera di discrezionalità del legislatore<sup>117</sup>.

In altri termini, restituire la parola a chi possiede un potere discrezionale, davanti a scelte che appartengono, per l'appunto, alla discrezionalità legislativa e non, invece, al controllo giurisdizionale di una Corte costituzionale.

La discrezionalità, che è essenzialmente politica, identifica unitariamente il legislatore, diversificandolo dagli organi giurisdizionali. Cosicché possiamo dire, con certezza, chi non è il legislatore, senza saper dire, con altrettanta certezza, chi invece è<sup>118</sup>. Dunque, ci è concessa, al più, una risposta in negativo.

---

<sup>109</sup> Tanto che si discute di un «governo legislatore» (L. CASINI, *Il governo legislatore*, in *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, 1, 2023) e di un «parlamento amministratore» (S. SPUNTARELLI, *Il parlamento amministratore*, in *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, 1, 2023).

<sup>110</sup> Si tratta di acquisizioni concettuali che «sembrano aver perso la capacità di comprendere e descrivere la realtà che analizzano» tanto che la stessa «terminologia correntemente in uso che definisce il governo come organo esecutivo sembra da mettere definitivamente in discussione» (M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 51). L'esecutivo, diversamente da ciò che il suo nome designa, «è titolare di una molteplicità di funzioni, alcune delle quali soltanto riconducibili ad una effettiva attività esecutiva» (ivi, 64).

<sup>111</sup> La necessità di condividere la potestà normativa tra Parlamento e Governo è «uno degli esiti storici derivanti dall'enorme sviluppo dei compiti dei pubblici poteri, per far fronte ai quali l'intervento del potere legislativo non era più sufficiente da solo» (M. Benvenuti, R. Bifulco (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale, Gli atti normativi*, Volume V, Giappichelli, Torino, 2023, 154). È un tratto caratteristico delle democrazie costituzionali contemporaneo, rispetto allo Stato di diritto liberale.

<sup>112</sup> Più che di urgenza, sarebbe corretto parlare di celerità. È sempre più evidente come «i parametri costituzionali di straordinaria necessità ed urgenza lasciano il posto a quelli di semplice celerità» (L. CASINI, *Il governo legislatore*, cit., 167).

<sup>113</sup> Sul governo come (co-)protagonista dell'attività legislativa v. N. LUPO, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Quaderno n. 21, Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 2012, 113. Gli anni che ci separano da tale contributo ci consegnano sempre di più l'immagine di un Governo assoluto protagonista dell'attività legislativa accanto ad un Parlamento relegato a ruolo di «spettatore» (espressione di B. G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, Il Mulino, 2011, 73, richiamata da L. CASINI, *Il governo legislatore*, cit., 167).

<sup>114</sup> Su cui F. PATERNITI, *La Corte pedagogista di un legislatore colpevolmente inerte*, in [federalismi.it](https://www.federalismi.it), 16 dicembre 2020. La preferenza di cui parla F. Paterniti è riferita all'intervento delle istituzioni politiche rispetto all'intervento, in supplenza, della Corte costituzionale. Ai nostri fini, invece, la preferenza è per l'intervento dell'istituzione rappresentativa rispetto a quella governativa.

<sup>115</sup> N. LUPO, *La Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 114.

<sup>116</sup> M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 61.

<sup>117</sup> Si tratta di due significati intimamente legati tra loro: il secondo è strumentale al primo. La discrezionalità viene preservata attraverso un invito piuttosto che una decisione più stringente.

<sup>118</sup> L'inquietante crisi di certezze in cui versa l'uomo contemporaneo non risparmia le istituzioni. Non esiste, nemmeno nell'ordinamento costituzionale, la «formula che mondi possa aprirti»; i poeti, come la dottrina, oggi possono

La struttura dei moniti riflette, in piccolo, «il vero significato costituzionale del principio di divisione dei poteri» che «consiste nella separazione e nella reciproca indipendenza fra poteri di governo o politici da un lato, poteri di garanzia dall'altro lato»<sup>119</sup>.

Agli occhi della Corte costituzionale e ai fini del monito, il legislatore si identifica nel detentore del potere politico<sup>120</sup>, potere che è tipicamente discrezionale. E il potere politico si articola lungo il *continuum* Governo-Parlamento<sup>121</sup>, in cui si annida l'elaborazione e la realizzazione dell'*indirizzo politico*. Siamo al cuore del problema: la qualificazione della funzione normativa come strumento di attuazione dell'indirizzo politico consente di «aprire il ventaglio dei soggetti abilitati a partecipare alla produzione normativa, coinvolgendo *in primis* il governo»<sup>122</sup>.

Proprio per il suo coinvolgimento nella produzione normativa, anche il Governo – decisore politico e legislatore - è destinatario dei moniti della Corte costituzionale. Anzi. In ragione del «ruolo prevalente dell'iniziativa legislativa del Governo nel confezionamento delle leggi infine approvate dal Parlamento»<sup>123</sup>, si potrebbe persino dire che il Governo è il *primo* destinatario dei moniti della Corte costituzionale<sup>124</sup>. Se il comune denominatore dei moniti al legislatore è «l'intento di inserire nel processo legislativo punti di vista attinenti al contenuto delle scelte legislative ed elaborati in sede di giudizio di costituzionalità»<sup>125</sup>, la Corte non può che rivolgerli all'organo che, come «attore principale dell'iniziativa legislativa»<sup>126</sup>, normalmente avvia quel processo legislativo. Se i moniti si caratterizzano, essenzialmente, per un «effetto di indirizzo nei confronti del legislatore»<sup>127</sup>, non possono che essere diretti a chi, a propria volta, «ha il compito sostanziale di primaria fonte di stimolo e di sollecitazione nei confronti degli organi legislativi»<sup>128</sup>. Per condizionare, effettivamente, lo svolgimento dell'attività legislativa<sup>129</sup>, la Corte costituzionale, con i propri inviti, deve raggiungere il Governo. Da un'altra prospettiva, complementare a quella appena proposta<sup>130</sup>, si potrebbe pure sostenere che il Governo è il destinatario *principale* dei moniti: se solo si considera lo «strapotere» normativo dell'esecutivo<sup>131</sup>.

In definitiva, le espressioni con cui la Corte costituzionale sollecita il legislatore a intervenire su una determinata materia «sono denominate come “moniti” al legislatore, ma si tratta più propriamente di “inviti” rivolti al Governo e alle Camere in spirito collaborativo»<sup>132</sup>.

---

dirci solo «ciò che non siamo, ciò che non vogliamo» (E. MONTALE, *Non chiederci la parola che squadri da ogni lato, in Ossi di seppia*, Torino, 1923).

<sup>119</sup> Secondo il prezioso insegnamento di Valerio Onida, in V. ONIDA, *Costituzione, garanzia dei diritti, separazione dei poteri*, in [Questione Giustizia](#), 1, 2005, 2.

<sup>120</sup> Ragion per cui ci si riferisce al legislatore, destinatario dei moniti, come al «decisore politico» (così, R. PINARDI, *Moniti al legislatore e poteri della Corte*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), ma anche M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, cit., 71). Il destinatario dei moniti della Corte, dunque, è il decisore politico.

<sup>121</sup> È un *continuum* perché «non si può parlare di una separazione e di una reciproca indipendenza fra questi due poteri nel senso originario» (V. ONIDA, *Costituzione, garanzia dei diritti, separazione dei poteri*, cit.).

<sup>122</sup> Invece, il tradizionale nesso tra la legge e la volontà generale, fondamento dello Stato liberale, impediva teoricamente che l'attività normativa potesse svolgersi anche al di fuori delle aule parlamentari (M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 85), giustificando, altrettanto teoricamente, l'equivalenza tra il legislatore e il parlamento.

<sup>123</sup> G. M. SALERNO, *L'iniziativa legislativa dell'esecutivo: alcune riflessioni*, in [federalismi.it](#), 14 luglio 2017, 3.

<sup>124</sup> Così L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento: sentenze-indirizzo e attività legislativa*, cit.

<sup>125</sup> G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in ID., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, 1982, 321 richiamato in F. Modugno, *La “supplenza” della Corte costituzionale*, cit., 163.

<sup>126</sup> G. M. SALERNO, *L'iniziativa legislativa dell'esecutivo: alcune riflessioni*, cit., 3.

<sup>127</sup> G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, 321.

<sup>128</sup> G. M. SALERNO, *L'iniziativa legislativa dell'esecutivo: alcune riflessioni*, cit., 3.

<sup>129</sup> Ancora, G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, 321.

<sup>130</sup> Complementare poiché il Governo, accanto al compito di iniziativa legislativa, ha anche dei poteri di produzione normativa, per così dire, diretti. Tanto il primo quanto i secondi sono quantitativamente rilevanti.

<sup>131</sup> Di «strapotere» parla L. CASINI, *Il governo legislatore*, cit., illustrandone le statistiche, le modalità, le criticità e le possibili soluzioni.

<sup>132</sup> [Relazione della Presidente Marta Cartabia sull'attività svolta della Corte nell'anno 2019](#), cit. Si noti, in particolare, l'ordine con cui sono indicati i destinatari dei moniti: Governo e Camere. Nello stesso senso, mi pare, anche A. PIZZORUSSO, commento all'art. 134, nel volume *Garanzie costituzionali*, 1981 del *Commentario della Costituzione*,

Possiamo tornare, a questo punto, al linguaggio della giurisprudenza costituzionale.

La figura retorica che esprime meglio il rapporto tra il Parlamento e il legislatore non sembra la sinonimia, bensì la sineddoche<sup>133</sup>. La Corte, associando due realtà differenti ma contigue, in relazione “parte-tutto” tra di loro, sostituisce la denominazione dell’una a quella dell’altra. Così, il Parlamento (che è parte) diventa il legislatore (che è il tutto).

E il tutto è composto anche di un’altra parte: il Governo, seconda testa di un legislatore fondamentalmente bicefalo.

Quel Governo che, da co-protagonista dell’attività legislativa<sup>134</sup>, è diventato il vero e proprio centro di gravità del sistema delle fonti<sup>135</sup>. Di più, ha assunto (impropriamente) il ruolo di «signore delle fonti»<sup>136</sup>.

Non v’è dubbio, allora, che il Governo sia la parte quantitativamente più rilevante del legislatore; quella più rappresentativa<sup>137</sup>, più del parlamento. I termini della sineddoche, in relazione parte-tutto, andrebbero ribaltati.

In definitiva, è significativo che, quando la Corte manda un monito al legislatore, non specifica se intende riferirsi al Parlamento oppure al Governo. Non lo fa perché si rivolge astrattamente ad entrambi<sup>138</sup>. Entrambi, infatti, dispongono della discrezionalità necessaria per prendere decisioni sostanzialmente politiche. L’intervento dell’uno o dell’altro dipende solo dalle condizioni che materialmente si verificano nella realtà. E se il primo non interviene, può sempre farlo l’altro.

Così, ad esempio, una situazione di urgenza – vera o, più spesso, fittizia - giustifica la reazione immediata del Governo.

L’urgenza ci riporta alla vicenda che ci occupa<sup>139</sup>.

---

a cura di G. Branca (richiamato da F. MODUGNO, *La “supplenza” della Corte costituzionale*, cit.) «Il fine gli interventi della corte hanno spesso esercitato una spinta non trascurabile nei confronti del parlamento e del governo per indurli ad affrontare riforme troppo a lungo rimandate: a questo fine la corte ha spesso rivolto espliciti “inviti” al legislatore affinché intervenisse».

<sup>133</sup> La sineddoche raffigura vivamente la perdita di esclusività del parlamento nell’esercizio della funzione legislativa. Che, poi, altro non è che perdita di esclusività nel ruolo di legislatore.

<sup>134</sup> Come è naturale che sia in una forma di governo parlamentare (N. LUPO, *La Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 113).

<sup>135</sup> Che la funzione normativa del Governo sia assolutamente preminente rappresenta, ormai, un fatto noto. Al punto che, in dottrina, pare «sempre più giusto parlare non più di legislazione parlamentare ma di controllo legislativo parlamentare» sulle fonti governative (A. MANZELLA, *L’opposizione in regime di parlamentarismo assoluto*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 20 febbraio 2019, 5).

<sup>136</sup> La signoria evoca eloquentemente un potere acquisito e assunto di fatto da un Governo «refrattario ad assoggettarsi ai limiti formali procedurali, perché si sente in condizione di disporre a piacimento del sistema delle fonti», così M. CARTABIA, *Introduzione-Il Governo signore delle fonti?* in M. Cartabia - E. Lamarque - P. Tanzarella (a cura di), *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici*, Atti del convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa” Università degli Studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011, Giappichelli, Torino, XII.

<sup>137</sup> Rappresentativa nel senso che il governo rappresenterebbe il legislatore più di quanto lo possa rappresentare il parlamento.

<sup>138</sup> La mancanza di un’indicazione specifica non esclude che il potere di intervento «possa venire ascrivito di volta in volta all’uno o all’altro di tali soggetti, oppure ad entrambi» (L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento*, cit., 303).

<sup>139</sup> Ma, a ben vedere, non è l’unica vicenda in cui un monito della Corte, indirizzato al legislatore, è stato seguito dal Governo, attraverso lo strumento della decretazione d’urgenza. Con [sentenza n. 20/2019](#), relatore Nicolò Zanon, la Corte costituzionale concludeva che «appartiene alla responsabilità del legislatore, nell’ambito dell’urgente revisione complessiva della materia, sia prevedere eventualmente, per gli stessi titolari degli incarichi dirigenziali indicati dall’art. 19, commi 3 e 4, modalità meno pervasive di pubblicazione, rispetto a quelle attualmente contemplate dal d.lgs. n. 33 del 2013, sia soddisfare analoghe esigenze di trasparenza in relazione ad altre tipologie di incarico dirigenziale, in relazione a tutte le pubbliche amministrazioni, anche non statali». Tale revisione è stata apportata dal Governo, con l’art. 1, commi da 7 a 7-quater del decreto-legge 30 dicembre 2019 n. 162 (cd. “Milleproroghe”), convertito in legge n. 8 del 2020. La vicenda è stata annoverata, dalla Presidente della Corte, Marta Cartabia, tra gli “esempi virtuosi” degli inviti rivolti al legislatore e, quindi, della collaborazione istituzionale tra Corte e legislatore, poiché «il legislatore ha raccolto l’invito della Corte costituzionale», proprio con decreto-legge ([Relazione della Presidente Marta Cartabia sull’attività svolta della Corte nell’anno 2019](#), cit.).

Non stupisce, allora, che la Corte costituzionale, che pure aveva espressamente concesso tempo al Parlamento per affrontare la materia, decorso inutilmente quel tempo, abbia ritenuto soddisfatto il monito al legislatore in presenza di una modifica della disciplina dell'ergastolo ostativo apportata urgentemente dal governo con decreto-legge. Perché, alla fine, «è intervenuto il legislatore con decreto normativo di urgenza»<sup>140</sup>.

Il Parlamento disponeva di un arco temporale limitato entro cui poteva, se voleva, intervenire; in quell'arco temporale il Parlamento non è intervenuto<sup>141</sup> ma il processo decisionale è stato portato avanti dal Governo, anche senza il suo contributo.

Lo sviluppo normativo avviato nelle Camere è stato concluso dal Governo, fuori dalla sede rappresentativa: il contenuto del disegno di legge discusso e approvato dalla Camera dei deputati si è riversato nel decreto-legge adottato (frettolosamente) dal Governo.

È una singolare forma di co-legislazione. Singolare in quanto inverte la tendenza, eclatante nelle manovre di bilancio degli ultimi anni<sup>142</sup>, a fare del Parlamento un semplice passacarte che ratifica senza decidere<sup>143</sup>. Qui, invece, il Parlamento ha discusso la sostanza di una decisione che, formalmente, è stata presa altrove e più velocemente. Altrove proprio perché più velocemente, in una realtà globale in cui la capacità decisionale non può essere disgiunta dalla velocità della deliberazione.

Entrambe le soluzioni, però, sembrano il maldestro tentativo, nell'era dell'immediatezza delle reazioni, di realizzare una «democrazia decidente» in assenza di un «parlamento decidente»<sup>144</sup>.

In un contesto in cui si moltiplicano i soggetti normatori, l'idea che il Parlamento sia arbitro e sovrano dei suoi tempi deve inevitabilmente considerarsi superata<sup>145</sup>. Come a dire che la preferibilità di un intervento parlamentare non può impedire l'adozione di soluzioni differenti da parte del Governo<sup>146</sup>, in caso di inerzia o ritardo dell'istituzione rappresentativa<sup>147</sup>.

Non lo ha impedito nemmeno nel caso in esame: ed ecco il decreto-legge n. 162/2022.

---

<sup>140</sup> Cass. pen., sez. I, 11 aprile 2023, n. 15197.

<sup>141</sup> O meglio, è intervenuto a metà. Ma metà non basta in un sistema che, almeno sulla Carta, risponde ancora ai canoni di un bicameralismo paritario. Al monocameralismo di fatto è dedicato il fascicolo n. 3/2022 di [Costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)

<sup>142</sup> È una tendenza che caratterizza tutte le leggi a contenuto necessario, ma che assume dimensioni veramente preoccupanti nelle decisioni di bilancio. E preoccupate sono le voci che si alzano in dottrina, voci che non si stancano di fotografare le distorsioni di una procedura che non funziona più, perché rinuncia al ruolo del suo attore protagonista: «quando si finisce col fare a meno del Parlamento» intitolava Chiara Bergonzini il suo commento alla manovra di bilancio 2019, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2019, 162. È una tendenza che accomuna, seppur per diverse ragioni e con varie sfaccettature, le sessioni della XVIII legislatura e la prima sessione della legislatura in corso. Si veda il confronto tra le predette manovre in L. GIANNITI, *Le sessioni di bilancio del 2018, del 2019 e del 2020: procedure di bilancio, poteri del parlamento, rapporti con l'Unione Europea*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2020 e, aggiornato, in L. GIANNITI, *Le "deformazioni" della sessione di bilancio. L'esperienza della XVIII legislatura: quali prospettive per la XIX?* in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2023.

<sup>143</sup> All'interno di quella tendenza, la funzione legislativa del Parlamento è ridotta «ad un'azione di passiva ratifica delle scelte del governo», così risultando svuotata (L. VIOLANTE, *Dal Parlamento delle leggi al Parlamento dei controlli*, in [federalismi.it](http://www.federalismi.it), 15 aprile 2019).

<sup>144</sup> Secondo le espressioni usate, nella premessa al volume dei lavori preparatori della riforma del Regolamento della Camera del 1997, dall'allora Presidente della stessa, Luciano Violante e riconfermate, recentemente, in L. VIOLANTE, *Dal Parlamento delle leggi al Parlamento dei controlli*, cit.

<sup>145</sup> È la trasposizione, in concreto, delle osservazioni formulate, in astratto, da Nicola Lupo: «si moltiplicano i soggetti normatori e il Parlamento dispone di un arco temporale limitato entro cui può, se vuole, intervenire, ma che, una volta trascorso, rende sostanzialmente inutile tale intervento» in N. LUPO, *La Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 114.

<sup>146</sup> Soluzioni differenti ma che devono essere costituzionalmente legittime.

<sup>147</sup> Si tratta della riformulazione del pensiero espresso da F. Paterniti, secondo cui «La preferibilità di un intervento parlamentare, in altre parole, non può impedire differenti soluzioni in caso di inerzia delle istituzioni politiche» (F. PATERNITI, *La Corte pedagogista*, cit.). Cambiano i termini soggettivi: Parlamento-Governo, nella vicenda dell'ergastolo ostativo, Parlamento-Corte, nel discorso di Paterniti.

In definitiva, la vicenda costituzionale dell'ergastolo ostativo mostra, emblematicamente, quanto siamo «lontani dalla situazione in cui il Parlamento era abituato ad essere il solo soggetto normatore, il solo luogo di decisione politica»<sup>148</sup>.

4. *La Corte costituzionale, i moniti al legislatore e il potere normativo primario del Governo: una nuova «forza di legge» per gli atti governativi? Riflessioni a margine del decreto-legge n. 162/2022*

I moniti formulati dalla Corte costituzionale possono essere efficacemente colti dal Governo, nell'esercizio dei suoi poteri normativi primari. Quindi, anche con un decreto-legge non ancora convertito in legge dal Parlamento.

Nascono, da questa considerazione, due riflessioni, logicamente concatenate e implicate tra loro.

La prima concerne la natura dell'attività normativa del Governo, a chiusura del discorso sul legislatore, sopra solo abbozzato.

Ritorna, qui, l'idea per cui la produzione di norme costituisce uno strumento di realizzazione dell'indirizzo politico. Tale idea offre la prospettiva più corretta per valutare l'attività normativa del Governo, inquadrandola nell'ambito dell'attività politica o di indirizzo politico<sup>149</sup>. In questa attività, un ruolo di rilievo è indubabilmente riservato al Governo.

A questo punto, è utile il ricorso a un sillogismo. Se la produzione normativa è strumentale all'esercizio della funzione di indirizzo politico, a cui partecipa anche il Governo, «allora quando quest'ultimo organo esercita l'attività normativa esso agisce nell'ambito di una funzione che, entro i limiti e le condizioni costituzionalmente imposti, gli appartiene in via istituzionale e non può essere riguardato come un invasore che sconfinava nel terreno delle altrui attribuzioni»<sup>150</sup>. In via istituzionale cioè in via ordinaria.

Vengo al punto. Il potere normativo del Governo, se esercitato nel rispetto dei vincoli imposti dalla Costituzione, ha carattere normale<sup>151</sup>, non eccezionale<sup>152</sup>.

Di fronte alla qualificazione della funzione normativa come strumento di attuazione dell'indirizzo politico, tramonta definitivamente l'immagine per cui i poteri normativi primari in capo al Governo sarebbero una deviazione di carattere derogatorio ed eccezionale rispetto all'ordine normale delle competenze<sup>153</sup>, ispirato al mito liberale della separazione dei poteri. Tutti gli studi sull'indirizzo politico, del resto, «muovono dalla necessità di superare l'impostazione tradizionale del principio della separazione dei poteri» in quanto inadeguata a descrivere la realtà della vita dello Stato<sup>154</sup>.

Inadeguata anche a valutare l'attività normativa del Governo<sup>155</sup>.

---

<sup>148</sup> N. LUPO, *La Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 114.

<sup>149</sup> M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 82.

<sup>150</sup> Prosegue M. Cartabia «Non è allora il “quanto” dell'uso dei poteri normativi da parte del governo a suscitare problemi di ordine costituzionale, a condizione che sia salvaguardato in concreto il rispetto dei vincoli procedurali e di contenuto che la Costituzione impone, non ultimo da un sistema di controllo di costituzionalità incisivo ed effettivo» (*Ivi*, 86).

<sup>151</sup> Nel senso etimologico del termine (derivato di *norma*): che segue la norma, conforme alla norma. Ma, appunto, è normale fintanto che rispetta la norma, ossia la Costituzione. Se, invece, va fuori dalla norma, torna nel campo dell'eccezione, peraltro incostituzionale.

<sup>152</sup> Non ha carattere eccezionale nemmeno il potere normativo che il Governo esercita attraverso la decretazione d'urgenza, nel rispetto dei vincoli posti dalla Costituzione. In quel caso, l'eccezionalità si può riferire solamente ai presupposti di «straordinaria necessità ed urgenza».

<sup>153</sup> M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 54.

<sup>154</sup> *Ivi*, 69.

<sup>155</sup> Forse ad essere inadeguata, oggi, è proprio l'espressione «separazione dei poteri», in quanto datata e non più attuale nel suo significato originale. Elaborata dal costituzionalismo liberale, abolita dai totalitarismi novecenteschi, revitalizzata dal costituzionalismo democratico, tale espressione si presenta alle soglie del costituzionalismo contemporaneo come una formula flessibile, che si presta a interpretazioni sensibilmente diverse. Si discute, in



Fuori dalla logica dell'eccezione ma dentro la logica dei vincoli costituzionali, il potere normativo primario esercitato dal Governo è equivalente al potere normativo del Parlamento<sup>156</sup>. Entrambi espressione della medesima funzione di indirizzo politico.

Veniamo, per questa via, alla seconda riflessione, spostando l'attenzione dall'attività normativa primaria del Governo alle fonti primarie di matrice governativa.

Gli atti normativi del Governo, frutto di un potere normativo primario e ordinario, sono validi ed efficaci di per sé<sup>157</sup>. E da questo limitato punto di vista, sono equivalenti alla legge parlamentare.

È il punto di vista adottato dalla Corte costituzionale che sembra considerare la legge governativa e quella parlamentare come fonti interscambiabili, ad ogni fine<sup>158</sup>. Entrambe, allo stesso modo, possono disciplinare materie coperte dalla riserva assoluta di legge<sup>159</sup> e possono ottemperare

---

particolar modo, sul senso moderno del principio e sulla sua perdurante validità. Così, «le posizioni oscillano tra l'estremo di chi nega recisamente che si possa parlare di separazione dei poteri e l'altro più diffuso di chi tende a riconoscere che anche negli ordinamenti contemporanei sia accolto positivamente lo spirito di tale principio, benché trasformato e tramontato nella sua versione classica» (M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 59). A ben vedere, però, non v'è nessuna dicotomia tra i predetti orientamenti: entrambi implicitamente riconoscono che il principio della separazione dei poteri, nella sua versione classica e tradizionale, è superato, svuotato. Non è più possibile parlare di «separazione dei poteri» con il significato con cui quell'espressione è stata pensata secoli fa. Eppure, continuiamo a tramandare quella formula, ci interroghiamo sul suo contenuto, ci sforziamo di darle un senso che abbia un qualche collegamento con la realtà delle democrazie contemporanee. Così, ci sembra persino di cogliere il principio della «separazione dei poteri» nell'art. 70 della Costituzione. Senza accorgerci che, ormai, la parola è diventata un ostacolo per i concetti. Così la «separazione dei poteri» ha rappresentato un ostacolo per la condivisione del potere normativo con il Governo. Il fatto che il parlamento «potesse ridimensionare il proprio ruolo di legislatore a favore del potere esecutivo appariva in contrasto con i principi di fondo del costituzionalismo moderno e, *in primis*, con il principio della separazione dei poteri» (M. Benvenuti, R. Bifulco (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale, Gli atti normativi*, Volume V, Giappichelli, Torino, 2023, 153). Ma la separazione dei poteri, oggi, non può più impedire (né, di fatto, impedisce) che la funzione legislativa sia esercitata anche dal Governo. Sennonché, il Governo non può esercitare tale funzione liberamente né illimitatamente; può farlo solo nelle forme e nei limiti della Costituzione. Anzitutto, quelli degli artt. 76 e 77 della Costituzione. E infatti, il sistema, a chiusura, prevede un controllo di costituzionalità del rispetto di quei vincoli procedurali e di contenuto che la Costituzione impone. In ciò sta il significato moderno, democratico e garantistico – per questo, irrinunciabile – del principio di separazione dei poteri: che via sia un organo giurisdizionale, indipendente dal potere politico, chiamato a controllare, in concreto, l'esercizio della funzione normativa, da parte del Parlamento e del Governo, tanto nella sostanza quanto nella forma. Perciò, si vorrebbe che il controllo di costituzionalità fosse il più possibile «incisivo ed effettivo» (M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, 86). In definitiva, un conto è tramandare l'espressione tradizionale «separazione dei poteri», un conto è tramandarne la portata garantistica. Questa si irrinunciabile. È evidente, allora, che siamo di fronte ad un problema di linguaggio che si pone ogni qual volta ci si ostina a conservare espressioni del passato adattandole a realtà significativamente diverse da quel passato. Ed ecco, accanto alla «separazione dei poteri», la sovranità. La sovranità, su cui si fonda lo Stato moderno, nasce assoluta, sciolta da vincoli. La sovranità del popolo, su cui si fonda la Repubblica italiana, ha e non può che avere dei limiti, quelli posti dalla Costituzione (art. 1 Cost.). La sovranità popolare della democrazia costituzionale rifugge l'assolutezza che connota essenzialmente la sovranità dello Stato moderno. È una cosa totalmente diversa. Eppure, ci riferiamo ancora alla sovranità, correndo il rischio di un ritorno al suo significato originario e illiberale. Ed ecco il sovranismo. In questo modo, il problema da linguistico si trasforma in concettuale. E diventa un problema ben più serio. Questa riflessione è il frutto del prezioso insegnamento del prof. Claudio Martinelli, nelle sue lezioni di diritto parlamentare nel corso di giurisprudenza, tenute presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca nell'anno accademico 2020/2021.

<sup>156</sup> Il Governo possiede un potere normativo che si distingue da quello parlamentare solo per le condizioni e le forme in cui può essere esercitato. Condizioni e forme stabilite dalla Costituzione.

<sup>157</sup> In giustapposizione alla dottrina secondo cui il decreto-legge «nascerrebbe come atto di per sé invalido, destinato, in caso di conversione, ad essere retroattivamente sostituito dalla legge di conversione» (C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, IX, 1962, 831 richiamato in R. Bin – G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2023, 159).

<sup>158</sup> E. LAMARQUE, *Following in the footsteps of Ginsburg & Versteeg. The bound executive during the pandemic: Italy as a case of study*, in corso di pubblicazione in [The Jean Monnet Working Papers Series](#), 2023.

<sup>159</sup> Infatti, «il suo principale effetto è quello di escludere l'intervento delle fonti subordinate alla legge», non, invece, «che sulla materia possa incidere l'asse Governo-maggioranza parlamentare perché la riserva di legge non esclude – tranne che sulla materia non ci sia una riserva di legge formale – l'intervento dei decreti-legge e decreti legislativi» (R. BIFULCO, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2020, 248). Benché tale teoria abbia ottenuto l'avallo della Corte costituzionale, si può trovare qualche voce critica in dottrina. Il riferimento non può che andare a Lorenza Carlassare, secondo cui la *ratio* garantista e democratica della riserva imporrebbe ogni esclusione del Governo: «la Costituzione

ai moniti che la Corte rivolge genericamente al legislatore. È anche per questo che, con riferimento alle fonti governative primarie, si parla di «atti aventi forza o valore di legge»<sup>160</sup>. Tali caratteristiche, infatti, completano il significato composito del concetto di «forza di legge»<sup>161</sup>. Così, gli atti normativi primari adottati dal Governo hanno forza di legge, nel senso che sono ad essa sostanzialmente equiparati, in quanto fonti di rango primario che, in virtù del principio gerarchico hanno la capacità di abrogare la legge posteriore e resistere all'abrogazione di un atto di grado inferiore; sono sindacabili dalla Corte costituzionale attraverso un giudizio di legittimità costituzionale; integrano la riserva di legge, condividendo la medesima portata garantistica della legge parlamentare<sup>162</sup>; accolgono e soddisfano i moniti della Corte costituzionale, partecipando alla dimensione dialogica della giustizia costituzionale italiana.

Nell'episodio costituzionale relativo all'ergastolo ostativo, la Corte ha ritenuto soddisfatto il monito al legislatore anche se l'intervento richiesto è stato attuato da un decreto-legge del Governo, non ancora convertito, e non dalla legge del Parlamento.

Tale provvedimento rappresenta, a pieno titolo, una normativa sopravvenuta che, incidendo immediatamente sul nucleo essenziale delle questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione, ha giustificato la necessità di restituire gli atti al giudice a *quo*.

Ai fini della restituzione degli atti al giudice rimettente, il decreto-legge provvisorio costituisce *jus superveniens* esattamente come la legge parlamentare.

La provvisorietà del provvedimento d'urgenza non ha impedito alla Corte costituzionale di decidere, seppur con un'ordinanza di natura interlocutoria<sup>163</sup>. A conferma del fatto che gli atti normativi primari del Governo sono validi di per sé, indipendentemente dall'autorizzazione, nella delegazione legislativa, o dalla conversione, nella decretazione d'urgenza, ad opera del Parlamento.

vuole sia l'organo rappresentativo, espressione del corpo elettorale in tutte le sue componenti, minoranze comprese, ad intervenire sui diritti individuali, appunto per garantirli dagli abusi del governo». Il principio sotteso alla riserva, infatti, dovrebbe essere legato ai caratteri dell'organo e non al carattere formale degli atti, considerato che «un atto dotato della forza di legge non incide meno pesantemente di uno che ne sia sprovvisto» (L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in Enc. giur. it., XVIII, Roma, Treccani, 1990, 3)

<sup>160</sup> La Costituzione utilizza entrambe le espressioni, «forza» e «valore» di legge, indistintamente. È diffusa in dottrina, infatti, l'idea che le «diversità terminologiche non comportino differenze di fatto sul piano sostanziale» (v. M. Benvenuti, R. Bifulco (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale*, cit., 156). Così, ad esempio, gli atti aventi *valore* di legge possono essere oggetto del referendum abrogativo (art. 75 Cost.) mentre gli atti aventi *forza* di legge possono essere sottoposti al controllo di legittimità della Corte costituzionale (art. 134 Cost.). V'è poi una disposizione costituzionale in cui, in due commi diversi, vengono usate entrambe le espressioni con riferimento al medesimo atto: al primo comma l'art. 77 Cost. fa divieto al Governo di adottare, senza delegazione, atti aventi *valore* di legge, mentre, al secondo comma, lo autorizza ad adottare, in casi straordinari di necessità ed urgenza, provvedimenti provvisori con *forza* di legge. Qui più che altrove è autoevidente come le due diverse espressioni indichino, in realtà, la stessa cosa: il decreto-legge.

<sup>161</sup> Significato, peraltro, non univoco. Quasi a dirci che, come per il «legislatore», anche la stessa nozione di «legge» non è più così univoca. E infatti, in relazione al concetto di «forza di legge» sono state proposte varie teorie dalla dottrina. V'è chi riassume la forza di legge nell'appartenenza delle fonti primarie al medesimo grado gerarchico. In tal senso, la forza di legge si traduce nella capacità della legge posteriore di abrogare quella anteriore o resistere all'abrogazione di fonti di rango inferiore. V'è chi, invece, individua nella forza di legge la caratteristica esclusiva che abilita il controllo di legittimità della Corte costituzionale. V'è, poi, chi, come chi scrive, identifica la forza di legge accorpando le due tesi precedenti. Così, «gli atti aventi forza di legge sarebbero, dunque, tutti gli atti normativi, primari considerati sulla base del criterio gerarchico e di quello di competenza, che siano sindacabili soltanto dalla Corte costituzionale» (v. tale ricostruzione in M. Benvenuti, R. Bifulco (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale*, cit., 156-157). Del resto, si tratta di due tesi intrinsecamente legate: la sindacabilità della Corte costituzionale deriva proprio dal grado gerarchico degli atti, rivolgendosi appunto alle fonti primarie (tralasciando la posizione particolarissima dei regolamenti parlamentari).

<sup>162</sup> Ma non la riserva di legge in senso formale. Con tale riserva, la Costituzione chiede espressamente che «sia il Parlamento ad intervenire con un atto che si produce attraverso il procedimento legislativo», escludendo «l'intervento del Governo attraverso atti con forza di legge» (R. BIFULCO, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2020, 249). Non così per L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, cit.

<sup>163</sup> [Corte cost. ord. n. 227/2022](#).

In definitiva, se il Governo esercita un potere normativo primario assimilabile e assimilato a quello parlamentare<sup>164</sup>, gli atti normativi primari del Governo, che di quel potere sono espressione, sono equiparabili ed equiparati alla legge parlamentare. Anche quando provvisori.

##### 5. Il Governo davanti alla Corte costituzionale: (co-)legislatore ed interlocutore diretto

La cifra della giustizia costituzionale italiana è la relazionalità. Ed è anche la cornice entro cui osservare l'intera vicenda dell'ergastolo ostatico.

Non è un caso, allora, che i discorsi che precedono, sul legislatore e sull'attività normativa del Governo, (ri)portano, infine, sul terreno delle relazioni che la Corte costituzionale intrattiene con gli altri soggetti dell'ordinamento. In particolare, con il Governo.

Riavvolgiamo il filo.

La Corte costituzionale, generalmente, rivolge i moniti al legislatore, senza specificazioni; il Governo, co-protagonista dell'attività legislativa, assume, in via ordinaria seppur entro i limiti segnati dall'art. 77 Cost., la qualità di legislatore; gli atti normativi primari del Governo-legislatore soddisfano gli inviti formulati.

In tale sequenza si può cogliere un dato relazionale significativo: la Corte, con lo strumento processuale dei moniti al legislatore, si rivolge anche al Governo, che diventa suo interlocutore diretto.

Nello sviluppo processuale relativo all'ergastolo ostatico, la dimensione dialogica, altra cifra della giustizia costituzionale, si allarga fino a coinvolgere il c.d. organo esecutivo.

È un aspetto che non può passare inosservato in quanto rappresenta un'evoluzione della visione semplicistica che si cela dietro l'art. 136 comma 2 Cost., là dove dispone che ogni decisione di accoglimento della Corte vada espressamente «comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali». Non, invece, al Governo.

La visione semplicistica risiede proprio nel fatto che non è previsto alcun coinvolgimento dell'esecutivo. Secondo tale previsione, infatti, pare che «la Corte si riferisca esclusivamente alle assemblee legislative, a livello statale e regionale, escludendo ogni ruolo per il Governo»<sup>165</sup>. Sul fondo vi era l'idea, altrettanto semplicistica, per cui l'interlocutore privilegiato, forse unico, della Corte costituzionale fosse il titolare privilegiato, forse unico, del potere legislativo, e cioè il parlamento<sup>166</sup>. Ma si tratta di un'idea superata o da superare in quanto «si è ormai lontani dalla situazione in cui il Parlamento era abituato ad essere il solo soggetto normatore»<sup>167</sup>. Nello stato costituzionale-democratico a forma di governo parlamentare, si moltiplicano i soggetti normatori, abilitati a provvedere nelle forme costituzionali per adeguare l'ordinamento alle pronunce della Corte. In particolare, per colmare i vuoti legislativi lasciati dalle sentenze di accoglimento o segnalati dai moniti formulati nelle pronunce di inammissibilità o di incostituzionalità differita. Insieme ai soggetti normatori, si moltiplicano anche gli interlocutori diretti della Corte costituzionale. Tra questi, un ruolo di rilievo spetta indubbiamente al Governo che, nella dinamica del giudizio sulle leggi, ha sicuramente «qualcosa da dire»: attraverso il potere di iniziativa legislativa<sup>168</sup> o tramite il potere normativo primario.

---

<sup>164</sup> Ma limitato rispetto a quello parlamentare.

<sup>165</sup> N. LUPO, *Il Parlamento e la Corte costituzionale*, cit., 111. Lo studioso, in realtà, individua anche un'altra ragione per cui quella visione sarebbe meccanica, semplicistica: la si ricava dal fatto che quella previsione si riferisce unicamente alle sentenze di accoglimento. Sullo sfondo, la preoccupazione del «vuoto legislativo» e l'urgenza che a tale vuoto si ponga rimedio in sede parlamentare.

<sup>166</sup> *Ibidem*.

<sup>167</sup> N. LUPO, *Il Parlamento e la Corte costituzionale*, cit., 114.

<sup>168</sup> In virtù di tale potere, il governo si trova in una *preferred position* con riferimento al seguito delle sentenze costituzionali: se qualcosa nelle assemblee legislative si può muovere, è per iniziativa del governo. «La *preferred position* del Governo nel dar seguiti alle sentenze costituzionali non trova giustificazioni diverse da quelle che

Entrambi i poteri, da qualche decennio, dominano la produzione normativa.

Insomma, il Governo<sup>169</sup>, naturale (co-)protagonista dell'attività legislativa, diventa «interlocutore naturale della Corte»<sup>170</sup>, acquistando una posizione centrale nella giustizia costituzionale dialogata.

Traccia di tale evoluzione si trova legge n. 400/1988, la quale, all'art. 5, stabilisce che il Presidente del Consiglio promuove gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle decisioni della Corte costituzionale.

Se le decisioni costituzionali richiedono degli adempimenti governativi, è evidente come il Governo sia «il soggetto politico che deve essere coinvolto in maniera attiva rispetto alle sentenze della Corte costituzionale»<sup>171</sup> e «l'organo chiamato a colloquiare direttamente con la Corte»<sup>172</sup>.

Forse, prima e più del Parlamento.

## 6. La giustizia costituzionale si fa in quattro?

La vicenda dell'ergastolo ostativo ci presenta un modello di giustizia costituzionale che si fa non in due, non in tre<sup>173</sup>, ma in quattro, e cioè con l'utile coinvolgimento del Governo nel dialogo costituzionale<sup>174</sup>. Si fa in quattro da un punto di vista soggettivo, per il numero di soggetti interessati, ma si fa in quattro anche da un punto di vista oggettivo<sup>175</sup>, per l'impegno necessario all'armonico funzionamento di un sistema plurale. Se la giustizia costituzionale si fa in quattro, la Corte costituzionale, cerniera istituzionale, si deve fare in quattro per tener viva la collaborazione alla base di ogni dialogo.

La Corte costituzionale, che non vuole fare da sé, ha bisogno del Parlamento, del Governo e dei giudici. I primi devono conoscere e seguire le decisioni e gli inviti della Corte, i secondi devono conoscere e sollecitare la giurisprudenza costituzionale<sup>176</sup>.

Entrambe le sfide dipendono, in buona parte, dalla Corte, dal suo sapersi «fare in quattro».

---

assegnano all'esecutivo una indiscussa primazia nell'esercizio dell'iniziativa legislativa» (in questi termini, L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento: sentenze-indirizzo e attività legislativa*, cit., 308).

<sup>169</sup> Rimasto escluso dalla disciplina costituzionale (art. 136 comma 2 Cost. si riferisce esclusivamente alle Camere) e dalle norme sul funzionamento della Corte costituzionale (art. 30 legge n. 87/1953 prevede un coinvolgimento dell'esecutivo limitato alla figura del ministro di grazia e giustizia, essendo finalizzato alla sola pubblicazione della sentenza in *Gazzetta Ufficiale*)

<sup>170</sup> N. LUPO, *Il Parlamento e la Corte costituzionale*, cit., 115.

<sup>171</sup> Ivi, 116.

<sup>172</sup> L. PEGORARO, *La Corte e il parlamento: sentenze-indirizzo e attività legislativa*, cit., 307.

<sup>173</sup> Era stato il giudice costituzionale, Nicolò Zanon, a suggerire l'idea che «una giustizia costituzionale efficace ed efficiente si fa in due (o meglio, in tre)» (N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., 89)

<sup>174</sup> Se, in astratto, il modello relazionale-dialogico è funzionale alla «giustizia costituzionale efficace ed efficiente» pensata da Zanon (*ibidem*), non è detto che, nel caso concreto, quel modello abbia reso giustizia costituzionale (per le opinioni critiche, si rinvia alla nota 22).

<sup>175</sup> «Farsi in quattro» come modo per indicare chi agisce in modo fattivo per raggiungere uno scopo, chi si adopera, chi si dà da fare. Spesso, per gli altri. Come per gli altri, cittadini (più in generale, persone) e istituzioni, si fa in quattro la Corte costituzionale.

<sup>176</sup> *Ibidem*.

Francesco Severa

**La proporzionalità delle sanzioni amministrative nella giurisprudenza costituzionale:  
questioni di sostanza e questioni di processo  
(una riflessione a partire da Corte costituzionale, [sentenza n. 40 del 2023](#))\***

**ABSTRACT:** *The paper draws up a reflection regarding the proportionality of administrative sanctions starting from the most recent constitutional jurisprudence, in particular from sentence n. 40 of 2023. The reflection examines the topic from the aspect of both its substantive and procedural implications. Under the first point of view, reference is made to the qualification of proportionality as a right or as a principle and to the consequences of preferring one or the other definition. Under the second point of view, it is investigated the sustainability of the so-called “schema Modugno”, noting its critical points and proposing new rules of procedural method that impose recourse to “rime obbligate” only as an extrema ratio.*

SOMMARIO: 0. Qualche suggestione a partire da recenti letture. - 1. La ricchezza ermeneutica dell’art. 3 Cost. - 2. La precedente giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di proporzionalità della sanzione amministrativa. - 3. I contenuti della sentenza [n. 40 del 2023](#). - 4. Questioni di sostanza. - 5. Questioni di processo. - 6. Conclusioni.

0. *Qualche suggestione a partire da recenti letture*

L’atto di annotare un testo di natura giuridica, abbia esso il valore generale e astratto di un atto dell’autorità politica ovvero sia esso la puntuale decisione su una controversia da parte di un giudice, mantiene sempre un certo sapore antico. L’idea che si debba provare a sistematizzare le spurie manifestazioni del diritto, ricondurre ad unità il particolarismo proprio partendo dagli elementi emergenti della realtà giuridica. La glossa, l’annotazione critica a margine, nobilita l’irrinunciabile fluidità delle decisioni, provando a tenere insieme la necessità di rincorrere le contingenze con quella ragione del diritto che fonda poteri e antipoteri, diritti e prerogative, doveri e vincoli. La sovrastruttura, meglio l’epi-struttura, che tiene insieme società e comunità.

Questa intuizione affonda le sue radici in un’altra epoca, che troppo simile appare rispetto alla nostra. Quei mille anni dell’età di mezzo in cui fiorì la scienza giuridica europea, intorno al vuoto lasciato dal crollo dell’edificio politico romano e del diritto ad esso servente. La svolta di quella contingenza storica fu tutta nell’emancipazione dello *ius* dal potere, nella sottrazione dello stesso alla sua funzione di controllo sociale, nella sua conversione ai “fatti primordiali”, ai rapporti autentici, alle realtà comunitarie. Dice Paolo Grossi che «si trattò di un diritto scientifico, costruito da una scienza giuridica che si sentì investita di un enorme compito costruttivo; si trattò di una scienza che non trovava copertura e non derivava autorevolezza (e quindi sicura osservanza) nel proprio coinvolgimento in solidi apparati politici; si trattò di una scienza che, affidandosi e appoggiandosi nella sua solitudine al diritto romano e a quello canonico, volle qualificarsi come “interpretazione”, come uno stuolo di interpreti di fonti romane e canoniche; si trattò formalmente di interpretazione, formalmente ossequiosa delle sue fonti, ma fu nella sostanza opera creativa di sapienti che, coscienti e vigili nel loro ruolo attivo, si fecero mediatori tra testi autorevoli e bisogni della società a essi contemporanea, elasticizzando con disinvoltura la rigidità testuale ai bisogni emergenti e costruendo un diritto sostanzialmente nuovo»<sup>1</sup>.

Forse oggi non è il vuoto il vero problema, ma il moltiplicarsi di sovranità contrapposte e sovrapposte. Un potere diluito nel particolarismo, che sfugge perfino al “monumento amministrativo” statale; che si fa sovranazionale, internazionale, e infine privato. Un diritto che diviene allora funzione tecnica, strumento contingente, sradicato da ogni coscienza sociale, da ogni conflitto, da ogni

---

\* 

<sup>1</sup> P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, 54 e ss.

materialità, al servizio esclusivo delle piccole sovranità. E se questa è la questione, forse non è sbagliato, per i giuristi, ruminare quel passato di cui abbiamo detto. Tutelare la dimensione “inintenzionale” del diritto e la sua autonomia logica e ideale. Direbbe Carl Schmitt: «rimaniamo scienza e giurisprudenza»! Continua così il giurista di Plettenberg in un suo scritto del 1943: «è questa la realtà della nostra esistenza intellettuale, che non possiamo lasciare che venga distrutta dall'esterno per opera di categorie metodologiche, psicologiche o genericamente filosofiche. Noi possiamo sceglierci dunque una missione che nessun'altra forma o metodo di attività umana può sottrarci. Non possiamo sceglierci a nostro piacimento governanti e regimi, sempre mutevoli, ma nelle mutevoli situazioni preserviamo il fondamento di un essere umano razionale, che non può fare a meno dei principi del diritto. Di tali principi fa parte un riconoscimento della persona che non venga meno neanche nella lotta e che si basi sul rispetto reciproco; una sensibilità per la logica e la coerenza dei concetti e delle istituzioni; il senso della reciprocità e del minimo richiesto per una regolare procedura, per un *due process of law*, senza cui non c'è diritto. È nel nostro preservare questo nucleo indistruttibile di ogni diritto di contro a qualsiasi disgregante statuizione che sta la dignità posta nelle nostre mani, oggi in Europa più che in qualsiasi altra epoca e in qualsiasi altra parte della terra»<sup>2</sup>.

E se questo dobbiamo fare, se dobbiamo difendere il modo europeo di essere del diritto, cioè questa autonomia fondativa della scienza giuridica e la sua diretta e vitale connessione con il “ribollire dei fatti sociali”, sarà essenziale curare una solida ermeneutica dei principi. Quei principi costitutivi del sistema giuridico, che oggi non troviamo più nella raccolta di Giustiniano, ma nella nostra Carta costituzionale. Nella Costituzione è la libertà della scienza giuridica contemporanea. E al costituzionalista spetta, allora, un compito assai delicato. Quello di tutelare tale istanza prima di libertà, di darle vita, di tirarne fuori gli elementi più arcaici (originari, dunque) e condivisi, di renderne effettivi ed efficaci i contenuti. Infatti, «le costituzioni appartengono a tempi che aspirano a durare. [...] Dire che per i costituzionalisti la costituzione è un compito è come dire ch'essi devono garantirne la durata. [...] Il compito sta nelle domande vecchie e nuove che a essa si rivolgono, alle quali essa, attraverso la voce dei giuristi, deve dare risposta. La vita delle costituzioni è un susseguirsi di domande e di risposte: domande fondamentali che provengono dalla società e risposte date dalla costituzione. Spetta ai costituzionalisti sia dare la forma giusta alle domande sia formulare le risposte adeguate»<sup>3</sup>. Niente passività dunque, niente arrendevolezza, ma coscienza del dato originario del diritto, della sua *vis construens*, della sua autonomia scientifica e logico-razionale. Niente ideologia, l'idea non è certo quella di ricavare dalla Costituzione una religione, di cui i costituzionalisti sarebbero i sacerdoti. Si tratta, più propriamente, del tentativo di attingere al dato fondativo, a quelle regole che edificano l'identità di una comunità a prescindere dal contingente detentore del potere, perfino al dato prepolitico che nella Costituzione ogni volta torna a vivere e che va discusso e recuperato dai giuristi. Il diritto come antipotere.

### 1. *La ricchezza ermeneutica dell'art. 3 Cost.*

A rendere di un certo interesse la sentenza della Corte costituzionale [n. 40 del 2023](#) (Pres. Sciarra, Red. Modugno) è il fatto che essa può essere iscritta in quel novello orientamento del giudice delle leggi, che gli impone (gli permette) di verificare il rispetto di un generale principio di proporzionalità nella dosimetria delle scelte sanzionatorie del legislatore che rimandino ad una responsabilità di tipo amministrativo. Gli elementi essenziali di questa giurisprudenza sono nati in realtà nell'ambito di una più ampia riflessione sulla ricchezza ermeneutica dell'art. 3 Cost.<sup>4</sup>, che, declinato nel triplice

<sup>2</sup> C. SCHMITT, *La situazione della scienza giuridica europea*, Macerata, 2020, 66 e ss.

<sup>3</sup> G. ZAGREBELSKY, *Tempi difficili per la Costituzione*, Roma-Bari, 2023, 74 e ss.

<sup>4</sup> Resta di grande efficacia l'affermazione secondo cui «non v'è nessuna contraddizione tra il ritenere che il sindacato ex art. 3, comma 1, si atteggi come controllo della sola eguale sottoposizione alla legge o della giustificabilità di norme

significato di principio di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità, sta sempre più attestandosi nell'azione della Consulta quale fondativo valore di giudizio (in un'accezione di tipo sostanziale) sulla coerenza dell'ordinamento e sull'adeguatezza del potere esercitato dalle istituzioni, nonché quale schema di valutazione e verificabilità (in un'accezione processuale) a cui la stessa Corte ritiene di dover conformare le proprie decisioni. In questo senso, anche lo spazio di discrezionalità del legislatore, tradizionalmente riferito al suo potere di individuare, da una parte, i comportamenti da ritenere penalmente rilevanti e, dall'altra, le corrispondenti sanzioni, trova un limite nella necessaria proporzionalità che deve intercorrere tra questi due elementi, in quanto l'eventuale assenza di congruità tra fatto illecito e misura della sanzione non può che comportare un abuso, tanto più se la pena deve tendere alla rieducazione del condannato (art. 27 Cost.).

Gettare un così ingombrante sasso nello stagno, non ha potuto che generare una serie ampia di cerchi concentrici, linee collaterali di derivazione che, nei provvedimenti della Corte, sembrano avanzare, in realtà, in maniera occasionale e ondivaga, con il serio problema di metterli poi a sistema. E allora bisogna innanzitutto rilevare come (a) la valutazione sulla proporzionalità non debba per forza effettuarsi in via comparativa, stabilendo cioè un *tertium* rispetto al quale verificare una corrispondenza, ma ben riguarda un carattere intrinseco della norma sottoposta al sindacato di costituzionalità; (b) lo schema logico così individuato trova applicazione in tutti i casi in cui il legislatore esprime una volontà "punitiva", non solo in ambito penale; (c) nel caso di rilevata costituzionalità in questioni normative che toccano settori in cui la tutela punitiva resta necessaria, l'utilizzo della mera ablazione nelle decisioni della Consulta mal si concilia con l'idea che si debbano evitare vuoti sanzionatori; (d) sicuro è allora il ricorso a soluzioni creative che evitino la produzione di un *vulnus*, pur senza riconoscere alla Corte il potere di sostituirsi alle scelte discrezionali del legislatore. Ognuno di questi frammenti di ragionamento si aggiunge ad una linea consequenziale in continuo accrescimento. I casi concreti chiamano soluzioni differenziate, che vanno però ricondotte alla piattaforma logica creata dall'interpretazione dell'art. 3 Cost. Indugiare troppo però sul particolarismo delle contingenti questioni, rischia di impedire una necessaria razionalizzazione, rischia di ritardare l'emersione di uno schema fisso, che funzioni da modello di riferimento per una verificabilità organica delle decisioni della Corte costituzionale. Questo sia da un punto di vista sostanziale che processuale.

Ecco, la sentenza in commento è l'ultimo atto del processo di accrescimento appena descritto, che ha finito per trasferire la valutazione di proporzionalità nel campo delle sanzioni amministrative. Un passaggio che presuppone, appunto, che la proporzionalità debba essere rispettata ogni volta che il legislatore eserciti la sua funzione punitiva, non solo penale quindi (qui sta la questione di sostanza), e che la necessità di sindacare la discrezionalità sanzionatoria del legislatore possa giustificare interventi creativi della Corte, finalizzati ad evitare *vulnera* sistemici (qui sta la questione processuale). Entrambi tali presupposti si possono ritrovare nella giurisprudenza della Consulta e hanno modellato uno schema decisorio abbastanza riconoscibile, anche se non estraneo ad alcuni profili critici (che nella [40 del 2023](#) sembrano in realtà emergere) e non poco scombinato (soprattutto nella definizione delle soluzioni processuali) dalla stretta contingenza delle questioni. Prima allora di analizzare la decisione in commento, proviamo a recuperare dall'attività pretoria gli elementi presupposti che abbiamo detto.

---

derogatorie oppure come controllo della parità di trattamento in situazioni diverse, o ancora come sovrapposizione di una razionalità "esterna" a quella del legislatore: tutte le posizioni (e le loro diverse sfumature) giacciono infatti in un *continuum*, al cui estremo vi è nient'altro che il controllo della conformità della singola disposizione all'interno del sistema» - così B. CARAVITA, *Oltre l'uguaglianza formale*, Padova, 1984, 45 ss. Si veda anche, sul tema, F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009, in cui si declina la ragionevolezza quale criterio di giudizio, indicandone tre ambiti possibili: (1) congruità, (2) uguaglianza, (3) bilanciamento. Alcuni autori hanno poi mostrato come la valutazione in punto di ragionevolezza non sia altro che uno sviluppo dei tradizionali metodi ermeneutici della nostra cultura giuridica, basati sul ragionamento analogico e ispirati al modello della coerenza intrinseca del sistema giurisdizionale. In questo senso, R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*; M. La Torre e A. Spadaro (curr.), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002.

## 2. La precedente giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di proporzionalità della sanzione amministrativa

Per indagare il profilo sostanziale, di sicuro interesse è la sentenza [n. 88 del 2019](#) (Pres. Lattanzi, Red. Amoroso). La Corte si trovò a giudicare la conformità a Costituzione dell'art. 222, comma 2, quarto periodo, del Codice della Strada, il quale prevedeva la comminazione della sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente come conseguenza della condanna per il reato di omicidio stradale (art. 589 bis c.p.) o di lesioni personali stradali gravi o gravissime (art. 590 bis c.p.). La fattispecie possiede elementi peculiari, perché, in questo caso, la sanzione amministrativa ha un carattere complementare rispetto alla condanna penale: in qualche modo diversifica il regime sanzionatorio previsto per i detti reati e lo accresce, anche con finalità preventiva (tale aspetto avrà una sua importanza). Questo elemento ha portato la Consulta ad estendere nei fatti, senza particolari dubbi teorici, il principio di proporzionalità anche alla sanzione di tipo amministrativo, in particolare sotto il profilo dell'automatismo applicativo: «nell'art. 222 cod. strada l'automatismo della risposta sanzionatoria, non graduabile in ragione delle peculiarità del caso, può giustificarsi solo per le più gravi violazioni contemplate dalle due citate disposizioni [...]. Porsi alla guida in stato di ebbrezza alcolica [...] o sotto l'effetto di stupefacenti costituisce un comportamento altamente pericoloso per la vita e l'incolumità delle persone, posto in essere in spregio del dovuto rispetto di tali beni fondamentali; e, pertanto, si giustifica una radicale misura preventiva per la sicurezza stradale consistente nella sanzione amministrativa della revoca della patente nell'ipotesi sia di omicidio stradale, sia di lesioni personali gravi o gravissime. Al di sotto di questo livello vi sono comportamenti pur gravemente colpevoli, ma in misura inferiore sicché non è compatibile con i principi di eguaglianza e proporzionalità la previsione della medesima sanzione amministrativa. In tal caso, l'automatismo della sanzione amministrativa più non si giustifica e deve cedere alla valutazione individualizzante del giudice»<sup>5</sup>. La rigidità applicativa della sanzione scade chiaramente nell'impossibilità di stabilirne una proporzione con la serie ampia di comportamenti esecrabili che la norma punisce e i loro differenti gradi di disvalore. Per quel che a noi interessa, in quest'ultima decisione si osserva, tra le righe, una prima espansione del principio di proporzionalità a tutte quelle norme che sono diretta manifestazione del potere punitivo dello Stato, anche se non di natura penalistica e anche se pensate con obiettivi più di prevenzione che di punizione. Estensione qui giustificata dalla natura accessoria della sanzione amministrativa rispetto a quella penale.

Sarà però con la successiva [sentenza n. 112 del 2019](#) (Pres. Lattanzi, Red. Viganò) che la Corte arriverà a teorizzare il meccanismo estensivo in via generale e autonoma. Si discuteva, in quel caso, della conformità a Costituzione di quella norma che sanziona la condotta di abuso di informazioni privilegiate con la confisca amministrativa del prodotto dell'illecito: prodotto che si sostanzialmente, almeno nell'interpretazione che della norma dava la CONSOB, nella sottrazione dell'intero valore delle azioni acquistate dal soggetto in possesso delle informazioni privilegiate e non meramente la plusvalenza ottenuta mediante l'operazione. A prescindere dalle questioni di merito, la Consulta, nella parte motiva, apertamente argomenta sull'estensione del principio di proporzionalità alle sanzioni amministrative, quando queste manifestino una natura "sostanzialmente punitiva": «questa Corte ha esteso in molteplici occasioni alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente "punitivo" talune garanzie riservate dalla Costituzione alla materia penale. Ciò è accaduto, in particolare, in relazione ad una serie di corollari del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* enunciato dall'art. 25, secondo comma, Cost., quali il divieto di retroattività delle modifiche sanzionatorie *in peius* [...], della sufficiente precisione del precetto sanzionato [...], nonché della retroattività delle modifiche sanzionatorie *in mitius* [...]. Una tale estensione non è avvenuta, invece, in relazione ai

---

<sup>5</sup> [Corte cost. 19 febbraio 2019, n. 88](#), punto 19 del *Considerato in diritto*. Si veda anche la ricostruzione ragionata della decisione presente in G. LEO, *Novità dalla Consulta in materia di omicidio e lesioni stradali*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 29 aprile 2019.



principi in materia di responsabilità penale stabiliti dall'art. 27 Cost. [...] strettamente connessi alla logica della pena privativa, o quanto meno limitativa, della libertà personale, attorno alla quale è tutt'oggi costruito il sistema sanzionatorio penale, e che resta sempre più o meno direttamente sullo sfondo anche nell'ipotesi in cui vengano irrogate pene di natura diversa, come rimedio di ultima istanza in caso di inadempimento degli obblighi da esse derivanti. Cionondimeno, non può dubitarsi che il principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'illecito sia applicabile anche alla generalità delle sanzioni amministrative. [...], rispetto [alle quali] - peraltro - il principio in parola non trae la propria base normativa dal combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost., bensì dall'art. 3 Cost. in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione»<sup>6</sup>. Lo sganciamento sta nel parametro. Il principio di proporzionalità di cui all'art. 3 Cost. pervade l'ordinamento costituzionale e si manifesta in forma relazionale, ogni volta ponendosi al servizio del singolo diritto o principio che si prenda in causa (che si ritenga leso)<sup>7</sup>.

Sull'onda dello sviluppo di questi principi, il primo caso in cui la Corte costituzionale costruisce uno specifico schema decisorio sul tema è la pronuncia [n. 185 del 2021](#) (Pres. Coraggio, Red. Modugno). Il Tribunale di Trapani aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale sull'art. 7, comma 6, del decreto-legge n. 158/2012 (poi convertito con la legge n. 189/2012) nella parte in cui, al secondo periodo, puniva con una sanzione amministrativa pecuniaria pari a cinquantamila euro l'inosservanza delle disposizioni di cui al comma 5 del medesimo articolo, le quali prevedono, a carico di coloro che offrono giochi o scommesse con vincite in denaro, una serie di obblighi a carattere informativo, intesi a porre sull'avviso il fruitore riguardo ai rischi di dipendenza da una simile pratica. Memore della precedente giurisprudenza della Consulta in materia di sanzioni amministrative, il giudice *a quo* denunciava l'irragionevolezza di applicare una sanzione fissa di eccezionale severità per punire una serie plurale e differenziata di condotte; in questo senso, il riferimento parametrico individuato dal giudice è stato l'art. 3, in combinato disposto con gli artt. 41 e 42 Cost. L'impianto sostanziale dell'ordinanza di rimessione regge. Ed è la stessa Corte a ribadire come il principio secondo cui «previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in linea con il “volto costituzionale” del sistema penale [...] si prest[i] ad essere estes[o], *mutatis mutandis*, anche alle sanzioni amministrative a carattere punitivo»<sup>8</sup>. Ciò che però emerge in quest'ultima decisione è il problema di tipo processuale, sollevato da un'eccezione dell'Avvocatura di Stato. Secondo la difesa erariale, il giudice rimettente si sarebbe in questo caso limitato a denunciare l'illegittimità costituzionale della norma censurata, senza indicare in alcun modo se e come la lacuna conseguente alla sua ablazione possa essere colmata, con il rischio di lasciare senza risposta sanzionatoria fatti illeciti di una certa gravità. La Corte costituzionale, respingendo la detta contestazione, sviluppa un articolato ragionamento su come il giudice costituzionale debba vagliare il rischio lamentato. I passaggi sono tre: (1) in via generale e per risalente giurisprudenza, non può essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina che da essa può derivarne, in ordine a determinati rapporti, poiché spetterà ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione, e, comunque sia, al

---

<sup>6</sup> [Corte cost. 6 marzo 2019, n. 112](#), punto 8.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>7</sup> Osservazioni assimilabili a quelle qui proposte si possono ritrovare anche in altre successive pronunce della Consulta. Ad esempio, in [Corte cost. 3 luglio 2019, n. 212](#) (Pres. Lattanzi, Red. Antonini), la Corte precisa come, quando si struttura uno schema sanzionatorio, non può escludersi qualche elemento di fissità dato dalla necessità di circoscrivere nel minimo e nel massimo la misura dell'azione punitiva: «ogniquale volta la legge preveda un limite minimo edittale, a questo potranno essere ricondotti una pluralità di fatti e situazioni concrete che, secondo dati di comune esperienza, sul piano fenomenico necessariamente ammettono una molteplicità di variabili» (punto 6.2.1 del *Considerato in diritto*). Ciò però non toglie che «previsioni sanzionatorie rigide [...] che colpiscono in egual modo, e quindi equiparano, fatti in qualche misura differenti, debbano rispondere al principio di ragionevolezza, dovendo tale omologazione trovare un'adeguata giustificazione» (sempre al punto 6.2.1 del *Considerato in diritto*). La posizione della Corte sembra qui meno rigida di quella che invece si affermerà nella successiva giurisprudenza: un profilo di fissità nella dosimetria della sanzione appare quasi fisiologico, ma va giustificato alla luce della necessaria proporzione tra fatto illecito e trattamento sanzionatorio.

<sup>8</sup> [Corte cost. 10 giugno 2021 n. 185](#), punto 6 del *Considerato in diritto*.

legislatore provvedere a disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che, in conseguenza della decisione stessa, apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione; (2) val bene precisare che «tale principio è riferibile [...] anche ai casi in cui lo scrutinio di legittimità costituzionale verta su una norma sanzionatoria e le censure investano l'entità o la strutturazione del trattamento punitivo»<sup>9</sup>, lasciando al legislatore il ruolo di rimodulare la sanzione nel rispetto dei principi costituzionali; (3) «l'esigenza di far ricorso a una pronuncia di tipo manipolativo, che sostituisca la sanzione censurata con altra conforme a Costituzione, si pone imprescindibilmente solo allorché la lacuna di punibilità che conseguirebbe a una pronuncia ablativa, non colmabile tramite l'espansione di previsioni sanzionatorie coesistenti, si riveli foriera di insostenibili vuoti di tutela per gli interessi protetti dalla norma incisa: come, ad esempio, quando ne derivasse una menomata protezione di diritti fondamentali dell'individuo o di beni di particolare rilievo per l'intera collettività rispetto a gravi forme di aggressione, con eventuale conseguente violazione di obblighi costituzionali o sovranazionali»<sup>10</sup>. Stabilita la necessità dello sforzo manipolativo della Corte, «la rimozione del *vulnus* costituzionale resta necessariamente condizionata all'individuazione di soluzioni sanzionatorie che - nel rispetto dei limiti ai poteri di questa Corte, che escludono interventi di tipo "creativo" - possano sostituirsi a quella censurata: soluzioni rinvenibili - secondo la più recente giurisprudenza della Corte stessa, ispirata dall'esigenza di evitare la creazione di "zone franche" intangibili dal controllo di legittimità costituzionale - anche fuori dal tradizionale schema delle "rime obbligate", facendo leva su "precisi punti di riferimento" offerti dal sistema normativo vigente, anche alternativi tra loro, salvo un sempre possibile intervento legislativo di segno differente, purché rispettoso della Costituzione»<sup>11</sup>. Nel caso della sentenza [n. 185 del 2021](#), la Corte costituzionale deciderà per la mera ablazione.

Emerge con chiarezza lo schema decisorio creato dalla Consulta in queste circostanze (potremmo chiamarlo "schema Modugno"). Una volta accertata l'illegittimità costituzionale della disposizione punitiva indubbiata - con il riferimento al parametro dell'art. 3 Cost. in combinato disposto con le norme costituzionali a tutela del singolo diritto leso -, alla Corte (anche senza specifica indicazione e motivazione del giudice *a quo*) spetta scegliere se procedere alla mera ablazione (soluzione generale) ovvero se sia necessario un intervento manipolativo, che scongiuri eventuali insostenibili effetti negativi del vuoto di tutela (soluzione speciale). Tale seconda ipotesi può ricorrere solo nel caso in cui il *vulnus* creato comporti una violazione di obblighi puntivi costituzionali o sovranazionali. Infine, le possibilità manipolative della Consulta debbono comunque muoversi nell'ambito delle specifiche linee di intervento ricostruite dalla giurisprudenza costituzionale, in particolare seguendo gli sviluppi della lettura estensiva (forse meglio, originalista) della teorica delle "rime obbligate", inaugurata dalla sentenza [n. 40 del 2019](#). L'elemento sostanziale qui emerso e la derivata soluzione processuale ritornano, in qualche modo, nella sentenza in commento, e offrono non pochi spunti di riflessione.

### 3. I contenuti della [sentenza n. 40 del 2023](#)

È la Corte di Cassazione a sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 del d.lgs. n. 297/2004, applicazione nell'ordinamento interno del regolamento CEE n. 2081/92, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche protette e delle denominazioni di origine dei prodotti agricoli e alimentari; il tutto in riferimento all'art. 3 Cost., in combinato disposto con gli artt. 42 e 117 Cost., quest'ultimo a richiamo dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La detta disposizione punisce con la sanzione amministrativa pecuniaria nella misura fissa di euro cinquantamila le inadempienze delle strutture di controllo delle produzioni agroalimentari

---

<sup>9</sup> [Corte cost. 10 giugno 2021 n. 185](#), punto 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>10</sup> [Corte cost. 10 giugno 2021 n. 185](#), punto 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>11</sup> [Corte cost. 10 giugno 2021 n. 185](#), punto 3 del *Considerato in diritto*.

registrate con DOP o IGP. Il giudice rimettente, nell'ordinanza con cui ha sollevato la questione, ha fatto aperto riferimento al precedente della sentenza [n. 185 del 2021](#), quale schema logico e processuale presupposto. In particolare, la Cassazione ha sottolineato come, anche nel caso di specie, si fosse davanti ad una sanzione amministrativa fissa nell'ammontare, ma indirizzata a punire una pluralità eterogenea di condotte. L'entità della sanzione, che il giudice ritiene essere non modesta, dovrebbe, infatti, essere applicata a tutte le ipotesi in cui il soggetto controllore risulti inadempiente alle prescrizioni o agli obblighi dell'autorità pubblica competente, «comprensivi delle disposizioni del piano di controllo e del relativo tariffario concernenti una denominazione protetta»<sup>12</sup>. Si passa dall'omessa verifica di mere irregolarità formali alla mancata registrazione dei prodotti alimentari utilizzati per la lavorazione: un ventaglio ampio e diversificato per gravità e disvalore, per il quale difficilmente si potrebbe giustificare un trattamento sanzionatorio indifferenziato e quantitativamente equivalente. Il giudice *a quo* si premura infine di segnalare come non abbia potuto rinvenire nell'ordinamento modelli normativi da utilizzare in via analogica, non potendo, dunque, esercitare i suoi poteri di adeguamento ermeneutico a Costituzione.

Nella parte motiva della sentenza, la Corte costituzionale procede innanzitutto a compiere un'approfondita disamina del contesto normativo di riferimento. La prima osservazione riguarda la natura della disposizione censurata: essa, infatti, è stata adottata in attuazione di un regolamento europeo ed «è, dunque, di matrice europea la regolazione del sistema di registrazione, tutela e valorizzazione dei prodotti connotati da qualità peculiari, la cui reputazione è dovuta all'ambiente geografico d'origine, nonché alle specifiche modalità di produzione»<sup>13</sup>. Nello stesso regolamento europeo presupposto si rinviene l'indicazione normativa che vede la possibilità da parte delle autorità statali di controllo di delegare le funzioni di verifica sul rispetto del disciplinare e sul corretto uso del nome a organismi privati<sup>14</sup>, con specifiche caratteristiche, sempre normate dal decisore europeo<sup>15</sup>. Ancora, si specifica inoltre la necessità per lo Stato membro di prevedere sanzioni avverso la mancata applicazione delle dette verifiche; sanzioni che siano effettive, proporzionate e dissuasive<sup>16</sup>. Una normativa di chiusura, che però marca un residuale vincolo di attuazione e di punizione a tutela delle previsioni del regolamento, che impegna direttamente lo Stato membro attuatore. La base perfetta, come vedremo, per giustificare l'intervento manipolativo della Corte.

Venendo alla normativa interna, la Consulta sottolinea come la disposizione indubbiata si inserisca in uno schema sanzionatorio disarmonico. Mentre le sanzioni amministrative pecuniarie previste contro i produttori di DOP e IGP che facciano un uso commerciale scorretto delle denominazioni protette sono graduabili entro un minimo ed un massimo (artt. 1 e 2 del d.lgs. n. 297/2004), quelle stabilite per gli organismi privati di controllo che vengano meno ai loro compiti sono in misura fissa (artt. 4 e 6 del d.lgs. 297/2004). Disarmonia che però non si ritrova, nota sempre in filigrana il giudice delle leggi, nel «sistema parallelo» di tutela delle produzioni di agricoltura biologica. Anche qui la verifica del rispetto dei protocolli di settore è affidata in maniera concorrente all'autorità pubblica e a organismi privati delegati. Nella disciplina interna attuativa (d.lgs. n. 20/2018) però, il sistema punitivo si sviluppa in un'ottica di tipo casistico, «indicando le condotte illecite per ripartirle, sul piano sanzionatorio, in ragione della loro decrescente gravità»<sup>17</sup>.

Partendo da queste osservazioni preliminari, si procede ad analizzare nel merito le questioni sollevate, dichiarandone subito la fondatezza. Dal punto di vista sostanziale, la Corte costituzionale chiarisce che «la norma in esame prevede che ogni inadempienza alle prescrizioni o agli obblighi impartiti dalle competenti autorità pubbliche agli organismi di controllo delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche protette, comprensivi delle disposizioni del piano di controllo

---

<sup>12</sup> [Corte cost. 11 gennaio 2023, n. 40](#), punto 1 del *Considerato in diritto*.

<sup>13</sup> [Corte cost. 11 gennaio 2023, n. 40](#), punto 2.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>14</sup> Così previsto dall'art. 28 del regolamento n. 625/2017/UE.

<sup>15</sup> Elenco specificatamente definito all'art. 29 del regolamento n. 625/2017/UE.

<sup>16</sup> Così previsto dall'art. 139 del regolamento n. 625/2017/UE.

<sup>17</sup> [Corte cost. 11 gennaio 2023, n. 40](#), punto 5.5.1 del *Considerato in diritto*.

e del relativo tariffario, è punita con la sanzione amministrativa fissa di euro cinquantamila. La gamma di condotte riconducibili alla medesima fattispecie sanzionatoria è quanto mai vasta», con il serio rischio che «[si equiparino] le condotte più gravi e pericolose a quelle di minor rilievo, stabilendo per tutte una sanzione in misura fissa. Ciò è in aperto contrasto con il principio di proporzionalità delle sanzioni»<sup>18</sup>. Su questo la linea sembra chiaramente tracciata e la Consulta si lancia in un ragionato riepilogo della propria giurisprudenza sull'estensione del rispetto del principio di proporzionalità al campo delle sanzioni amministrative: «pure per le sanzioni amministrative si prospetta, dunque, l'esigenza che non venga manifestamente meno un rapporto di congruità tra la sanzione e la gravità dell'illecito sanzionato. Ciò discende, appunto, dal dovere di assicurare l'attuazione del principio di proporzionalità, il quale, in questo ambito, trae il proprio fondamento nell'art. 3 Cost. in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione»<sup>19</sup>. Il giudice *a quo* coglie nel segno, individuando con precisione il parametro fisso (art. 3 Cost.) e i due parametri relazionali (artt. 42 e 117 Cost.). La sproporzione sanzionatoria importa una incongrua incisione del patrimonio proprio degli organismi privati di controllo. E per questo è viziata da illegittimità costituzionale.

Ormai questa linea collaterale dell'espansione del principio di proporzionalità, che permette alla Corte di sindacare le scelte sanzionatorie del legislatore non solo in campo penale, ma anche amministrativo, sembra solida e pacifica. Non scontati appaiono però gli sviluppi processuali. Lo “schema Modugno” (quello che abbiamo visto teorizzato nella sentenza [n. 185 del 2021](#)) viene qui seguito con precisione e convinzione *perinde ac cadaver* (sarà che il Relatore delle due decisioni è poi lo stesso). La pura ablazione non sarebbe operabile nel caso di specie, in quanto il *vulnus* in questo caso impedirebbe all'ordinamento di reagire efficacemente contro condotte illecite per le quali vige un obbligo punitivo di natura sovranazionale. Come più volte detto, l'origine euromunitaria della disciplina interna importa che «l'ablazione secca della norma censurata lascerebbe le inadempienze sformite di ogni sanzione, rischiando di minare la stessa credibilità del sistema italiano dei controlli sulle produzioni di qualità, e si presterebbe a generare una situazione di contrasto con obblighi derivanti dal diritto dell'Unione»<sup>20</sup>. L'intervento manipolativo si rende, dunque, necessario, nelle forme emerse negli ultimi anni dalla giurisprudenza della Corte in materia: individuazione di precisi punti di riferimento normativo già rinvenibili nel sistema legislativo, intesi come soluzioni già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata (*ex plurimis*, la sentenza [n. 40 del 2019](#)). A questo punto del ragionamento si comprende il precedente riferimento, inserito nella decisione, al parallelo sistema di tutele dell'agricoltura biologica (d.lgs. n. 20/2018). Anch'esso di matrice europea, ma impostato su un sistema sanzionatorio diversificato in ragione della gravità dell'illecito. Ora, la Corte ritiene che la sanzione da cinquantamila euro, benché di certo severa, sia giustificata dall'alto tasso di disvalore che alcune condotte punite nel caso di specie possono raggiungere. Dunque, la necessità di una “alta capacità deterrente” giustifica la conservazione della detta sanzione quale massimo edittale a cui il giudice può far riferimento per gli illeciti più gravi. Resta allora da fissare il minimo edittale, questo sì da ricercare in altre parallele disposizioni dell'ordinamento. All'art. 8, comma 1, del d.lgs. n. 20/2018, che punisce gli organismi di controllo delle produzioni agricole biologiche, si prevede un minimo edittale di euro diecimila. Afferma la Consulta che «la piena omogeneità finalistica consente di assumere la disposizione in questione come “punto di riferimento” per l'individuazione della soglia minima della sanzione da applicarsi alla struttura di controllo di produzioni DOP e IGP»<sup>21</sup>. Conclude la Corte dichiarando l'illegittimità della norma impugnata «nella parte in cui prevede la sanzione amministrativa

---

<sup>18</sup> [Corte cost. 11 gennaio 2023, n. 40](#), punto 5.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>19</sup> [Corte cost. 11 gennaio 2023, n. 40](#), punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>20</sup> [Corte cost. 11 gennaio 2023, n. 40](#), punto 5.4 del *Considerato in diritto*.

<sup>21</sup> [Corte cost. 11 gennaio 2023, n. 40](#), punto 5.5.1 del *Considerato in diritto*.

pecuniaria “di euro cinquantamila”, anziché “da un minimo di diecimila a un massimo di cinquantamila euro”»<sup>22</sup>.

#### 4. *Questioni di sostanza*

Un primo elemento di sostanza su cui ragionare riguarda la natura del giudizio di proporzionalità che, in questo preciso schema logico, utilizza la Corte costituzionale. Abbiamo già detto come il punto di partenza sia una (quasi ineluttabile) estensione, sempre più incisiva, del principio di ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost. A pensarci bene, ciò che si predica nella decisione in commento è la vera e propria esistenza di un autonomo diritto ad un trattamento punitivo proporzionato, ricavabile in virtù di una forma parametrica relazionale, imperniata sul citato articolo 3 Cost. in combinazione con le altre disposizioni costituzionali via via operanti. È una dimensione, questa, che emerge con chiarezza in un recente saggio di Francesco Viganò. Stando al professore meneghino, nei trattamenti sanzionatori, penali o amministrativi che siano (nessuna differenza tra i due tipi di responsabilità), la Costituzione vincola il legislatore al rispetto di un generale principio di proporzionalità, che dunque non si attegga a modello logico-valutativo, ma che rappresenta, a tutti gli effetti, un’istanza fondante della legalità costituzionale. Istanza con piena autonomia assiologica e che si esplica secondo due modalità fenomeniche: una proporzionalità ordinale, che emerge per relazione e che, dunque, presuppone la comparazione della fattispecie indubbiata con altra assimilabile, che fungerà da modello del rapporto tra gravità dell’illecito e sanzione; una proporzionalità cardinale, che si rivela nella necessaria congruità intrinseca del rapporto fatto-sanzione indubbiato<sup>23</sup>. A questi due modi di essere della proporzionalità corrispondono due specifiche formule di valutazione in mano al giudice costituzionale. Nel caso della misurazione ordinale, il test avviene su una comparazione tra due scale ideali: la prima che ordina la gravità dei reati e la seconda che ordina la gravità delle sanzioni, cosicché ad una fattispecie di reato con disvalore di grado  $x$  dovrà corrispondere la pena che si intende afflittiva al medesimo grado  $x$ . Il limite di tale impostazione sta nel fatto che la valutazione segue sempre una dimensione comparatistica e dunque non riesce a misurare la sproporzionalità in sé della pena, in termini assoluti. Qui entra in gioco la proporzionalità cardinale, che invece si propone di misurare la proporzione non in termini di confronto con altri reati e altre pene, ma per il singolo caso specifico e nel mero rapporto tra sanzione e fatto. Ciò che viene in rilievo in questo secondo caso è la congruità tra afflizione della sanzione e gravità del fatto. Il discrimine è sottile, ma dirimente. Esiste una differenza tra proporzionalità sostanziale, quale vincolo ideale presente nella Costituzione, e proporzionalità processuale (o metodologica), quale procedimento logico che individua la sproporzione<sup>24</sup>.

La definizione della prima tipologia è forse sfuggente. Se è innegabile il fatto che dalla giurisprudenza della Consulta si possa ricavare un concetto di proporzionalità quale dato ordinamentale costituzionalmente rilevante, più difficile è comprendere se esso debba intendersi più come principio o più come diritto. La proporzionalità come principio implicherebbe «l’idea che la

---

<sup>22</sup> Così il dispositivo di [Corte cost. 11 gennaio 2023, n. 40](#).

<sup>23</sup> La ricomposizione organica di questa teorica viene magistralmente ricostruita in F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021.

<sup>24</sup> Su questo è interessante richiamare la posizione di Modugno, secondo cui il profilo metodologico e processuale della ragionevolezza (di cui la proporzionalità è un corollario) non è solo quello prevalente, ma perfino l’unico a dover essere considerato dal giudice (anche dal giudice delle leggi). La ragionevolezza, per lo studioso romano, è innanzitutto canone logico-ermeneutico e solo dopo principio/diritto. Posizione di recente ribadita dal citato autore nella relazione introduttiva di un incontro dal titolo “[Alle radici del principio di ragionevolezza](#)”, tenutosi presso la Biblioteca della Corte costituzionale il 23 marzo 2023. Su questo punto lo stesso MODUGNO riprende le osservazioni di Paladin, che sostiene la “non esistenza” della ragionevolezza come principio, dovendosi intendere questo termine come «una denominazione riassuntiva di tecniche o di criteri valutativi assai diversi» (così L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in Enc. Dir., Aggiornamento, I, Milano 1997, 901 ss.).

pena da applicare in risposta a ogni singolo reato debba essere proporzionata alla sua gravità. E ciò per ragioni che non potrebbero che costruirsi in chiave “oggettiva” e “ordinamentale”: non pensate dunque nell’interesse del condannato, ma nell’interesse dell’intera collettività»<sup>25</sup>. La proporzionalità come diritto implicherebbe, al contrario, l’esistenza di «una garanzia stabilita a favore del singolo condannato contro pene non ragionevolmente difendibili (anzitutto nei suoi confronti!) come “giusta” reazione al male causato con il reato; restando però libero l’ordinamento di comminare o infliggere pene che si discostino verso il basso dal limite della proporzionalità o addirittura di rinunciare del tutto alla pena, in funzione di finalità che i decisori democratici sono liberi di perseguire»<sup>26</sup>.

Una duplice opzione che possiamo provare a disciogliere da un punto di vista processuale. Non ogni forma possibile del giudizio di proporzionalità si adatta in via indifferenziata ad ogni concezione sostanziale della stessa. Il test di proporzionalità ordinale, di tipo comparatistico, ha una chiara dimensione sistemica (misura la proporzionalità di uno schema sanzionatorio mettendolo in relazione con un altro presente nell’ordinamento) e quindi è più sensibile alle sfumature di principio, ad intercettare cioè la più ampia logica che il legislatore segue nel correlare pene e fatti illeciti. Il test di proporzionalità cardinale rifiuta, invece, apertamente la vocazione sistematica, provando a determinare in concreto e nella singola fattispecie il grado di sproporzione/proporzione esistente. Il primo test ammette di inserire nella valutazione di proporzionalità alcuni possibili elementi distorsivi a carattere sociale, come ad esempio una riconosciuta finalità preventiva (e non meramente punitiva), rilevante nel più ampio complesso dell’ordinamento. Il secondo test agisce in prospettiva soggettiva e impone un limite ai detti correttivi sociali, mal tollerati nello schema logico di applicazione. Il primo, dunque, è il giudizio proprio della proporzionalità principio; il secondo della proporzionalità diritto.

Non c’è dubbio sul fatto che il giudice costituzionale italiano ci stia sempre più abituando al test di proporzionalità cardinale, soprattutto in ambito penale<sup>27</sup>. L’elemento carsico di questa tendenza è, appunto, l’isolamento di un vero e proprio diritto soggettivo alla proporzionalità del trattamento sanzionatorio, costituzionalmente garantito. E ciò cambia radicalmente il suo peso specifico all’interno dell’ordinamento e quindi le modalità della sua inculturazione, in concreto operate dal legislatore e sottoposte al giudizio di bilanciamento della Corte. La dottrina ha, infatti, sempre individuato una differenza tra il bilanciamento dei valori (dei diritti duri) e il bilanciamento dei principi, data anche dalla diversa natura dei due termini. Stando a Modugno, i valori sarebbero incerti e indeterminati nella sostanza, rispetto ai principi, perché implicherebbero un presupposto sforzo di chiarezza di contenuto. Ad esempio, «con riferimento al significato del valore di “libertà”, non si sa se esso corrisponda all’intento originario del costituente, oppure al significato sedimentato come

---

<sup>25</sup> F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 228.

<sup>26</sup> F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 229.

<sup>27</sup> Basti pensare che «il percorso evolutivo del principio di proporzionalità della pena nell’ordinamento italiano è descritto da una parabola ascendente [...]. Il focus su cui si concentra l’analisi della Consulta muove da iniziali valutazioni prettamente formalistiche, di raffronto sistematico della scala dei reati disegnati dal legislatore e delle rispettive corrispondenti reazioni sanzionatorie, al fine di rilevare incongruenze ed incoerenze: alla luce di un generale principio di eguaglianza sanzionatoria, la proporzionalità, pur in via implicita ed indiretta, richiede una uniformazione delle reazioni punitive dell’ordinamento nei confronti di reati posti a confronto sulla base di una non bene precisata analogia. La mancata pregnanza ed incisività di tale tipologia di intervento costituzionale, nonché l’incertezza del meccanismo comparativo, tuttavia, hanno progressivamente richiesto una maggiore profondità di sindacato, che analizzasse più da vicino la distonia prodotta da alcune sanzioni penali previste nel Codice rispetto la stessa conformazione strutturale del reato di riferimento, rispetto la concreta e reale lesività manifestata dal comportamento posto in essere, piuttosto che guardando ad un raffronto con altre fattispecie incriminatrici» (così I. GRIMALDI, *Il principio di proporzionalità della pena nel disegno della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale* n. 5/2020). Spartiacque in questo senso è di certo [Corte cost. 21 settembre 2016, n. 236](#) (Pres. Grossi, Red. Zanon), con uno schema decisorio allora inedito, tutto strutturato intorno ad un giudizio di intrinseca irragionevolezza del trattamento sanzionatorio previsto dall’art. 567 c.p. (alterazione di stato). Su quest’ultima pronuncia si veda F. VIGANÒ, *Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2/2017. Si vedano anche [Corte cost. 25 settembre 2018, n. 222](#) sul reato di bancarotta fraudolenta e [Corte cost. 23 gennaio 2019, n. 40](#) sul reato per fatti di non lieve entità aventi ad oggetto droghe pesanti.

valore condiviso in un dato contesto di comunità»<sup>28</sup>. Un dato, dunque, sempre cangiante e aperto, che non può che respingere standard valutativi fissi e assoluti, proprio perché questi negherebbero tale sua “inesauribile produzione di senso”. Il principio, invece, non sarebbe altro che un «precetto di ottimizzazione in relazione alle possibilità di fatto e di diritto», quindi un elemento atto ad orientare le scelte discrezionali del legislatore. È interessante questa riflessione, perché in sostanza inserisce valori e principi in momenti differenti di uno stesso piano logico di ragionamento. Il valore è già di per sé stesso un approdo di un’opera ampia di bilanciamento, a cui partecipa la cultura giuridica e la cultura sociale. Il bilanciamento di interessi e ideali si è già compiuto (può essere solo riscoperto e precisato dalla Corte) e quindi il valore costituzionale diviene assioma, che si impone come stella fissa nell’ordinamento e si può bilanciare, ma solo con altri assiomi della medesima sostanza. Il principio, al contrario, è chiamato a orientare un bilanciamento tra interessi e ideali che avviene a valle, che ancora deve avvenire. Il legislatore, nell’esercizio della sua discrezionalità, opera bilanciamenti, orientati dal principio, e li cristallizza; la Corte costituzionale si appresta a verificare se tali bilanciamenti siano ragionevoli. Ecco perché, sul piano dell’attività ermeneutica della Corte costituzionale, il valore-diritto, una volta individuato nella sua specifica forma di inculturazione, non permette altro che una verifica in concreto sul proprio effettivo imperio nella legislazione e quindi nell’ordinamento giuridico; il principio impone alla Consulta una valutazione dialettica, relazionale, attenta alle istanze ulteriori che il legislatore ha la necessità di far valere. Il test di proporzionalità cardinale è funzionale alla prima tipologia; il test di proporzionalità ordinale alla seconda.

Venendo al caso di specie, che prima abbiamo provato a delineare, l’approdo sostanziale, esteso alle sanzioni amministrative, viene seguito da un test di valutazione di natura essenzialmente intrinseca, orientato a valutare i fattori in gioco (fatti illeciti e conseguenti sanzioni) sulla base di una relazione rigida e di natura presuntiva. Sottoposta al giudizio della Corte una sanzione pecuniaria fissa, applicabile ad una pluralità di condotte equiparate a dispetto del loro differente grado di offensività, se ne deve dedurre «in via di principio» l’incompatibilità con il “volto costituzionale” del sistema. Questa presunzione di incompatibilità per le sanzioni di natura fissa semplifica molto lo schema logico-motivazionale al giudice delle leggi: se il legislatore ha previsto di assoggettare ad una sanzione fissa nell’ammontare una pluralità di condotte, di diversa gravità, pur se omogenee per il bene della vita vulnerato, la sproporzione deve esistere, a prescindere dalla valutazione di merito sulla possibile funzione riparativa o preventiva che la sanzione, nella logica dell’ordinamento, avrebbe dovuto esercitare. Un rigido test cardinale, che implica e presuppone che la proporzionalità vada ormai intesa, a tutti gli effetti, come un diritto fondamentale.

Questo approdo non è di poco conto quando si guarda alle sanzioni di natura amministrativa, per la specifica funzione che esse sono chiamate a svolgere nell’ordinamento. La dottrina, invero, non ha mai inteso risolvere la loro funzione in una mera istanza punitiva. Al contrario, la dosimetria sanzionatoria amministrativa risponde anche a ulteriori esigenze di natura riparatoria e perfino preventiva. Di base, «la decisione di optare per un regime di responsabilità amministrativa dipende soprattutto da una valutazione critica circa la capacità del sistema penale di svolgere efficacemente la sua funzione repressiva e deterrente»<sup>29</sup>. La responsabilità amministrativa per fatto illecito sembra, dunque, trovare la sua *ratio* soprattutto nella necessità di offrire un’alternativa al più lungo e aggravato percorso di accertamento della responsabilità penale (la cosiddetta “depenalizzazione”). Ma tale funzione alternativa, la sanzione amministrativa la svolge anche con riguardo ad alcune particolari forme di illecito civile. L’ambito esemplificativo classico è quello della tutela della concorrenza. La possibilità che un operatore privato, in via autonoma, possa avviare azioni civili risarcitorie nel caso in cui un altro operatore realizzi comportamenti lesivi della libera concorrenza, causandogli un danno, spesso non sono ritenuti sufficienti ad un contrasto reale, efficiente, generalizzato e uniforme di questi illeciti. Così, lo Stato interviene attraverso sanzioni di natura

---

<sup>28</sup> Così F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, cit., 99 ss.

<sup>29</sup> G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 172.

amministrativa, che oltre ad una specifica natura punitiva si atteggiano a strumenti ulteriori di prevenzione, spesso attraverso pene pecuniarie di alto valore. La dottrina parla, appunto, di “doppio binario”, in cui «specifici apparati pubblici [l’autorità antitrust, ad esempio] sono chiamati a verificare, anche d’ufficio, il compimento da parte delle imprese di eventuali infrazioni [ai divieti di condotte anticoncorrenziali]. Le azioni civili promosse dalle singole imprese (o dalle associazioni dei consumatori) [...] hanno carattere residuale, fungendo da strumenti di chiusura del sistema, a tutela di interessi meramente privati»<sup>30</sup>. In questa visione sistemica, non conta più solo l’entità astratta dalla sanzione, ma anche la sua capacità di scoprire davvero il comportamento illecito e di impedirne la reiterazione: «una sanzione di cento euro applicata a un quarto delle sanzioni commesse ha la stessa efficacia deterrente di una sanzione di venticinque euro applicata nel cento per cento dei casi. Talora, l’innalzamento dell’entità della sanzione prevista dalla legge rivela semplicemente l’incapacità dell’ordinamento di scoprire la maggior parte dei comportamenti vietati»<sup>31</sup>.

Attenzione, però. Una logica di questo genere, in cui la sproporzione tra fatto e sanzione è consapevolmente prevista a fini preventivi, non è giustificabile se letta alla luce della proporzionalità diritto, che non ammette deroghe e diluizione, nemmeno se ad essere perseguito è un interesse pubblico di un certo valore, come può essere il contrasto alle attività anticoncorrenziali delle imprese (nel caso specifico, un obiettivo con copertura perfino sovranazionale). La sanzione, con il suo dato afflittivo, non può divergere dallo schema che la vuole legata nella misura ad una proporzionata relazione con il fatto commesso dalla persona ovvero dal soggetto privato. E, dunque, ogni elemento di natura teleologica che infici tale schema è evidentemente contrario al “volto costituzionale” del sistema. Tranne che non si voglia limitare l’applicazione della proporzionalità diritto a quelle che nella sentenza [n. 112 del 2019](#) vengono definite “sanzioni amministrative sostanzialmente punitive”. Possiamo chiederci cioè se la Corte costituzionale non abbia poi ricavato una nuova *species* nel più ampio *genus* delle sanzioni amministrative, a cui solo applicare la garanzia costituzionale più alta. Una categoria isolabile in ragione di tale esclusivo carattere “sostanzialmente punitivo”; termini che, verrebbe da pensare, non indichino una mera natura afflittiva (quella è generalmente riferibile a ogni tipologia di sanzione), ma escludano finalità differenti rispetto a quella propria di contrasto dell’illecito (preventive o riparative - per quanto poi i confini tra queste differenti funzioni non siano così marcati)<sup>32</sup>. Una traccia di questa logica potrebbe forse rinvenirsi in una pronuncia di poco precedente rispetto a quella in commento, la sentenza [n. 5 del 2023](#) (Pres. Sciarra, Red. Viganò). In quel caso, veniva indubbiata innanzi alla Consulta la disposizione che impone al giudice di disporre la confisca delle armi al soggetto possessore che abbia ommesso di comunicarne lo spostamento presso nuova residenza (fattispecie penalmente rilevante), anche nel caso il detto reato sia stato estinto per oblazione. Il rimettente tribunale sollevava due questioni di legittimità che la stessa Corte riconosceva essere tra loro in rapporto di subordinazione: (1) se sia conforme a Costituzione disporre la confisca anche in caso l’imputato sia ricorso all’oblazione e, più in generale, (2) se non sia sproporzionato

---

<sup>30</sup> G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 173.

<sup>31</sup> G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 174.

<sup>32</sup> Resta difficile determinare i caratteri di questa categoria anche facendo riferimento ai cosiddetti “criteri Engel”. Parliamo di una risalente sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea (Engel e altri contro il Regno dei Paesi Bassi, giugno 1976), nella quale il giudice di Lussemburgo ha tentato di creare dei criteri oggettivi per qualificare la natura penale di una sanzione, a prescindere dal *nomen iuris* da essa assunto nel singolo ordinamento di appartenenza. Tale giurisprudenza, poi consolidata dalla Corte di giustizia in una successiva sentenza del 1984 (Öztürk c. Germania), stabilisce tre elementi da analizzare per determinare il regime sostanzialmente punitivo di una sanzione: (1) la qualificazione giuridica interna; (2) la natura dell’illecito e la funzione del conseguente provvedimento previsto, che deve essere applicabile in modo generale e avere scopo preventivo e repressivo; (3) la gravità della sanzione, che non deve necessariamente essere privativa della libertà personale. Tale soluzione definitiva non sembra però aiutarci con riguardo alla proporzionalità principio, perché, come visto, lo schema del giudice europeo non esclude nella valutazione quegli scopi di prevenzione che, invece, risultano altamente distorsivi di quel necessario rapporto di congruità tra sanzione e illecito. Per un approfondimento organico del tema, si veda F. BAIO, *Le sanzioni amministrative punitive e uno “statuto costituzionale” in costruens (tra battute d’arresto e rapide accelerate) nel dialogo tra le Corti*, in [federalismi.it](#), n. 31/2022.



disporre la confisca (di armi solitamente di alto valore patrimoniale) nel caso di una condotta di reato di relativo allarme sociale. La Corte, dichiarando l'infondatezza di entrambe le questioni, sottolinea innanzitutto la natura non punitiva della detta confisca, in quanto finalizzata innanzitutto a contenere la circolazione non tracciata di armi sul territorio nazionale, anche in conformità agli obblighi europei, e solo dopo strumentale alla punizione del reato connesso. Ancora, proprio tale natura securitaria della confisca ne comporta una autonomia rispetto al reato commesso, che ne è mero presupposto da valutare in sede giudiziaria. La Consulta arriva ad affermare che dalla natura preventiva, e non punitiva, della misura si deve ricavare il fatto che essa resti «non soggetta a quei principi di personalità della responsabilità penale e di necessaria funzione rieducativa frequentemente invocati dalla giurisprudenza di questa Corte, unitamente all'art. 3 Cost., a fondamento del principio di proporzionalità delle pene»<sup>33</sup>. Certo, differenziare natura punitiva e natura preventiva non è sempre così semplice; tanto più che spesso i due profili coesistono nella medesima disposizione<sup>34</sup>. E, dunque, verrebbe da concludere che solo nei casi in cui la natura preventiva della sanzione emerga come assolutamente prevalente, se non totalizzante, questa potrà essere esclusa dal rispetto della proporzionalità diritto<sup>35</sup>.

D'altra parte, più semplicemente, riprendendo la suddivisione proposta da Napolitano, potremmo considerare “sostanzialmente punitive” le sole sanzioni introdotte nell'ordinamento in alternativa a quelle penali. Una soluzione che però non convince fino in fondo. Innanzitutto, perché le decisioni della Consulta hanno applicato lo schema logico della proporzionalità cardinale anche (se non soprattutto, fino ad ora) a sanzioni amministrative estranee ai processi di depenalizzazione. In secondo luogo, perché un tale limite alla pervasività di un diritto costituzionale sarebbe forse giustificabile qualitativamente, ma sarebbe difficile da accettare negli effetti provocati, che apparirebbero vere e proprie sgrammaticature del sistema. Forse, allora, un più generale chiarimento teorico da parte della Corte sul tema potrebbe servire, anche solo per restituire un canone organico, che con più chiarezza potrebbe orientare l'attività del legislatore.

### 5. Questioni di processo

Anche lo “schema Modugno”, che abbiamo visto la prima volta applicato nella sentenza [n. 185 del 2021](#) e poi reiterato nella sentenza in commento (*einmal ist keinmal*, direbbero i tedeschi), si fonda su una presunzione logica. Quando la declaratoria di incostituzionalità corre il serio rischio di creare un *vulnus* ordinamentale, la Corte costituzionale ha l'obbligo di riempirlo (e dunque di non lasciare tale compito al giudice in prima istanza e al legislatore in seconda) solo quando tale *vulnus* comporti un insostenibile vuoto di tutela. Tale insostenibilità, stando alla Consulta, di certo emerge quando «ne derivasse una menomata protezione di diritti fondamentali dell'individuo o di beni di particolare rilievo per la collettività rispetto a gravi forme di aggressione, con eventuale conseguente violazione

---

<sup>33</sup> [Corte cost. 22 dicembre 2022, n. 5 \(2023\)](#), punto 6.2.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>34</sup> È interessante osservare come non manchino casi in cui la stessa Corte si è trovata davanti alla necessità di bilanciare la necessaria proporzionalità con altre finalità sociali riscontrabili nel dettato normativo, derubricando, dunque, implicitamente la proporzionalità diritto in proporzionalità principio. Da segnalare [Corte cost. 6 febbraio 2023, n. 46](#) (Pres. Sciarra, Red. Antonini), in cui la Consulta teorizza l'estensione del principio di proporzionalità anche alle sanzioni tributarie, pur con l'idea che sia necessario bilanciare tale esigenza con il carattere di deterrenza, insito nella tipologia sanzionatoria predetta. Lo sforzo dovrà allora essere quello di trovare soluzioni ermeneutiche che «senza minare in radice l'effetto deterrente, [siano] in grado di ricondurre entro i limiti della proporzionalità e della ragionevolezza la sanzione prevista dalla norma censurata» (punto 12 del *Considerato in diritto*).

<sup>35</sup> Per approfondire i caratteri propri della natura afflittivo-punitiva delle sanzioni non formalmente penali si veda A. BONOMI, *Sanzioni amministrative “di seconda generazione”, principio di proporzione, diritti fondamentali*, in [federalismi.it](#), n. 5/2022; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017; E. PALIERO - A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988.

di obblighi costituzionali o sovranazionali»<sup>36</sup>. Le due situazioni sono citate come esemplificative dalla Corte, con l'idea che non esauriscano esse stesse i casi in cui l'intervento manipolativo è richiesto al giudice delle leggi. Di certo, nelle due fattispecie indicate, esiste una chiara presunzione di insostenibilità, che, sostanzialmente, impone alla Corte di intervenire e che, processualmente, richiede certo un minor onere motivazionale. Nella stessa sentenza di cui stiamo trattando, sono bastate poche righe nel testo per richiamare la copertura europea della normativa sanzionatoria *sub iudice*, senza dunque approfondire in concreto quali reali profili di contraddizione dovrebbe far nascere l'eventuale *vulnus* rispetto agli obblighi eurolunitari: la stessa Corte afferma che la sanzione delle violazioni del regolamento europeo di riferimento risponde ad un obbligo di tutela inserito in una previsione di "carattere generale"; elemento che forse rendeva necessario qualche chiarimento logico ulteriore nella parte motiva<sup>37</sup>. Sta di fatto che l'*horror vacui* da cui sembra affetta la Corte restituisce qui una regola processuale fortemente rigida, che tramuta lo sforzo creativo della Consulta da assoluta eccezione a strumento ordinario di intervento al ricorrere di specifiche fattispecie<sup>38</sup>. Un salto ideale per nulla scontato.

Vi è però anche un secondo tempo. Una volta accertata, pur in via sillogistica, la necessità di esercitare uno sforzo creativo nella rimozione dell'incostituzionalità, la Corte deve individuare le modalità più opportune per evitare la pura ablazione e scongiurare gli effetti negativi che un suo intervento meramente demolitorio comporterebbe. Nel caso di specie, il giudice delle leggi ha deciso per una sostituzione della sanzione censurata con altra più rispettosa dei vincoli costituzionali. La linea giurisprudenziale richiamata è quella modellata sulla formula crisafulliana delle "rime obbligate", che la Corte ha nel tempo fatto propria nella sua forma originaria (tornano le sentenze [n. 40 del 2019](#), [n. 222 del 2018](#) e [n. 236 del 2016](#))<sup>39</sup>. L'idea cioè che la sostituzione operata dalla Corte

---

<sup>36</sup> [Corte cost. 11 gennaio 2023, n. 40](#), punto 5.4 del *Considerato in diritto*. Considerazione ripresa in maniera letterale da [Corte cost. 10 giugno 2021 n. 185](#), punto 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>37</sup> «Sia pure con previsione di carattere generale, è richiesto agli Stati membri di stabilire sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive" per le violazioni del regolamento sui controlli ufficiali sulle produzioni alimentari, comprese quelle DOP e IGP (art. 139 del regolamento n. 625/2017/UE)», così la stessa [Corte cost. 11 gennaio 2023, n. 40](#), punto 5.4 del *Considerato in diritto*.

<sup>38</sup> L'osservazione è presente già nel commento di Pinardi al precedente di [Corte cost. 10 giugno 2021 n. 185](#). Il giurista modenese sottolinea, infatti, come nel ragionamento della Corte di quella prima pronuncia, poi nella sostanza ripetuto in quella del 2023, sia presente una lieve contraddizione tra una prima affermazione solenne della generale liceità dell'azione ablativa della Consulta, a prescindere dalle conseguenze demolitorie colmate dalla giurisprudenza dei giudici comuni, e la successiva elencazione di ipotesi in cui, invece, è proprio l'*horror vacui* del giudice delle leggi a imporgli l'intervento manipolativo. Si veda R. PINARDI, *L'horror vacui nel controllo di costituzionalità su misure di carattere sanzionatorio (note a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 185 del 2021)*, in [Nomos](#), n. 3/2021. Dello stesso autore R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Torino, 2007. Per un commento alla detta sentenza del 2021 si veda anche G. CASAVECCHIA, *Sanzioni amministrative fisse e rime obbligate. Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 185 del 2021*, in [Osservatorio AIC](#), n. 6/2021.

<sup>39</sup> Con riguardo alla teorica delle "rime obbligate", parte della dottrina ha sostenuto come i recenti sviluppi giurisprudenziali abbiano segnato una forzatura di quello che doveva essere inteso dalla Corte costituzionale come un limite ai suoi sforzi creativi. L'eventuale azione surrogatoria della Consulta rispetto al vuoto normativo di una sua decisione doveva essere orientata dall'individuazione di una soluzione conforme a Costituzione già esistente all'interno dell'ordinamento. Il passaggio graduale a formule sostitutive meno aderenti a questa lettura (la stessa sentenza [n. 40 del 2023](#) sembra segnare un passaggio nuovo da questo punto di vista quando introduce la categoria della "congruità finalistica") non è però così estranea all'ambito originario in cui quella teorica era nata. La riflessione di Vezio Crisafulli riteneva soddisfatta l'esigenza di rime obbligate attraverso l'estensione o l'esplicitazione di «qualcosa che, seppure allo stato latente», sia «già compreso nel sistema normativo in vigore» (così V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. Occhicupo (cur.), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 84). In buona sostanza, «tale intuizione fu originariamente proposta in chiave "giustificazionista", ossia per legittimare l'impegno delle decisioni manipolative, ma poi in concreto utilizzata come argine alla creatività della Corte» (così M. RUOTOLO, *Oltre le rime obbligate?*, in B. Caravita (cur.), *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, Torino, 2021, 123). Ecco perché si può parlare di un progressivo recupero

debba avvenire seguendo le indicazioni normative ricavabili dal più ampio sistema ordinamentale, sia quelle presenti in forma esplicita, sia quelle presenti in forma “latente”. Qui un punto di interesse della sentenza in commento. L’individuazione di un riferimento normativo a cui attingere in funzione sostitutiva veniva tradizionalmente spiegato dalla Corte in ragione dell’esistenza di un “nesso reale e stretto”: nella sentenza [n. 40 del 2023](#) tale legame si tramuta in una meno stringente “congruità finalistica”. Individuata, dunque, la norma di riferimento per la sostituzione, lo sforzo creativo della Corte si realizza nel caso di specie in un lavoro di manipolazione e ricomposizione. Come detto, tramutata la sanzione pecuniaria fissa in massimo edittale, la somma minima della stessa sanzione viene recuperata e trapiantata dalla “disposizione riferimento” alla “disposizione sostituita”, indicata nel dispositivo della sentenza nella formulazione definitiva. Un’azione segnata da un alto grado di discrezionalità, che fa nascere alcuni dubbi sulla sua reale idoneità allo scopo.

Andiamo con ordine. Un primo elemento critico di questa ricostruzione riguarda il ragionamento presuntivo iniziale, tutto giocato sulla natura eccezionale ovvero ordinaria dello sforzo creativo della Corte costituzionale, meglio della necessità di ricorrere a formule alternative rispetto alla mera ablazione. Il principio fondamentale, la regola, è che l’azione ablativa della Consulta non possa trovare limiti nelle possibili conseguenze negative di tale stessa azione. Pare così che si voglia sottolineare il fatto che la Corte agisca, in fin dei conti, nel più ampio sistema ordinamentale e che essa non posseda il preciso compito di assicurare la certezza organica del diritto, affidato invece all’attività ermeneutica dei giudici, nella loro struttura gerarchica; organicità su cui mantiene l’ultima parola il legislatore. Esistono però dei casi in cui l’azione demolitoria della Corte potrebbe avere conseguenze “insostenibili”, perché magari da ciò potrebbe derivare una mancata tutela dei diritti costituzionali, a cui solo con lentezza il sistema giudiziario o il legislatore stesso potrebbero porre rimedio. Allora la Consulta dovrà premurarsi di scongiurare tali negative conseguenze. Il passaggio delicato sta proprio nell’individuazione di queste negative conseguenze. Se lo schema logico è presuntivo, cioè stabilisce casi specifici in cui la mera ablazione non basta, si rinuncia alla eccezionalità dell’intervento e soprattutto si rinuncia all’approfondita motivazione della scelta della

---

da parte della giurisprudenza costituzionale della formula originaria della teorica delle “rime obbligate”, come ha sostenuto lo stesso M. Ruotolo, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant’anni dalla legge n. 87 del 1953*, relazione al [Convegno annuale dell’Associazione Gruppo di Pisa, Como 2023](#). Ora, che si tratti di una lettura estensiva del metodo ovvero del recupero del più ampio significato originario dello stesso, non sono mancate letture critiche in dottrina su questo orientamento della Corte, chiamato a giustificare interventi di manipolazione spesso assai incisivi e resi ben oltre la lettera del testo: si vedano, *ex plurimis*, D. MARTIRE, *Dalle “rime obbligate” alle soluzioni costituzionalmente “adeguate”, benché non “obbligate”. Note a margine della sentenza n. 40 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 2/2019 e, dello stesso autore, D. MARTIRE, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio AIC](#), n. 6/2020; per osservazioni più generali sul tema delle forzature giurisprudenziali della Consulta, si veda A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019; sull’applicazione del metodo alla misura delle sanzioni penali si veda A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019 e D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in [Sistema Penale](#), n. 2/2021. In una recentissima pubblicazione, Massimo Luciani prova a dare una lettura rinnovata del metodo delle rime obbligate, focalizzando l’attenzione sulla dimensione contestuale entro cui vanno ricercati i precisi punti di riferimento normativo nel sistema legislativo. In buona sostanza, mentre lo sforzo di ricerca di una razionalità generale e organica dell’ordinamento resta più difficile da afferrare e dunque difficile è anche l’individuazione di elementi normativi di comparazione da usare in via sostitutiva *in gurgite vasto*, restringere il focus sulla razionalità interna della sola normativa indubbiata può certo aiutare la Corte a recuperare soluzioni praticabili. Scrive il professore romano, prendendo spunto da una lettura inedita di [Corte cost. 4 dicembre 2013, n. 1 \(2014\)](#), che «in un ordinamento disarticolato qual è l’attuale le rime obbligate non sono quasi mai reperibili se si adotta un approccio “macro” che contempra l’intero sistema normativo o anche semplicemente suoi interi blocchi, mentre possono esserlo e in genere lo sono entro un approccio “micro” che si attenga alla logica specifica delle singole previsioni normative censurate e le riconduca a costituzionalità nella loro distinta individualità. Se - in altri termini - una razionalità complessiva dell’ordinamento è difficilmente ricostruibile non è affatto detto che non lo sia nemmeno quella d’una sua limitata e ben definita porzione: lacerti di razionalità sono sempre disponibili e l’interprete non può prescindere, pensando di poter sostituire la perdita razionalità di sistema con la sua razionalità soggettiva» (così M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, 198).

Corte. Vada pure per l'ampio concetto della "menomata protezione di diritti fondamentali", elemento più liquido e che quindi impone una ricostruzione logica, ma con riguardo alla copertura di obblighi sovranazionali, non sempre la ricercata "insostenibilità" emerge con chiarezza perché collegata al mero dato dispositivo. Andrebbe quindi ampiamente spiegata e argomentata.

Individuare con precisione (con attenta e approfondita motivazione) le ragioni di insostenibilità della mera ablazione nel caso specifico, non solo serve a giustificare l'*an* dello sforzo creativo, ma ne definisce il successivo *quomodo*. Qui il secondo elemento critico. Le modalità con cui la Corte decide di ricomporre la normativa per renderla conforme a Costituzione non hanno tutte lo stesso peso. Nel caso in commento, la scomposizione e ricomposizione della sanzione appare davvero un esercizio di ingegneria giuridica, che pone un serio dubbio sulla sua proporzionalità rispetto allo scopo. Ci si può chiedere se per affermare in concreto la congruità della sanzione rispetto all'illecito fosse davvero necessario stabilire un nuovo e arbitrario minimo edittale; ovvero se non fosse ugualmente efficace trasformare la sanzione fissa (cinquantamila euro) nell'indicazione massima comminabile ("fino a"), lasciando all'amministrazione il compito di modulare la stessa sanzione. In sostanza, introdurre nell'ordinamento un principio di dosaggio della detta sanzione, agganciato al solo massimo edittale, con l'obbligo per l'amministrazione di individuare la sanzione proporzionata al caso di specie; il tutto sotto il successivo ed eventuale controllo dei giudici, a cui sempre potrebbe rivolgersi il privato sanzionato ove ritenesse la stessa sanzione incongrua. In capo al legislatore, rimarrebbe sempre e comunque la possibilità di intervenire *ex post* per introdurre una nuova disposizione in conformità a Costituzione.

Entrambe le opzioni sono rinvenibili nella giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>40</sup>, pur rispondendo a linee teoriche profondamente diverse. Quando la Corte, infatti, interviene con la sostituzione, pur sotto la copertura più o meno ampia delle "rime obbligate", si pone in un atteggiamento di surroga, pur cautelare e temporanea, del legislatore. Ben più del kelseniano legislatore negativo, essa si atteggia a positiva creatrice di quel diritto generale e astratto che di più spetterebbe all'organo rappresentativo primo (al Parlamento); si pone insomma fuori dalla normale sistematica dell'ordinamento. Nell'altro caso, la Consulta si pensa come parte del sistema istituzionale e tenta di recuperare il dato letterale della disposizione alla Costituzione. Riprende un principio di base (nel caso, la dosimetria proporzionata delle sanzioni) e lo predica nel testo (la nuova formulazione "fino a"), ne chiede la verifica nel diritto vivente (amministrativo e giudiziario), genera una spinta esterna al legislatore perché alla fine intervenga (l'invito monitorio finale). È come se l'ablazione attiva (la vera e propria cancellazione della disposizione censurata) si tramutasse in una ablazione passiva (la ridefinizione del principio recuperato dalle scorie della legislazione indubbiata e la sua riaffermazione nei plurali meccanismi dell'ordinamento). La prima (la sostituzione a rime obbligate) è una soluzione a-sistemica, la seconda (l'ablazione passiva) è una soluzione sistemica; la prima è impositiva, la seconda dialettica. Non si contesta qui il fatto che in alcune situazioni la prima soluzione possa essere giustificata, che anzi forse possa essere l'unica efficace. Essa però deve restare l'ultimo possibile strumento a cui ricorrere, quello a cui fare affidamento solo quando gli altri sembrano non essere sufficienti e utili.

Il meccanismo sistemico non è stato mai estraneo alla giurisprudenza della Corte. La tecnica decisoria dell'aggiunta di principio, presente già nella sentenza [n. 1 del 1956](#), risponde a questa idea. Se bisogna presumere la costituzionalità delle leggi, l'incostituzionalità è solo un accidente, ben possibile nell'esercizio della funzione legislativa. Alla Consulta spetta una funzione catartica, che non solo si manifesta nella cancellazione pura, ma anche nel recupero del principio di diritto compatibile con la Carta e con la sua rinnovata immissione nel sistema. Questa immissione avviene in via mediata. Sono i giudici ordinari a veicolare il principio, di volta in volta reinterprestando la

---

<sup>40</sup> Linea seguita da [Corte cost. 25 settembre 2018, n. 222](#), ad esempio. Ivi la Corte, accertata la sproporzione della sanzione, individua una soluzione di tipo sistemico, stabilendo il solo limite massimo edittale della pena e lasciando al giudice la definizione della misura proporzionata della sanzione rispetto alla singola fattispecie.

disposizione in maniera compatibile alla Costituzione<sup>41</sup>. Fedeli al pensiero di Betti, bisogna dire che il giudice, nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale, non crea nuove norme, ma "massime di decisione" con valore esclusivamente *inter partes*<sup>42</sup>. La Corte costituzionale, limitandosi a introdurre nel sistema quel principio ermeneutico utile alla lettura costituzionale della norma censurata, orienta le future massime di decisione dei giudici, finché queste non divengono orientamento prevalente, finché non giungono al giudice di legittimità che ne sancisce la vincolatività (più o meno forte). In questo senso, tale modello di intervento può essere inteso anche come vero e proprio "pungolo" per il legislatore, che sarà portato ad impedire il formarsi di un'interpretazione giudiziaria, coperta dalla giurisprudenza costituzionale, in contrasto con la lettera della disposizione e dunque con le sue scelte discrezionali<sup>43</sup>. Non è un caso che la dottrina abbia sottolineato l'alternatività tra l'aggiunta di principio e l'aggiunta classica (appunto il modello puro sostitutivo, a "rime obbligate"). Mentre al secondo caso si dovrebbe ricorrere quando sia possibile individuare un'unica soluzione costituzionalmente orientata per il caso concreto, la seconda interverrebbe nei casi in cui le soluzioni costituzionalmente possibili si rivelino plurali, tanto che la Consulta non sarebbe nella condizione di sceglierne una in particolare senza ledere la discrezionalità del legislatore<sup>44</sup>. Ma più che in un rapporto

---

<sup>41</sup> Il rapporto tra Corte costituzionale e ordine giudiziario è sempre più ispirato ad una precisa suddivisione dei ruoli. In particolare, l'interpretazione della legge è l'elemento fondante e primigenio dell'attività giurisdizionale. Il generale obbligo di previa interpretazione conforme (sentenza [n. 356 del 1996](#)), come anche la "dottrina del diritto vivente", sono ormai i sintomi più vistosi di un dialogo solido tra Consulta e giudici comuni. Per una ricostruzione in chiave storico-giuridica di questo scambio, si veda S. BARBARESCHI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti. Tendenze nomofilattiche del giudizio sulle leggi*, Napoli, 2022, 57 ss. Con riguardo agli strumenti del dialogo, Barbareschi scrive che, alla base del dialogo tra Corte e giudici, «vi è anche la convinzione che alcuni risultati si possano conseguire in modo più efficace e tempestivo attraverso un adeguamento della legge alla Costituzione limitata al singolo caso, per come esso si presenta nelle aule di tribunale. Parimenti, la Corte fa ricorso a decisioni "aperte", ove - in luogo di regole stringenti - sono indicati dei principi costituzionalmente rilevanti diretti a guidare l'attività interpretativa. Tale fenomeno si palesa sia attraverso le risalenti decisioni interpretative, sia per mezzo delle pronunce additive a dispositivo generico ovvero con delle decisioni che invitino il rimettente ad applicare in via immediata il testo costituzionale per colmare una laguna legislativa» (pag. 84). In buona sostanza, «la Corte costituzionale si presenta come il maestro d'orchestra di due opposti e, allo stesso tempo, complementari fenomeni: da una parte, con le "nuove" sentenze interpretative legittima delle letture audaci dei testi legislativi, mostrando la praticabilità di adeguamenti capaci di superare il recinto della lettera. Dall'altra, invece, censura con l'inammissibilità la questione prospettata dal giudice *a quo*, proprio perché quest'ultimo non ha sperimentato un'esegesi particolarmente creativa del dettato normativo. Il risultato complessivo consiste in un'accentuazione del compito di adeguamento interpretativo della legge, e più in generale del processo attuativo della Costituzione, a carico dei giudici comuni, al punto da affermare [...] che "prima del controllo di costituzionalità accentratore ne esiste uno diffuso, che ciascun giudice è tenuto ad esercitare compiutamente, prima di sollevare la questione di costituzionalità» (pag. 91). Sul tema, resta insuperato il libro di E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Napoli, 2021; si veda anche M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Un contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015 e A. ANZON, "Diffusione" del controllo di costituzionalità o "diffusione" del potere di attuazione giudiziaria della Costituzione? in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (curr.), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Torino, 2002.

<sup>42</sup> Betti ne scrive nel lontano 1949, volendo segnare una differenza tra la decisione normativa del legislatore, dal carattere generale e astratto, e l'intervento giudiziario finalizzato a colmare una lacuna dell'ordinamento. In quest'ultimo caso, il giudice crea sì norme, ma a carattere "individuale", cioè con efficacia tra le sole parti del giudizio: v. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 50 ss. Per un approfondimento critico, v. F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009, 298 ss.

<sup>43</sup> L'additiva di principio (detta anche additiva a dispositivo generico) è stata in realtà pensata dalla Corte costituzionale quale strumento dialettico tra giudice delle leggi e legislatore. In sostanza, questa specifica tecnica decisoria permetteva alla Corte di colmare la lacuna limitandosi «ad individuare il principio dal quale il giudice potrà ricavare la regola da applicare al caso concreto, in attesa che il legislatore la definisca, una volta per tutte, nell'esercizio della sua discrezionalità» (così M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014, 96). Il legislatore è stato però sempre poco sensibile a queste forme di cooperazione, facendo decadere l'utilizzo dello strumento. Eppure, la logica sistemica insista in questa tipologia decisoria potrebbe oggi darle nuova vita.

<sup>44</sup> Una posizione che si ritrova in gran parte della manualistica (si pensi, *ex plurimis*, a M. RUOTOLO, *Corso di diritto costituzionale*, Torino, 2022, 254), ma che nei fatti è stata superata dalla Corte costituzionale, la quale è arrivata ad affermare che «a consentire l'intervento di questa Corte di fronte a un riscontrato *vulnus* ai principi di proporzionalità e

di alternative, queste varie forme dell'intervento creativo andrebbero ordinate secondo una gerarchia logica. Verificata l'incostituzionalità della disposizione censurata, la Corte costituzionale dovrebbe innanzitutto verificare la possibilità dell'ablazione demolitoria (ablazione attiva), appurando in concreto (senza troppo ricorrere a forme di presunzione) la sostenibilità o meno del conseguente vuoto normativo. Ove non fosse possibile la rimozione semplice della sanzione, la Consulta dovrebbe procedere ad una verifica di funzionalità di una soluzione di ablazione passiva, cioè l'affermazione di un principio e il ricorso alla tutela organica del sistema giudiziario. Sarebbe un vero e proprio test di proporzionalità della modalità di ablazione rispetto all'insostenibilità dell'eventuale vuoto generato. Solo dopo aver escluso la praticabilità di tali ipotesi, l'opzione della sostituzione a "rime obbligate" potrà essere percorsa. In sostanza, buona regola processuale sarebbe quella secondo cui, una volta stabilita l'impossibilità dell'ablazione secca, la Corte debba preferire una soluzione di sistema ad una *extra ordinem*; debba preferire una soluzione giurisdizionale ad una politica; debba preferire una soluzione che sussuri i motivi di incostituzionalità all'orecchio del giudice, piuttosto che una soluzione che urla contro il legislatore il vizio di costituzionalità riscontrato. E il tutto va motivato. Il ricorso all'una o all'altra soluzione processuale deve risultare idoneo, necessario e proporzionale, con uno stringente onere motivazionale della Corte, anche a tutela della propria legittimazione.

## 6. Conclusioni

Questa dimensione della costituzionalità sussurrata è, forse, quella in cui, per naturale inclinazione di sistema, la Corte costituzionale dovrebbe muoversi. È certo vero che la Consulta partecipa in forme tutte particolari all'inveramento dell'indirizzo politico costituzionale; è vero anche che questo compito non lo assolve in via esclusiva, affiancata dall'unica altra figura di razionalizzazione del nostro ordinamento, il Presidente della Repubblica. Questo "fronte costituzionale" non esercita funzioni attive, ma agisce di rimessa: riceve la spinta dell'indirizzo politico di maggioranza (costruito nel *continuum* tra Parlamento e Governo) e la converte, la corregge anche, insomma la orienta e la indirizza secondo i valori e i principi costituzionali. I due profili di indirizzo, che per primo Barile ha rinvenuto nel sistema, operano in due differenti dimensioni di legalità, una, appunto, costituzionale e una meramente legale, come ci insegna Mezzanotte. Alla Corte costituzionale (e, in maniera diversa e certo più marcatamente politica, al Presidente della Repubblica) è affidato il compito di attrarre l'ordine legale nell'ordine costituzionale. Un vero e proprio potere trasformatore, che molti hanno reso nella fortunata formula del "rendere giustizia costituzionale"<sup>45</sup>: l'istanza suprema, fondativa,

---

individualizzazione del trattamento sanzionatorio - non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e ratio, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*. Essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte "precisi punti di riferimento" e soluzioni "già esistenti" - esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non "costituzionalmente obbligate" - che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima; sì da consentire a questa Corte di porre rimedio nell'immediato al vulnus riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia. Resta ferma, d'altra parte, la possibilità per il legislatore di intervenire in qualsiasi momento a individuare, nell'ambito della propria discrezionalità, altra - e in ipotesi più congrua - soluzione sanzionatoria, purché rispettosa dei principi costituzionali» (così [Corte cost. 25 settembre 2018, n. 222](#), punto 8.1 del *Considerato in diritto*). Nel presente scritto si prova ad affermare che essa sarebbe superata anche sotto il profilo sostanziale.

<sup>45</sup> L'espressione si ritrova per la prima volta in G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in L. Violante (cur.), *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Einaudi, Torino, 1998, 979; si veda dello stesso G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), 13 novembre 2020. La stessa è stata poi ripresa da M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in [Diritto e Società](#), n. 1/2020, proprio a voler significare l'urgenza, costitutiva per la Consulta, di rendere effettivo il portato valoriale della Costituzione, in determinati casi anche oltre i

assoluta che la Corte persegue, e che è politica nella sua pura essenza. Ma è questa una funzione ultimativa? Si arriverà alla fine (si deve ogni volta arrivare, in una forma subitanea e totalizzante) alla piena identificazione tra ordine legale e ordine costituzionale?

Carlo Mezzanotte risponderebbe affermativamente<sup>46</sup>. Predicare la prevalenza dell'istanza politica della Corte, anche sulle regole del processo, significa valorizzare tale dimensione trasformatrice; pensare, dunque, che l'ordine costituzionale debba, prima o poi, inglobare l'ordine legale, convertirlo in via assoluta. Da qui l'idea che non possano esistere "zone franche" nell'ordinamento, non possano cioè esistere disposizioni non assoggettabili alla razionalizzazione costituzionalmente orientata che la Corte opera. Un dato questo che però, se portato alle estreme conseguenze, nega il ruolo istituzionale della Consulta, cioè la sua funzione sistemica, che resta di natura giurisdizionale. Un giudice che dialoga (per obbligo di incidentalità) con gli altri giudici; che vive in relazione dialettica con il legislatore, alla cui discrezionalità deve ossequio. Crisafulli ha inquadrato con precisione il problema, quando ha affermato che «la rigidità costituzionale, garantita da un controllo giurisdizionale sulle leggi, è un limite al potere politico. Un limite - almeno di regola - negativo [...] ma sempre un limite, che viene ad intaccare il vecchio dogma ottocentesco della sovranità del Parlamento. [...] Ma, in realtà, se osserviamo le cose serenamente, la giustizia costituzionale non tanto rappresenta un'antinomia, quanto piuttosto un'alterazione dello schema democratico-parlamentare, ma un'alterazione intenzionalmente posta in essere dai costituenti, in funzione di un preciso disegno politico»<sup>47</sup>. Un'alterazione, non una sovversione. Il sistema democratico-parlamentare resta in piedi, pur corretto e razionalizzato dall'attività della Corte costituzionale, che ben deve guardarsi dal porsi fuori da questa sistematica, proprio attingendo al suo carattere giurisdizionale. Sul piano della giurisdizionalità si misurano i limiti dell'intervento della Corte; sotto tale profilo si fonda la sua legittimazione, che è innanzitutto verificabilità delle scelte (quindi adesione ad un modello processuale che non possa essere sottoposto all'emersione delle contingenze), come anche approfondita motivazione giuridica della decisione<sup>48</sup>. Da ciò derivano due corollari.

---

limiti giurisdizionali (e quindi processuali) del sindacato di costituzionalità. Prospettiva che trova resistenze in letture più fedeli al dato procedurale. Ne scrive recentemente Luciani: «il "rendere giustizia costituzionale" è di certo la funzione sistemica della Corte costituzionale, ma questa sua funzione sistemica è esercitabile nei confini delle sue competenze, che il limite del divieto per il giudice costituzionale di assumere decisioni "politiche" definisce inesorabilmente. E va dunque rispettato non perché sia prevalente sull'esigenza di rendere giustizia costituzionale, ma solo perché di questa determina, in prevenzione, i contorni, senza alcuna possibilità di immaginare un "bilanciamento" tra il principio di garanzia della Costituzione e il principio della separazione dei poteri, ché questo non è un problema di principi ma di competenze. E le competenze non si bilanciano» (così M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., 221).

<sup>46</sup> L'invito è ad una lettura sistematica delle due principali opere sul tema del giurista modenese: C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente*, Milano, 1979 e *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984. L'emersione delle due sfere di legalità, costituzionale e legale, ben chiara nello scritto del 1979, è stata spesso considerata come un modello di lettura della struttura ordinamentale italiana. In realtà, Mezzanotte considera la coesistenza di questa doppia legalità come un elemento contingente del sistema, conseguenza di ragioni storico-culturali, ma che va risolto assicurando una prevalenza alla Costituzione. Lo smantellamento dei residui dell'ordine legale è affidato alla Corte costituzionale, che è chiamata a compierlo in via ultimativa, nell'esercizio di un potere che è tutto politico. Ai problemi fatti emergere con lo scritto del 1979, Mezzanotte offre una soluzione (e che soluzione!) con lo scritto del 1984.

<sup>47</sup> Così V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, cit., 73 ss. Nell'annotare queste parole del suo maestro, Modugno arriva ad affermare con solennità che «l'organo di chiusura del sistema non è più il Parlamento, bensì la Corte costituzionale: s'intende dal punto di vista di uno "Stato di diritto", di uno Stato cioè "regolato" dal diritto che esso stesso ha posto, costituendosi come tale» (così F. MODUGNO, *Divagazione sulla nozione di "revisione costituzionale"*. In *onore di Stefano Cicconetti*, in *Liber amicorum in onore di Stefano Maria Cicconetti*, Napoli, 2016, 291). Una deduzione che certo rende onore alla convinzione crisafulliana del superamento della centralità del Parlamento nel sistema (mito ottocentesco), ma che forse va recuperata ad un più complesso valore sistemico, soprattutto guardando all'uso, nell'affermazione di Crisafulli, della parola "alterazione", che sottende invece una concezione organica del ruolo della Corte.

<sup>48</sup> Sul tema della legittimazione "democratica" della Corte va certo ripreso l'argomento di Viganò, secondo cui gli sforzi creativi della Consulta fondati sul ripristino della proporzionalità della sanzione (penale soprattutto) sarebbero giustificati da una specifica esigenza di tutela dei diritti, che sfuggirebbe ai normali canali di rappresentanza politica e

Innanzitutto, questa lettura sistematica del ruolo del giudice delle leggi esclude che egli possa atteggiarsi a organo di chiusura dell'ordinamento. Potrebbe sembrare un'ovvietà, ma è bene ribadire come la Corte debba pensarsi nel sistema e non al di sopra di esso; rispondendo alla logica interna dell'ordine istituzionale, solo con grande prudenza può decidere di operare sostituendo altri poteri, recuperando le loro omissioni, mai potrà invadere quello spazio che è proprio della politica (un'incursione avvenuta invece con le sentenze in tema di legge elettorale). Il secondo corollario del ragionamento ha un risvolto più materiale e riguarda il rispetto, per i giudici della Consulta, di una regola aurea, che è sembrata emergere commentando il testo di questa sentenza.

Esiste un generale principio processuale di proporzionalità che deve ispirare gli sforzi creativi della Corte. Esso si fonda su una gradualità logica dell'intervento, che avanza per necessità e funzionalità: ablazione attiva, ablazione passiva, sostituzione a "rime obbligate". Si impone prudenza nella discesa, motivazione delle scelte, congruità rispetto allo scopo. Ritrarsi verso i giudici, per lasciare che la Costituzione, con più dolcezza, possa farsi effettiva.

---

democratica: «i condannati costituiscono [...] un segmento della società caratterizzato da un deficit pressoché totale di rappresentanza politica, dal quale deriva la strutturale insufficienza dei meccanismi democratici a garantire la tutela dei diritti. Questo deficit richiede, in modo particolarmente pressante, di essere compensato da corti in grado - se necessario - di agire contro le determinazioni della maggioranza, a tutela dei diritti fondamentali di cui i condannati restano comunque titolari. E a tutela, in ogni caso, della loro dignità di persone» (così F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 322). Forse è questa una lettura iperbolica dell'intervento a-sistemico della Corte, che certo esplicitamente ritaglierebbe per la Consulta un ruolo *totus politicus*, almeno in questo preciso ambito (*ratione materiae*, verrebbe da dire). Qualche dubbio viene sul fatto che i compiti contro-maggioritari del giudice delle leggi possano spingersi così avanti, invadendo il *corpus* vivo della discrezionalità del decisore politico. A una legittimazione stabilita in via teoretica, in una logica di progressivo straniamento e nobilitazione del ruolo della Corte rispetto al resto dell'ordinamento, è certo da preferire una legittimazione che si incarni nelle forme, in meccanismi processuali chiari e nuovi crismi relazionali tra poteri e tra istituzioni, come stiamo provando a sostenere in questo scritto.



Giacomo Menegatto

**Qualche ulteriore riflessione in tema di promulgazione e rinvio parziali delle leggi di conversione dei decreti-legge: dall'altruismo istituzionale ad un'auspicabile riscoperta della leale cooperazione\***

**ABSTRACT:** *This paper starts from a new case of promulgation of a law complemented by a letter sent to the Presidents of the two branches of the Parliament and to the President of the Council of Ministers. It focuses on the current admissibility, in the Italian legal system, of a partial promulgation of the laws and, therefore, of a partial suspensive veto that the President of the Republic could exercise towards the laws. To give an answer to this question, the essay will analyze the Acts of the Constituent Assembly on the topic, the normative context and the custom the Presidents followed during the Republican history. Then, it will explore the (in)opportunities of the insertion of such an institute in the Italian Constitution and it will examine some aspects of the veto policy in relation to the laws that convert the governmental decrees.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa: un nuovo caso di promulgazione con motivazione contraria di una legge di conversione di un decreto-legge. – 2. È davvero percorribile, a Costituzione invariata, la strada della promulgazione parziale? – 3. È comunque opportuna, *de iure condendo*, l'introduzione della promulgazione parziale nel nostro ordinamento? – 4. In ogni caso, il Presidente della Repubblica dovrebbe evitare, allo stato attuale, di esercitare il potere di rinvio con riguardo alle leggi di conversione dei decreti-legge? – 5. Considerazioni conclusive (e qualche auspicio).

1. *Premessa: un nuovo caso di promulgazione con motivazione contraria di una legge di conversione di un decreto-legge*

Di recente, anche tra le pagine di questa Rivista<sup>1</sup>, si è tornati a discutere – a fronte di una nuova promulgazione “con motivazione contraria”<sup>2</sup> operata dal Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella<sup>3</sup> – dell’annosa questione relativa all’ammissibilità (o, comunque, all’opportunità) del rinvio, ai sensi dell’art. 74 Cost., delle leggi di conversione dei decreti-legge.



<sup>1</sup> A. CELOTTO, [Si può rinviare alle Camere ex art. 74 Cost. una legge di conversione di un decreto-legge? \(note minime sulla lettera del pres. Mattarella rispetto alla legge di conversione del decreto-legge del 29 dicembre 2022 n. 198\)](#), in questa [Rivista](#), 2023/I, 149 ss., e M. PANEBIANCO, [Considerazioni minime sulla lettera del Presidente della Repubblica ai Presidenti delle Camere e del Consiglio in occasione della promulgazione della legge di conversione del decreto-legge del 29 dicembre 2022, n. 198](#), *ivi*, 279 ss.

<sup>2</sup> Tra i primi ad utilizzare quest’espressione, v. A. RUGGERI, *Verso una prassi di leggi promulgate con “motivazione” ...contraria?* in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 1° luglio 2002. Fra i più recenti contributi sul tema, A. BURATTI, «Preferirei di no». Rinvii, dinieghi e osservazioni presidenziali nelle carte dell’archivio storico del Quirinale, in *Diritto e società*, n. 2/2014, 187 ss.; C. MERLANO, *Quando il Presidente scrive. I messaggi “di accompagnamento” del Capo dello Stato e le loro ricadute sugli equilibri istituzionali*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 2/2021 e, proprio con riguardo al caso di specie, L. ABBRUZZO, *Il ruolo del Presidente della Repubblica nella crisi del raccordo Governo-Parlamento: la promulgazione con motivazione*, in [federalismi.it](#), n. 10/2023, e D. CASANOVA, *Una nuova promulgazione dissenziente: la lettera del Presidente della Repubblica in relazione alla legge di conversione del c.d. decreto milleproroghe (l. n. 14/2023)*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 3/2023, 187 ss. Con riferimento specifico alla letteratura relativa ai singoli casi di promulgazione “con motivazione contraria” verificatisi nel corso della Presidenza Mattarella, v. *infra*, le note 6, 7 e 8.

<sup>3</sup> Mi riferisco, appunto, alla promulgazione della legge di conversione del decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198, recante «Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi», che è stata accompagnata dall’invio, da parte del Presidente della Repubblica, di una lettera indirizzata ai Presidenti dei due rami del Parlamento e al Presidente del Consiglio dei ministri. Il testo integrale del documento è contenuto nel comunicato ufficiale del 24 febbraio 2023, [Il Presidente Mattarella ha promulgato la legge di conversione del DL 198/2022 e ha inviato una lettera ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio](#).

Ancora una volta, infatti, il Capo dello Stato – pur trovandosi dinanzi a criticità che, per sua stessa ammissione, avrebbero potuto giustificare l’esercizio del potere di rinvio<sup>4</sup> – ha preferito soprassedervi, a fronte della nota «delicatezza, sotto il profilo costituzionale», di una eventuale determinazione di segno contrario, assunta nell’approssimarsi della scadenza del termine previsto, ex art. 77 Cost., per la conversione del decreto-legge (nel caso di specie, il c.d. milleproroghe): determinazione, che avrebbe «inevitabilmente» comportato il «venir meno, con effetti retroattivi», di numerose disposizioni dal medesimo contemplate e non contrassegnate da profili di patologia (formale o sostanziale), «determinando incertezza e disorientamento nelle pubbliche amministrazioni e nei destinatari delle norme»<sup>5</sup>.

Del resto, come è noto, non è la prima volta che il Presidente Mattarella ricorre a questo genere di missive<sup>6</sup> – sia con riferimento a leggi di conversione di decreti-legge<sup>7</sup>, sia con riguardo a leggi ordinarie<sup>8</sup> –, per i più diversi motivi<sup>9</sup>, con ciò denotando una certa predilezione verso tale strumento (atipico, ma senz’altro più tenue), rispetto a quello (tipico, ma certamente più incisivo) previsto dall’art. 74 Cost., cui il Capo dello Stato, fino a questo momento, ha fatto ricorso con estrema parsimonia: in un’unica circostanza<sup>10</sup>, rimasta isolata, nonostante i moniti rivolti al Parlamento e al

<sup>4</sup> «L’esame della legge di conversione del decreto-legge in questione ha fatto dunque emergere molteplici profili critici, dei quali il più evidente è rappresentato dai ricordati emendamenti relativi alle concessioni demaniali, che potrebbero giustificare l’esercizio della facoltà attribuitami dall’articolo 74 della Costituzione»: [ibid.](#).

<sup>5</sup> [Il Presidente Mattarella ha promulgato la legge di conversione del DL 198/2022](#), cit.

<sup>6</sup> A tal proposito, è possibile rinviare alle esaustive ricostruzioni di D. CASANOVA – L. SPADACINI, *Il rinvio delle leggi nel primo settennato di Mattarella*, in AA.VV., *Il primo settennato di Sergio Mattarella. Dentro la Presidenza della Repubblica: fatti, atti, considerazioni*, a cura di A. Apostoli e M. Gorlani, Torino, 2022, spec. 185 ss., i quali, tra l’altro, raggruppano le lettere di accompagnamento inviate dal Presidente Mattarella in tre diverse categorie: «a) lettere attinenti alle modalità di formazione delle leggi di conversione dei decreti-legge; b) lettere contenenti rilievi critici rispetto alla legge promulgata, con eventuale monito al Governo di intervenire; c) lettere recanti una specifica interpretazione della legge promulgata onde giustificare il mancato rinvio che si sarebbe imposto sulla base di una diversa interpretazione della stessa» (ivi, 186). V., inoltre e ancor più specificamente, G. LAURI, *La promulgazione con motivazione contraria nel primo mandato di Sergio Mattarella. Un bilancio, al tempo del “governo di tutti”*, in AA.VV., *Il primo mandato di Sergio Mattarella. La prassi presidenziale tra continuità ed evoluzione*, a cura di D. Paris, Napoli, 2022, 249 ss.; G. COSTA, *Il controllo presidenziale sulla produzione normativa: la prima Presidenza Mattarella nella prassi repubblicana*, ivi, spec. 222 ss.; nonché I. PELLIZZONE, *Il primo mandato del Presidente Mattarella in materia di rinvio delle leggi e concessione della grazia: andando oltre la funzione di garanzia*, ivi, spec. 483 ss.

<sup>7</sup> V., infatti, le lettere che hanno accompagnato la promulgazione delle leggi di conversione dei decreti-legge [n. 55/2018](#) e [n. 53/2019](#) (sul punto, v. G. LAURI, *La promulgazione con motivazione contraria e il richiamo ad intervenire sulla legge di conversione del decreto sicurezza bis, tra nuove vette e vecchi problemi*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 14 ottobre 2019; G. MAROLDA, *Se per “sicurezza” e per “semplificare” c’è il Quirinale. Alcune considerazioni sulla “leale collaborazione” tra Presidenza della Repubblica e Governo*, [ivi](#), 23 luglio 2019; G. GALAZZO, *Sulla prassi ormai stabilizzata delle promulgazioni “con osservazioni”, in particolare riferimento al caso del decreto “sicurezza-bis”*, in [Nomos](#), n. 1/2021; e M. FRANCAVIGLIA, *La recente evoluzione delle promulgazioni “con riserva” delle leggi di conversione alla prova del giudizio di costituzionalità: il caso del c.d. Decreto sicurezza bis*, in *Giur. cost.*, n. 2/2021, 276 ss.), n. 76/2020 (rispetto al quale v. D. CHINNI, *Una promulgazione con lettera a governo e Parlamento, ma rivolta a giudici e Corte costituzionali*, in *Quad. cost.*, n. 4/2020, 817 ss.) e n. 73/2021.

<sup>8</sup> V., ancora, le lettere che hanno accompagnato la promulgazione delle [leggi n. 161/2017](#), [n. 179/2017](#), [n. 28/2019](#) e [n. 36/2019](#), per un commento delle quali è possibile rinviare alla lettura di A. AMATO, *Il Presidente Mattarella al debutto: tre casi di controllo presidenziale sulle leggi*, in *Quad. cost.*, n. 4/2017, 889 ss.; G. BASCHERINI, *Il controllo presidenziale sulle leggi. Prospettive della Presidenza Mattarella*, in [Rivista AIC](#), n. 3/2018, 441 ss.; G. BOGGERO, *Una promulgazione interpretativa con monito alla magistratura*, in *Quad. cost.*, n. 3/2019, 674 ss.; M. FERRARA, *La promulgazione “presidenzialmente osservata” della novella sulla legittima difesa e l’inattualità del potere di rinvio alle Camere*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 3/2019; A. MORELLI, *La promulgazione «abrogante» della legge sulla legittima difesa e la fiducia del Presidente*, in [laCostituzione.info](#), 28 aprile 2019; V. VIPIANA, *Tre interessanti casi di «promulgazione con rilievi»*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 3/2020.

<sup>9</sup> D. CASANOVA – L. SPADACINI, *Il rinvio delle leggi nel primo settennato di Mattarella*, cit., 186 ss.

<sup>10</sup> Il [27 ottobre 2017](#), in relazione alla legge recante «Misure per contrastare il finanziamento delle imprese produttrici di mine anti persona, di munizioni e sub munizioni a grappolo». A tal proposito, v. M. MALVICINI, *Alcune considerazioni sul primo rinvio ex art. 74 Cost. del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 3/2017; M. FERRARA, *Sul primo esercizio del potere di rinvio normativo nella Presidenza Mattarella*

Governo in occasione della precedente lettera di accompagnamento alla promulgazione, nella quale non aveva escluso, per il futuro, un «eventuale ricorso alla facoltà prevista dall'articolo 74 della Costituzione nei confronti di leggi di conversione di decreti-legge caratterizzati da gravi anomalie»<sup>11</sup>. Vale a dire, in primo luogo (ma non esclusivamente)<sup>12</sup>, appesantiti da una congerie di emendamenti sovrabbondanti e non corrispondenti al titolo, tali da snaturare il contenuto del testo originario dell'atto, minandone l'omogeneità: prassi che, anche negli ultimi giorni, ha condotto il Capo dello Stato a convocare al Palazzo del Quirinale i Presidenti dei due rami del Parlamento<sup>13</sup>.

Del resto, si tratta di una tendenza che accomuna l'attuale Presidente della Repubblica al suo predecessore, Giorgio Napolitano<sup>14</sup> – il quale, pure, non si è mai avvalso del potere di rinvio nei confronti delle leggi di conversione dei decreti-legge e, in generale, ha dimostrato di fare un uso assai parco dell'anzidetta prerogativa, prediligendo lo strumento del messaggio di accompagnamento – e che, al contrario, traccia una linea di demarcazione piuttosto evidente rispetto alla prassi seguita dai precedenti Capi dello Stato (si pensi – soltanto per limitare l'indagine all'esperienza più recente – a Ciampi, Scalfaro e Cossiga), i quali hanno ritenuto di non abdicare, *a priori*, all'esercizio del potere di rinvio, nemmeno con riguardo alla peculiare categoria delle leggi di conversione, pur quando esso avrebbe comportato la decadenza, con effetti retroattivi, del decreto-legge<sup>15</sup>.

Infatti, proprio il già menzionato rischio di decadenza – come è noto, e come ha avuto modo di ribadire, anche di recente, Sergio Mattarella<sup>16</sup> – costituisce il principale ostacolo all'esercizio, da parte del Presidente della Repubblica, della facoltà riconosciutagli dall'art. 74 Cost. nei confronti

---

(ovvero del ritorno alla fisiologia istituzionale), in [federalismi.it](https://www.federalismi.it), n. 6/2018; I. PELLIZZONE, *Aspetti critici della "manifesta incostituzionalità" quale fondamento del rinvio di una legge. Spunti di riflessione a margine del primo rinvio del Presidente Mattarella*, in [Rivista AIC](https://www.rivistaaic.it), n. 3/2018; nonché V. ZAMBRANO, *Il rinvio alle Camere del Presidente Mattarella della legge riguardante l'adozione di "misure per contrastare il finanziamento delle imprese produttrici di mine anti persona e di munizioni e sub munizioni a grappolo": un'occasione per dare completa attuazione alla Convenzione di Ottawa?* in [Osservatorio sulle fonti](https://www.osservatorio.sullefonti.it), n. 1/2018.

<sup>11</sup> Quella relativa alla legge di conversione del decreto-legge n. 73/2021: [Lettera ai Presidenti Casellati, Fico e Draghi in materia di decreti legge, 23 luglio 2021](https://www.letteraai presidenti casellati.ficoe.draghi.it).

<sup>12</sup> In particolare, i rilievi critici contenuti nella menzionata lettera del 24 febbraio 2023 attengono a tre profili essenziali: 1) alla disomogeneità delle «nuove disposizioni introdotte in sede parlamentare» (si tratta di «205 commi aggiuntivi, rispetto ai 149 originari»), che non corrisponderebbero, secondo il Capo dello Stato, «ai principi e alle norme costituzionali in materia»; 2) alle «norme inserite, in sede di conversione parlamentare, in materia di proroghe delle concessioni demaniali e dei rapporti di gestione per finalità turistico-ricreative e sportive», le quali, «oltre a contrastare con le (...) definitive sentenze del Consiglio di Stato», sarebbero «difformi dal diritto dell'Unione europea, anche in considerazione degli impegni in termini di apertura al mercato assunti dall'Italia nel contesto del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza»; 3) al mancato rispetto dell'art. 81 Cost., alla luce della «copertura finanziaria insufficiente in proiezione temporale».

<sup>13</sup> Cfr., tra i molti, C. VECCHIO, *Troppi emendamenti che stravolgono i decreti. E Mattarella convoca La Russa e Fontana*, in [la Repubblica](https://www.la Repubblica.it), 26 maggio 2023; REDAZIONE POLITICA, *Troppi decreti con emendamenti «fuori tema», l'altolà di Mattarella (che convoca La Russa e Fontana)*, in [Corriere della Sera](https://www.corriere della sera.it), 26 maggio 2023; U. MAGRI, *Mattarella convoca La Russa e Fontana: basta decreti omnibus*, in [La Stampa](https://www.la Stampa.it), 26 maggio 2023; A. PICARIELLO, *Quirinale. Decreti "omnibus", nuovo monito di Mattarella ai presidenti delle Camere*, in [Avvenire](https://www.avvenire.it), 26 maggio 2023.

<sup>14</sup> Cfr., sul punto, G. SCACCIA, *Il re della Repubblica. Cronaca costituzionale della presidenza di Giorgio Napolitano*, Modena, 2015, spec. 107 ss.; V. LIPPOLIS-G.M. SALERNO, *La repubblica del Presidente*, Bologna, 2013, spec. 67 ss.; D. GALLIANI, *I sette anni di Napolitano. Evoluzione politico-costituzionale della Presidenza della Repubblica*, Milano, 2012, spec. 107 ss.

<sup>15</sup> In particolare, il Presidente Francesco Cossiga rinviò al Parlamento – sempre per rilevata violazione dell'art. 81 Cost. – le leggi di conversione dei decreti-legge n. 882/1986, n. 48/1987, n. 442/1987, n. 196/1989 e n. 285/1991; il Presidente Oscar Luigi Scalfaro esercitò tale prerogativa nei confronti della legge di conversione del decreto-legge n. 401/1994, per contrarietà all'art. 123 Cost., e nei confronti delle leggi di conversione dei decreti-legge n. 545/1994 e n. 28/1995, per contrarietà all'art. 81 Cost. La legge di conversione del decreto-legge n. 135/1995 venne, invece, rinviata alle Camere dal Presidente del Senato della Repubblica, Carlo Scognamiglio, nell'esercizio della supplenza di cui all'art. 86 Cost. Da ultimo, Carlo Azeglio Ciampi si avvalse della anzidetta prerogativa presidenziale nei confronti delle leggi di conversione dei decreti-legge n. 4/2002 e n. 2/2006.

<sup>16</sup> V., ancora, il comunicato ufficiale del [24 febbraio 2023](https://www.24febbraio2023.it), menzionato *supra*.

delle leggi di conversione, dal momento che ciò finirebbe per compromettere «la soddisfazione dell'esigenza, su ogni altra prioritaria, della restaurazione del sistema delle competenze fra gli organi supremi»<sup>17</sup> e determinerebbe – di fatto – la trasformazione del veto presidenziale da meramente sospensivo in assoluto<sup>18</sup>: a patto, naturalmente, di ritenere che, entro il termine di sessanta giorni di cui all'art. 77 Cost., debba intervenire la promulgazione della legge di conversione<sup>19</sup>, e non la mera approvazione parlamentare della medesima, come pure è stato sostenuto<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, 1976, 708, il quale, dunque, ritiene che si debba «escludere l'esercizio del potere di "rinvio" presidenziale ex art. 74 della legge di conversione approvata dalle camere».

Meno categorica la tesi avanzata da C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 862, il quale, dopo aver evidenziato che «lo stretto termine di sessanta giorni imposto» alle leggi di conversione, «o per lo meno alla approvazione definitiva di esse da parte delle Camere, se non esclude la possibilità di rinvio presidenziale alle Camere (...) certamente lo delimita sotto il profilo temporale», sostiene, poi, che «la limitazione del potere di rinvio può essere assai inopportuna rispetto alle proposte di conversione con emendamenti».

<sup>18</sup> V., sul punto, ad esempio, V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, Milano, 1970, 349-350, nonché, più di recente, S.M. CICONETTI, *Un caso di inammissibilità del rinvio presidenziale*, in *Giur. cost.*, n. 4/2002, 3099. Lo nota, da ultimo, lo stesso A. CELOTTO, [Si può rinviare alle Camere ex art. 74 Cost. una legge di conversione di un decreto-legge?](#) cit., 2: «il rinvio ex art. 74 Cost. della legge di conversione inevitabilmente si trasforma in un rifiuto di promulgazione e quindi rappresenta una sorta di eterogenesi dei fini rispetto all'ambito della stessa disposizione costituzionale (...)».

Cfr., infatti, ASSEMBLEA COSTITUENTE, COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE - SECONDA SOTTOCOMMISSIONE, *Resoconto sommario della seduta di martedì 3 settembre 1946*, 92, ove Costantino Mortati ebbe a rilevare che «Al Capo dello Stato può essere attribuita una funzione di intervento attivo, che si esplica con la sanzione, oppure può attribuirsi una funzione diversa, che non è più di intervento attivo, ma di arresto *temporaneo* dell'entrata in vigore della legge, una funzione di veto. Ammesso un sistema in cui il Capo dello Stato abbia attribuzioni di carattere prevalentemente moderatore, un intervento attivo nella funzione legislativa non si potrebbe considerare se non come elemento di disarmonia nel sistema e quindi si potrebbe pensare ad una funzione di veto, che assume una rilevanza notevole, ove si prescelga un sistema parlamentare (...). Ma in ogni caso è da escludere assolutamente un intervento del Capo dello Stato sotto forma di sanzione. Viceversa, al Capo dello Stato potrebbe spettare il potere di promulgazione (...)» (corsivo nostro).

<sup>19</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 709, stando al quale «La soluzione più corretta sembra essere nel senso della necessità dell'intervento almeno della promulgazione che (...) documenta l'intervenuto perfezionamento della volontà legislativa, e dalla quale la legge prende data».

<sup>20</sup> Si tratta della nota tesi di P. CARNEVALE, *La decadenza del decreto-legge a seguito di rinvio alle Camere della relativa legge di conversione: un accadimento proprio ineluttabile?* in *Rass. parl.*, n. 1/2004, 267 ss., il quale ritiene che si possa «riconoscere all'approvazione della legge di conversione da parte delle Camere un effetto diverso, che, senza provocare una sovrapposizione con l'effetto tipico che la Costituzione assegna a leggi in senso proprio, tuttavia sia in grado di evidenziare quella parificazione con la mancata conversione che sembra davvero inaccettabile (...)». Si tratterebbe, secondo l'Autore, di «far operare la decisione parlamentare solamente come fatto sospensivo dell'effetto decadenziale connesso allo spirare del termine prescritto per la conversione del decreto-legge» (ivi, 281). Ritiene che sia sufficiente l'approvazione da parte del Parlamento anche G. GROTANELLI DE' SANTI, *Artt. 73-74*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1985, 204 ss.

*Contra*, I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, Milano, 2011, 178, sostiene, condivisibilmente, che quest'ultima impostazione avrebbe «un esito paradossale, che la rivela infondata: quello di far entrare il decreto-legge nell'ordinamento a titolo stabile, indipendentemente dalla legge di conversione».

In ogni caso, si tratta di una ipotesi che pare poco conforme alle intenzioni del Costituente, se è vero che, da un lato, nel corso della seduta del 16 ottobre 1947, l'onorevole Codacci Pisanelli propose un emendamento che prevedeva che il decreto-legge avrebbe perduto automaticamente efficacia sessanta giorni dopo la sua pubblicazione, se la legge di conversione non fosse stata *pubblicata*, addirittura, «almeno dieci giorni prima dello scadere di tale termine» (ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta pomeridiana di giovedì 16 ottobre 1947*, 1291); e che, dall'altro lato, il testo dell'art. 74-bis, comma 2, originariamente approvato dall'Assemblea il giorno seguente, recava la seguente formulazione: «I decreti perdono efficacia se non sono convertiti in legge e pubblicati entro sessanta giorni» (ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta di venerdì 17 ottobre 1947*, 1313).

Successivamente, il requisito della preventiva pubblicazione della legge di conversione fu espunto dal testo di quello che sarebbe divenuto l'attuale art. 77, non certo perché anche tale incombenza non dovesse avvenire entro il termine di sessanta giorni, ma perché, addirittura, ciò venne ritenuto ovvio e, dunque, una siffatta precisazione superflua, come espressamente messo in luce, nel corso della seduta plenaria, dall'onorevole Perassi: «A me sembra che le parole "e pubblicati" siano inutili, anzi non me le spiego, perché i decreti sono necessariamente pubblicati appena firmati, e

## 2. È davvero percorribile, a Costituzione invariata, la strada della promulgazione parziale?

Tra le soluzioni che, tradizionalmente, la dottrina costituzionalistica ha individuato allo scopo di far fronte al problema appena prospettato, l'introduzione della possibilità di una promulgazione parziale delle leggi è stata oggetto di un vivace dibattito scientifico<sup>21</sup>, oltre che di specifici progetti di revisione costituzionale presentati in Parlamento<sup>22</sup>.

Peraltro, v'è chi, anche recentemente, ha avanzato l'ipotesi dell'ammissibilità, già *de iure condito* – dunque, a Costituzione invariata –, di una promulgazione parziale delle leggi da parte del Presidente della Repubblica, sulla base – oltre che di ragioni di carattere sistemico, «tese a preservare il possibile esercizio di tale essenziale potere di controllo» – di rilievi fondati sulla stessa «formulazione letterale» dell'art. 74 Cost.: «Esso, infatti, nel disporre che “Il Presidente della Repubblica, prima di promulgare la legge, può con messaggio motivato alle Camere, chiedere una nuova deliberazione” non» presupporrebbe «affatto che tale nuova deliberazione debba interessare l'intero testo legislativo approvato, altrimenti, a ben vedere, il Costituente avrebbe dovuto scrivere “chiederne una nuova deliberazione”. Da qui, quindi, la possibilità che il Presidente possa rinviare una parte del testo legislativo, promulgandone la restante»<sup>23</sup>.

La tesi da ultimo ricordata – per quanto interessante e suggestiva – non risulta, a parere di chi scrive, pienamente condivisibile, specie a fronte dell'insufficienza del solo argomento letterale a fondare una siffatta ‘rivoluzione copernicana’, in assenza di un intervento mirato di revisione costituzionale, volto ad introdurre espressamente l'istituto della promulgazione e del rinvio parziali delle leggi nel nostro ordinamento. E ciò sembra potersi predicare, in primo luogo, sulla base dell'analisi dei lavori dell'Assemblea costituente, dai quali pare evincersi che gli estensori della disposizione in parola diedero pressoché per assodato il fatto che la prerogativa presidenziale di rinvio dovesse avere ad oggetto la legge nella sua interezza, e non semplicemente parti di essa.

In particolare, non può non essere rammentata la formulazione originariamente proposta da Costantino Mortati in sede di seconda sottocommissione, dal seguente tenore: «Nei termini predetti il Capo dello Stato potrà, con messaggio motivato, richiedere che le Camere procedano a una nuova deliberazione *della legge già approvata*»<sup>24</sup>. Analogamente, nella discussione che ne seguì, venne affrontato «il quesito» relativo alla necessità di «richiedere, oppure no, una maggioranza qualificata,

---

perciò prima dell'eventuale conversione. Ciò che forse si è inteso dire è che la legge di conversione deve essere pubblicata nei sessanta giorni. Ma è evidente che una legge qualsiasi, e così quella di conversione, non ha effetto se non è pubblicata. Quindi le parole “e pubblicati” sono inutili e propongo che siano soppresse» (ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta di venerdì 17 ottobre 1947*, 1307).

È del tutto evidente, dunque, che, se il Costituente ha ritenuto scontato che la legge di conversione dovesse essere pubblicata prima dello scadere del termine di sessanta giorni, lo stesso deve predicarsi, a lume di semplice logica, anche con riferimento alla promulgazione, necessariamente precedente rispetto alla pubblicazione. V., sul punto, anche L. PALADIN, *Art. 77, in AA.VV., Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1979, 79, nota 34.

<sup>21</sup> Si possono richiamare, a tal proposito, i contributi di numerosi costituzionalisti italiani apparsi, nel 2008, su [Astrid](#), dal titolo *Sull'ammissibilità costituzionale di un rinvio presidenziale parziale (o di una promulgazione parziale) di una legge (con specifico riguardo ad emendamenti apposti in sede di conversione di un decreto-legge)*, rispetto ai quali v., più analiticamente, *infra*.

<sup>22</sup> V. *infra*, al par. 3.

<sup>23</sup> S. CURRERI, *Sull'auto-attribuzione da parte del Presidente della Repubblica del potere di promulgazione parziale dei testi legislativi*, in [laCostituzione.info](#), 8 marzo 2023.

V. anche A. PACE, *Sull'ammissibilità costituzionale di un rinvio presidenziale parziale (o di una promulgazione parziale) di una legge (con particolare riguardo ad emendamenti apposti in sede di conversione di un decreto-legge)*, in [Astrid](#), 2008, e S. STAMMATI, *Sull'ammissibilità costituzionale di un rinvio presidenziale parziale (o di una promulgazione parziale) di una legge (con particolare riguardo ad emendamenti apposti in sede di conversione di un decreto-legge)*, *ibid.*

<sup>24</sup> ASSEMBLEA COSTITUENTE, COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE - SECONDA SOTTOCOMMISSIONE, *Resoconto sommario della seduta antimeridiana di sabato 21 dicembre 1946*, 804, ove l'on. Mortati propose anche la seguente variante: «Le Camere dovranno provvedere ad una nuova deliberazione della legge già approvata, ove il Capo dello Stato ne faccia richiesta con messaggio motivato entro i termini di cui al primo comma» (*ibidem*). I corsivi – sia nel testo, sia in nota, compresi quelli che seguiranno, all'interno delle citazioni testuali – sono miei.

affinché le Camere possano procedere ad una nuova deliberazione *della legge già da esse approvata*<sup>25</sup>; e ancora, Ambrosini si interrogò in merito all'opportunità «che il Capo dello Stato» potesse «richiedere alle Camere il riesame *di una data legge*», dicendosi concorde sull'opportunità di «trovare un modo per assicurare un più approfondito esame *di una legge già approvata* dal Parlamento», mentre Einaudi fece presente l'inammissibilità della previsione della controfirma ministeriale per il messaggio presidenziale «da inviarsi alle Camere per la richiesta del riesame *di una legge già approvata*»<sup>26</sup>. Alla «legge» – *tout court* – si riferirono, in quella sede, pure gli onorevoli Lami Starnuti<sup>27</sup> e Tosato<sup>28</sup>.

Trasferendo, quindi, l'attenzione sui lavori in Assemblea plenaria, va evidenziato, innanzi tutto, che – nel riassumere le risultanze delle opinioni espresse in commissione – l'onorevole Tosato ebbe a rilevare come quest'ultima si fosse dichiarata «favorevole a riconoscere l'opportunità che il Presidente della Repubblica possa avere il potere di rinviare alle Camere *una legge già deliberata* dalle Camere stesse»<sup>29</sup>. Inoltre, nello scorrere i diversi emendamenti proposti nei riguardi dell'originario art. 71 del Progetto di Costituzione (tra i quali figura anche quello dell'onorevole Bozzi, di contenuto sostanzialmente analogo a quella che sarebbe divenuta l'attuale formulazione dell'art. 74 Cost.), ci si avvede di come quello avanzato dagli onorevoli Caronia ed Aldisio si riferisse, espressamente, alla facoltà, per il Capo dello Stato, di «rinviare *una legge già votata* dalle due Camere, per un nuovo esame»<sup>30</sup>.

Del resto, lo stesso Aldo Bozzi – nell'illustrare le ragioni sottese all'accoglimento della propria proposta<sup>31</sup> – precisò che il Presidente della Repubblica, entro un determinato termine, avrebbe potuto «rimettere *la legge votata dalle Camere* alle Camere stesse perché rimeditino»<sup>32</sup>; mentre Egidio Tosato – concorde con l'inserimento di una disposizione di tale tenore all'interno del testo costituzionale – ebbe ad evidenziare che, poiché il Capo dello Stato «ha compito fondamentale, sebbene non esclusivo (...), di salvaguardare e di tutelare l'osservanza della Costituzione nello svolgimento dell'attività degli organi costituzionali, sembra sommamente opportuno che, proprio per questa sua altissima funzione», egli, «prima di pubblicare *una legge*, possa avere il potere di *rinviarla* [*id est*: di rinviare *quella legge*, nel suo complesso] alle Camere stesse, per un riesame»<sup>33</sup>.

A ben vedere, dunque, non sembra revocabile in dubbio il fatto che i Costituenti, nel riferirsi, nel corso della discussione (tanto in commissione, quanto nelle sedute plenarie), all'oggetto del rinvio presidenziale – e, dunque, *a contrario*, all'oggetto della promulgazione –, parlarono espressamente

<sup>25</sup> ASSEMBLEA COSTITUENTE, COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE - SECONDA SOTTOCOMMISSIONE, *Resoconto sommario della seduta antimeridiana di sabato 21 dicembre 1946*, cit., 805.

<sup>26</sup> ASSEMBLEA COSTITUENTE, COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE - SECONDA SOTTOCOMMISSIONE, *Resoconto sommario della seduta antimeridiana di sabato 21 dicembre 1946*, cit., 807.

<sup>27</sup> ASSEMBLEA COSTITUENTE, COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE - SECONDA SOTTOCOMMISSIONE, *Resoconto sommario della seduta antimeridiana di sabato 21 dicembre 1946*, cit., 805-806: «Lami Starnuti ha qualche dubbio sulla convenienza politica di attribuire al Capo dello Stato la facoltà di richiedere che le Camere procedano ad una nuova deliberazione *di una legge già da esse approvata*».

<sup>28</sup> ASSEMBLEA COSTITUENTE, COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE - SECONDA SOTTOCOMMISSIONE, *Resoconto sommario della seduta antimeridiana di sabato 21 dicembre 1946*, cit., 807: «Il riesame da parte delle Camere *di una legge già da esse approvata* può evitare perturbamenti pericolosi nella vita politica del Paese».

<sup>29</sup> ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta pomeridiana di mercoledì 22 ottobre 1947*, 1450: «Si tratta, sostanzialmente, di un potere di veto sospensivo che alla Commissione sembra sufficiente».

<sup>30</sup> ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta pomeridiana di mercoledì 22 ottobre 1947*, cit., 1447.

<sup>31</sup> ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta antimeridiana di giovedì 23 ottobre 1947*, cit., 1472: «Io ritengo indispensabile, anche per le ragioni dette magistralmente dall'onorevole Orlando, che debba essere attribuito al Capo dello Stato il potere che risulta dall'emendamento aggiuntivo da me proposto. È un potere di veto direi, un potere in qualche modo sospensivo; ma non è un veto nel senso rigoroso della parola, perché il Capo dello Stato non impedisce già che la legge abbia definitivamente vigore, ma esprime un suo apprezzamento attraverso un messaggio motivato e richiama, su queste sue ragioni, l'attenzione delle due Camere perché rimeditino sul problema. È un invito a riflettere ancora, che credo non si possa negare».

<sup>32</sup> ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta antimeridiana di giovedì 23 ottobre 1947*, cit., 1472.

<sup>33</sup> ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta antimeridiana di giovedì 23 ottobre 1947*, cit., 1480.

– come si è avuto modo di mettere in luce, attraverso questa rapida rassegna – di *legge*, di *legge già approvata*, di *legge già deliberata dalle Camere*, di *legge già votata* dal Parlamento: con ciò appalesando, piuttosto inequivocabilmente, l'intento di concepire il rinvio presidenziale – così come l'atto promulgativo – sempre e soltanto come *totali*, vale a dire come aventi ad oggetto il prodotto di volta in volta approvato dal legislatore, nella sua interezza, senza selezioni di sorta.

Del resto, non vale a sostenere il contrario la circostanza che, sempre nel corso della discussione generale, l'onorevole Caronia avesse proposto «un emendamento all'articolo 71 più semplice di quello dell'onorevole Bozzi», dal seguente tenore: «Salvo il caso che questi non *ne* abbia deciso il rinvio alle Camere»<sup>34</sup>.

Infatti, in primo luogo, non può che ribadirsi come l'inserimento, nell'ambito della formulazione alternativa avanzata da Caronia, della particella *ne* (riferita, dunque, alla legge approvata dal Parlamento, nella sua complessità) si ponga perfettamente in armonia con il contenuto della discussione precedente e di quella coeva, ove – come si è visto – risulta sia sempre stato dato per assunto il fatto che la promulgazione e il rinvio operati dal Capo dello Stato non potessero assumere il connotato della *parzialità* ma, al contrario, dovessero elevare a proprio fondamento la legge nella sua *complessità*. In secondo luogo, tale emendamento venne presentato, *expressis verbis*, dal proponente solo in quanto «più semplice» – dunque, più snello, più immediato, meno prolisso – di quello presentato dal collega Bozzi, senza, tuttavia, operare alcun riferimento a meglio precisate ragioni contenutistiche o di merito. In terzo luogo – ed infine –, l'onorevole Caronia rinunciò alla propria proposta, aderendo all'ipotesi di testo elaborata dall'onorevole Bozzi, omettendo di sollevare riserva alcuna e, soprattutto, di sollecitare un qualsivoglia dibattito in seno all'Assemblea, in relazione al mantenimento, o meno, della particella *ne* all'interno della disposizione in parola, in termini di precisa scelta di campo in merito all'ammissibilità (o all'inammissibilità) del rinvio parziale delle leggi. Pertanto, non sembra potersi davvero sostenere che la preferenza accordata alla formulazione presentata da Aldo Bozzi (priva del *ne*, come nell'attuale testo dell'art. 74 Cost.), a scapito di quella ventilata, *en passant*, da Caronia, possa essere interpretata come una precisa opzione del Costituente in favore della possibilità di lasciare aperto un viatico – o, quantomeno, di non sbarrare, *ex ante*, la strada – alla promulgazione e al rinvio parziali delle leggi.

Se, dunque, la tesi prospettata in apertura del presente paragrafo – fondata su di un argomento strettamente letterale – non sembra meritevole di accoglimento, a seguito di un'attenta analisi dei lavori preparatori che condussero alla definitiva stesura della *littera legis* attualmente in vigore, ad esiti non diversi conduce pure l'esame del *dato sistematico* – vale a dire, del più ampio contesto normativo nel quale risulta inserito l'art. 74 Cost. –, come è già stato condivisibilmente messo in luce<sup>35</sup>. Invero, non può certo costituire una pura casualità la circostanza che il successivo art. 75 Cost., nell'individuare la finalità propria del referendum popolare, discorra specificamente di «abrogazione *totale o parziale* di una legge o di un atto avente forza di legge»<sup>36</sup>, mentre una simile precisazione non compaia nel testo dell'articolo immediatamente precedente<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta pomeridiana di mercoledì 22 ottobre 1947*, 1451-1452.

<sup>35</sup> C. FUSARO, *Sull'ammissibilità costituzionale di un rinvio presidenziale parziale (o di una promulgazione parziale) di una legge (con specifico riguardo ad emendamenti apposti in sede di conversione di un decreto-legge)*, in *Astrid*, 2008; ma v. anche E. CHELI, *Sull'ammissibilità costituzionale di un rinvio presidenziale parziale (o di una promulgazione parziale) di una legge (con specifico riguardo ad emendamenti apposti in sede di conversione di un decreto-legge)*, *ibid.*

<sup>36</sup> Corsivo nostro.

<sup>37</sup> «Tanto più che (...)» – prosegue C. FUSARO, *Sull'ammissibilità costituzionale di un rinvio presidenziale parziale (o di una promulgazione parziale) di una legge*, cit. – «la nostra Costituzione, con pochissime eccezioni, è un testo scritto con mirabile precisione, nitore stilistico, chiarezza concettuale».

Non si tratterebbe, «ad ogni buon conto, di un rilievo, forse, insuperabile» per A. RUGGERI, *In tema di eventuali (ma problematici) rinvii parziali delle leggi*, ex art. 74 Cost., in *Astrid*, I, stando al quale, «se è vero che subito appresso la Carta ha, opportunamente, precisato che un'iniziativa referendaria può investire *in tutto o in parte* una legge (...), è pur vero che in altri luoghi (come, ad es., all'art. 134), dove pure si discorre delle leggi in termini unitari, talune vicende

Non va dimenticato, infine, come la tesi dell'ammissibilità della promulgazione parziale non appaia condivisibile neppure a fronte dell'apprezzamento della *prassi* costantemente seguita dai soggetti istituzionali coinvolti nel corso dell'intera stagione repubblicana e, dunque, della univoca interpretazione<sup>38</sup> che costoro hanno ritenuto di accordare, nel tempo, al disposto di cui all'art. 74, 1° comma, Cost.

Del resto, non si deve sottovalutare che – proprio nell'ambito della discussione relativa all'emendamento proposto dall'onorevole Bozzi in materia di rinvio presidenziale delle leggi – Vittorio Emanuele Orlando ebbe a precisare che «Le Costituzioni si creano con il costume, con la lenta evoluzione, con successivi adattamenti a bisogni nuovi, non per atti di una volontà (...). Tutta la storia delle Costituzioni dimostra che sono i popoli nella loro storicità che le formano e il costume che le consacra»<sup>39</sup>. E, nel caso di specie, il «costume» e la «lenta evoluzione»<sup>40</sup> – vale a

---

sono viste come idonee a riguardare le leggi stesse anche per parti separate (nell'esempio da ultimo fatto, le impugnazioni ed i relativi giudizi davanti alla Corte)».

<sup>38</sup> Non va dimenticato, infatti, che la norma «è valida soltanto nell'interpretazione ultima consacrata dalla *concreta esperienza giuridica*»: così, E. PARESCHE, voce *Interpretazione (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 175, ripreso anche da L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 102 (corsivo nostro).

<sup>39</sup> ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta antimeridiana di giovedì 23 ottobre 1947*, cit., 1479. Di recente, questo frammento è stato ripreso anche in G. MENEGATTO, *Il Presidente Pertini e la formazione del primo Governo Cossiga: considerazioni "con il senno di poi"*, in *federalismi.it*, n. 8/2023, 95.

A proposito dell'introduzione dell'istituto del rinvio presidenziale delle leggi, Vittorio Emanuele Orlando – pur evidenziando non poche perplessità in ordine alla confacenza di una tale prerogativa rispetto alla forma di governo parlamentare – rilevò che «Qui si tratta di sapere se il Presidente, il Capo dello Stato, in questo momento solenne della vita della Nazione, quale è la proclamazione del diritto, debba essere del tutto estromesso (...). Badate, voi aprite la via ad una quantità di conflitti pericolosissimi, perché non è possibile che un Capo dello Stato, a meno che non sia un fannullone, un *fainéant*, possa adattarsi ad essere e restare estraneo al compimento dell'atto, in cui la volontà dello Stato si manifesta nella forma più solenne (...). Si può bene supporre che una data legge apparisca al Capo dello Stato come rovinosa di interessi vitali dello Stato (...). La violazione della Costituzione è una espressione molto elastica. Si potrà sempre affermare che con una data legge la Costituzione fu violata (...). Ora, voi dichiarate niente meno che il Capo dello Stato può essere tradotto in Alta Corte per violazione della Costituzione e poi gli affidate la promulgazione di una legge che può essere la violazione della Costituzione. Egli verrebbe così ad essere per lo meno lo strumento di un eventuale delitto gravissimo (...). Io voterò l'emendamento dell'onorevole Bozzi, che considero come un male minore». Segnalò, tuttavia: «Io voterò l'emendamento Bozzi, ma questo emendamento suppone la Repubblica presidenziale (...) se è una Repubblica parlamentare, come si collega il voto del mio amico Bozzi con questo Consiglio di Ministri, con questo Presidente del Consiglio, che ha visto nascere e crescere quella legge di cui poi il Capo dello Stato potrà dire: 'Non mi piace'? Vedete che conflitto può nascere?».

E conclude, coerentemente con quanto affermato in precedenza (e riportato nel testo): «In fatto di istituzioni bisogna adottare istituzioni consacrate dall'uso. Queste si possono modificare con successivi adattamenti, perché allora diventa questo un modo di progresso ed anche di trasformazioni imposte alla vita concreta».

<sup>40</sup> In ordine all'imprescindibilità di una attenta analisi della *prassi* nella sistematizzazione e nell'interpretazione del ruolo rivestito dal Presidente della Repubblica in Italia, v., tra i molti, A. BALDASSARRE – C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Roma-Bari, 1985, spec. 3, là dove evidenziano che l'inquadramento delle prerogative del Capo dello Stato «non deriva soltanto da particolarità giuridico-costituzionali, ma anche da elementi propri della tradizione, della cultura, dell'evoluzione politica, e dal tipo di dislocazione del potere effettivo nei luoghi istituzionali». Ciò comporta «che, per comprendere le sue "leggi di evoluzione", occorre analizzare il complesso degli elementi rilevanti nel loro movimento storico ed enucleare da esso i principi invarianti che spingono in una direzione o nell'altra». In generale, della necessità di «favorire il progressivo e consapevole spostamento della scienza costituzionale dal terreno delle analisi normative a quello della misurazione delle dinamiche istituzionali», nonché dell'opportunità di «collocare le vicende costituzionali nella dimensione più ampia della trama sociale e politica di un determinato paese», così da «tradurre un certo modello costituzionale (...) in concrete realtà istituzionali, destinate a stratificarsi e ad arricchirsi nel tempo», parla anche E. CHELI, *Introduzione a L. PALADIN, Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004, 10 e 11.

Più di recente, ma in senso analogo, R. BIN, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, in *Quad. cost.*, n. 1/2013, 7, ha sottolineato che, «Se i fatti modificano la "forma", allora l'analisi della *prassi* appare strumento imprescindibile degli studi costituzionalistici, senza dei quali è inevitabile arrendersi a un'interpretazione astratta e solo formalistica della Costituzione». Ancor più specificamente, v. I. PELLIZZONE, *Il peso specifico della prassi nella configurazione delle attribuzioni presidenziali*, ivi, 79 ss. e, spec., 81, la quale, tra l'altro, rileva quanto «l'applicazione concreta delle attribuzioni presidenziali, all'interno di un quadro costituzionale composto da norme



dire, l'applicazione concreta pedissequamente posta in essere dai Presidenti della Repubblica che si sono succeduti al Palazzo del Quirinale dal 1948 ad oggi – hanno restituito l'istituto della promulgazione e del rinvio come necessariamente totali e giammai parziali<sup>41</sup>.

Di qui, l'obiettivo difficoltà di accoglimento, a Costituzione invariata, della promulgazione parziale come auspicabile soluzione rispetto al problema, *supra* illustrato, relativo al rinvio delle leggi di conversione dei decreti-legge.

3. *È comunque opportuna, de iure condendo, l'introduzione della promulgazione parziale nel nostro ordinamento?*

In ogni caso, al di là di questi rilievi – fondati, rispettivamente, su argomenti di natura letterale, sistematica e di apprezzamento dell'esperienza concreta, ed orientati a dimostrare come, allo stato attuale, non sia configurabile un potere di promulgazione (e, correlativamente, di rinvio) parziale delle leggi in capo al Presidente della Repubblica –, non sarebbe nemmeno opportuno (né, forse, pienamente risolutivo) un intervento di revisione costituzionale dell'art. 74 Cost., finalizzato all'introduzione di una tale possibilità.

Come è ben noto, la promulgazione<sup>42</sup> – intesa come «formula sacramentale fissata dalla legge» – persegue la funzione di «far sorgere il vincolo all'osservanza della legge promulgata»<sup>43</sup> e, in quanto tale, non può che configurarsi come atto necessariamente unitario e, dunque, non frazionabile<sup>44</sup>, come è stato messo in luce – con riguardo alla anomala prassi fatta propria dal Presidente della Regione siciliana – dalla stessa Corte costituzionale<sup>45</sup>.

---

scarne e dai contorni flessibili, abbia contato per l'affermazione di una sfera di autonomia del Quirinale dal Governo anche in vista della formazione di atti di indirizzo politico quali le leggi e gli atti aventi forza di legge». Allo «studio non solo delle *regole* ma anche delle *regolarità*, cioè della prassi», in termini di «vera e propria necessità», allude, infine, C. FUSARO, *Il presidente della Repubblica fra mito del garante e forma di governo parlamentare a tendenza presidenziale*, ivi, 48.

Da ultimo, anche (ma non solo) con riguardo alla prassi quale «parametro di integrazione di alcuni poteri del Presidente della Repubblica non espressamente contemplati in Costituzione», v. Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Napoli, 2021, spec. 175 ss.

<sup>41</sup> Per una ricostruzione analitica della prassi, è possibile rinviare, tra gli altri, a I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, cit., spec. 237 ss.; R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011; G. SCACCIA, *La funzione presidenziale di controllo sulle leggi e sugli atti equiparati*, *ivi*; S. CALZOLAIO, *Il rinvio della legge nella prassi*, in *Quad. cost.*, n. 4/2006, 853 ss.; S. PAJNO, *Art. 74*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, spec. 1455 ss.; nonché, più di recente, a D. CASANOVA, *Il rinvio presidenziale delle leggi nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Nomos*, n. 1/2022.

<sup>42</sup> Sul punto, v., per tutti, S.M. CICONETTI, voce *Promulgazione e pubblicazione delle leggi*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 100 ss., e G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Artt. 73-74*, cit., 186 ss.

<sup>43</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 759.

Essa – come rileva, condivisibilmente, C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1976, 246 – è da intendersi come «atto strettamente e tipicamente presidenziale che, al pari di tanti altri, difficilmente potrebbe ricondursi alla funzione legislativa, o a quella esecutiva, o peggio alla giurisdizionale».

<sup>44</sup> In particolare, secondo V. ONIDA, *Emendamenti alla legge di conversione del decreto-legge e rinvio presidenziale*, in *Astrid*, 27 giugno 2008, «L'argomento risolutivo, se non unico, che impedisce di accogliere l'ipotesi del rinvio parziale è nel carattere unitario della promulgazione, la cui funzione e il cui effetto è di dare corso alla legge così come il Parlamento l'ha approvata».

<sup>45</sup> Il punto di riferimento è costituito da Corte cost., sent. [21 ottobre 2003, n. 314](#); ma v., ad esempio, relativamente alla Regione Liguria, anche Corte cost., sentt. [12 luglio 2000, n. 273](#) e [19 luglio 2000, n. 303](#).

Sul punto, M. BARBERO, *Brevi note alla sentenza della Corte costituzionale n. 314/2003 in tema di controllo sulle leggi della Regione Sicilia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 30 ottobre 2003; A. RUGGERI, *Il controllo sulle leggi siciliane e il "bilanciamento" mancato*, *ivi*, 5 novembre 2003; e F. TERESI, *La inaspettata cristallizzazione del sistema di sindacato costituzionale delle leggi siciliane prevista dallo Statuto speciale in una discutibile sentenza della Corte costituzionale (nota a Corte cost. sent. n. 314 del 2003)*, *ibid.*

Così, l'introduzione, nell'ambito dell'ordinamento italiano, della possibilità, per il Capo dello Stato, di esercitare il potere di rinvio alle Camere con riguardo ad una parte soltanto della legge presentatagli per la promulgazione<sup>46</sup> finirebbe per frustrare, non poco, il fisiologico funzionamento dei meccanismi di produzione normativa propri di una forma di governo parlamentare quale è la nostra. A tal proposito, meritano, senz'altro, di essere condivise le perplessità di coloro che hanno ritenuto che «una simile innovazione» rischierebbe di «trasformare il Presidente della Repubblica in un co-legislatore»<sup>47</sup>, dal momento che «comporterebbe l'ammissione di un potere esterno al Parlamento che modifichi – sia pure solo per riduzione – la volontà legislativa delle Camere, espressasi attraverso il voto, si badi, dei singoli articoli ma poi dell'intero testo»<sup>48</sup>.

Infatti – se è vero che abrogare significa null'altro che «disporre diversamente»<sup>49</sup> e che, di conseguenza, il referendum abrogativo configura pur sempre un atto di legislazione, anche se di natura meramente negativa –, in termini non così dissimili andrebbe inquadrato un eventuale atto di promulgazione parziale di una legge da parte del Capo dello Stato: la conseguenza, infatti, altro non sarebbe se non l'entrata in vigore di una legge sostanzialmente diversa da quella definitivamente approvata dalle Camere, in quanto espunta di porzioni, più o meno ampie, che ne costituivano parte integrante. Del resto, a seconda del grado di organicità del prodotto legislativo e del livello di interdipendenza delle parti che lo compongono, il rinvio parziale potrebbe incidere in modo significativo, se non addirittura determinante, sulla portata delle scelte operate dal legislatore, minandone – di regola temporaneamente, ma anche definitivamente – la volontà. Invero, non necessariamente una tale espunzione sarebbe soltanto provvisoria, dal momento che non è certamente scontato che la frazione rinviata venga poi nuovamente approvata dal Parlamento (anzi, se i rilievi formulati dal Capo dello Stato fossero fondati e condivisibili, sarebbe auspicabile che la medesima sia accantonata o epurata delle criticità evidenziate)<sup>50</sup>.

---

V., del resto, quanto la Corte afferma nell'ord. [5 gennaio 2011, n. 2](#): il «potere promulgativo, che si esercita necessariamente in modo unitario e contestuale rispetto al testo deliberato dall'Assemblea regionale, preclude definitivamente la possibilità che le parti della legge impugnate ed omesse in sede di promulgazione acquistino o esplichino una qualche efficacia, privando così di oggetto il giudizio di legittimità costituzionale ([ordinanze n. 212, n. 183, n. 175, n. 161, n. 155 e n. 74 del 2010](#))».

<sup>46</sup> Da ultimo, ha aperto a questa possibilità A. CELOTTO, [Si può rinviare alle Camere ex art. 74 Cost. una legge di conversione di un decreto-legge?](#) cit., 2, secondo il quale «proprio sulla conversione del decreto-legge una promulgazione parziale potrebbe essere la soluzione che consente al Presidente della Repubblica di non frustrare il procedimento di conversione, ma al tempo stesso di espungere le disposizioni aggiunte in sede di conversione che maggiormente si configurano come abusive rispetto all'impianto della decretazione d'urgenza».

<sup>47</sup> R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, cit., 15. In questo senso, v., anche, I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, cit., 111 ss.; nonché F. SORRENTINO, *Sulla legittimità costituzionale di un rinvio parziale di una legge ai sensi dell'art. 74 Cost. (con particolare riguardo ad emendamenti apposti in sede di conversione di un decreto-legge)*, in [Astrid](#), 2008; C. PINELLI, *Sulla legittimità costituzionale di un rinvio parziale di una legge ai sensi dell'art. 74 Cost. (con particolare riguardo ad emendamenti apposti in sede di conversione di un decreto-legge)*, [ibid.](#); nonché L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 78, nota 31.

In senso contrario, si sono espressi favorevolmente all'introduzione di un rinvio parziale delle leggi V. ANGIOLINI, *Sulla legittimità costituzionale di un rinvio parziale di una legge ai sensi dell'art. 74 Cost. (con particolare riguardo ad emendamenti apposti in sede di conversione di un decreto-legge)*, in [Astrid](#), 2008, e S. CECCANTI, *Sull'ammissibilità costituzionale di un rinvio presidenziale parziale (o di una promulgazione parziale) di una legge (con particolare riguardo ad emendamenti apposti in sede di conversione di un decreto-legge)*, [ibid.](#)

Più in generale e *amplius*, cfr. M. PANEBIANCO, *Gli atti di "colegislazione"*, Milano, 2012.

<sup>48</sup> V. ONIDA, *Emendamenti alla legge di conversione del decreto-legge e rinvio presidenziale*, cit., il quale prosegue notando che «Solo se nell'intervallo fra l'approvazione della legge e la sua promulgazione intervenissero atti capaci di far venir meno una parte del testo votato (una nuova deliberazione legislativa, o una pronuncia del giudice costituzionale che annulli una parte della legge, come avveniva quando la Corte si pronunciava in via preventiva sulle leggi regionali, e può avvenire tuttora per gli statuti delle Regioni ordinarie se sono impugnati dal Governo) è possibile che la promulgazione riguardi un testo diverso (per "riduzione") da quello deliberato dalle Camere».

<sup>49</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1970, 98, ripreso anche da L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 270.

<sup>50</sup> Inoltre, come rileva R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, cit., 15, i parlamentari «potrebbero non riconoscersi affatto in quella legge parziale e sostenere che essi non avrebbero mai approvato un testo quale quello risultante dall'intervento

In tutta evidenza, una tale prerogativa ablatoria non può che spettare, per ragioni di legittimità, alla Corte costituzionale o, per ragioni di merito, al corpo elettorale in sede referendaria: nell'uno e nell'altro caso, comunque, *ex post*, senza un tale, diretto intervento nella discrezionalità propria degli organi legislativi<sup>51</sup>.

Ma v'è di più: se si concepisce l'esercizio della prerogativa di rinvio in termini di «*strumento di controllo* sul modo in cui è stata concretamente esercitata la funzione legislativa»<sup>52</sup>, va da sé che l'organo controllante (vale a dire, il Capo dello Stato) non può che essere, necessariamente, distinto rispetto all'organo controllato (il Parlamento), con la conseguenza che il primo non può e non deve essere «abilitato a contribuire in alcun modo, nemmeno con suggerimenti e consigli (...), alla determinazione del contenuto dei disegni di legge»<sup>53</sup>. Diversamente, la promulgazione parziale – nella misura in cui consente, di fatto, al Presidente della Repubblica di intervenire nel merito delle scelte riservate al legislatore, divenendo parte attiva dell'*iter legis* – finirebbe per frustrare questa primaria ed irrinunciabile esigenza, fondata, in ultima analisi, sul rispetto dello stesso principio di separazione dei poteri.

Si tratta, come si vede, di rilievi non agevolmente superabili, anche lasciando in disparte alcune problematiche 'minori', di natura prettamente formale, come quella attinente alla data che la legge, a seguito di promulgazione solo parziale, dovrebbe assumere<sup>54</sup>: infatti, se è indubbio che una parte della legge riceverebbe la data dell'atto promulgativo, per poi essere pubblicata in Gazzetta ufficiale ed entrare in vigore al termine del previsto periodo di *vacatio*, non è chiaro, invece, che ne sarebbe della porzione di legge rinviata alle Camere, dato che essa, a rigore, dovrebbe ricevere, a sua volta, ove successivamente approvata, la data della nuova promulgazione, con la conseguenza che una medesima fonte legislativa si troverebbe nella paradossale condizione di venire identificata con due diverse date o, tutt'al più, di presentare (almeno per quanto concerne una o più sue parti) una data differente rispetto a quella dell'effettiva promulgazione. Inoltre, ulteriori e non facilmente districabili perplessità di ordine pratico sorgerebbero con riguardo alle concrete modalità di integrazione dei due testi<sup>55</sup>.

Del resto, a parere di chi scrive, non possono essere considerati pienamente soddisfacenti i disegni di legge costituzionale – finalizzati alla revisione dell'art. 74 Cost., nella prospettiva di introdurre la possibilità di rinvio e di promulgazione parziali delle leggi –, sinora presentati in Parlamento<sup>56</sup>.

---

presidenziale in quanto, spezzando l'unità della legge, si viene inevitabilmente ad intervenire sulla volontà del legislatore».

<sup>51</sup> In questo senso, F. SORRENTINO, *Sulla legittimità costituzionale di un rinvio parziale di una legge ai sensi dell'art. 74 Cost. (con particolare riguardo ad emendamenti apposti in sede di conversione di un decreto-legge)*, cit., in conclusione.

<sup>52</sup> I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, cit., 133. Del rinvio delle leggi alle Camere come esercizio di un controllo «sulle disfunzioni legislative» parla anche S. GALEOTTI, voce *Controlli costituzionali*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 335.

<sup>53</sup> I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, cit., 38.

<sup>54</sup> Lo accenna, ancora, R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, cit., 15.

<sup>55</sup> I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, cit., 115.

<sup>56</sup> Il disegno di legge costituzionale A.S. 979, presentato nel corso della XVI legislatura, prevedeva la modifica dell'art. 74 Cost., nei termini seguenti: «Il Presidente della Repubblica, prima di promulgare una legge, può con messaggio motivato alle Camere chiedere una nuova deliberazione. – Il Presidente della Repubblica può richiedere una nuova deliberazione limitatamente ad una o più parti di una legge qualora la parte non oggetto del rinvio possa autonomamente sussistere. In tal caso procede alla promulgazione della parte che non ha costituito oggetto del rinvio. – Se le Camere approvano nuovamente la legge, o le sue parti rinviate, il Presidente della Repubblica procede alla promulgazione».

Dal canto loro, i disegni di legge costituzionale A.S. 2208 e A.C. 3501 – presentati, ancora, nel corso della XVI legislatura – non richiedevano, a differenza di quello appena menzionato, che la porzione di legge oggetto di promulgazione dovesse essere dotata del requisito della autonomia e della autoapplicabilità: «Il Presidente della Repubblica, prima di promulgare la legge, può con messaggio motivato alle Camere chiedere una nuova deliberazione sulla legge o su parti di essa. – In caso di rinvio parziale sono promulgate le parti su cui non è richiesta una nuova

Infatti, da un lato, le proposte volte a consentire *tout court* al Presidente della Repubblica il rinvio parziale di qualunque legge, sulla base dell'unica condizione che «la parte non oggetto del rinvio possa autonomamente sussistere»<sup>57</sup>, rischiano di attribuire al Capo dello Stato una discrezionalità forse eccessiva, dal momento che sarebbe soltanto quest'ultimo (non si vede a chi altro dovrebbe competere un onere siffatto) a poter valutare se la porzione di legge non rinviata sia davvero dotata, o meno, dei requisiti di autosufficienza ed autoapplicabilità: valutazione che, peraltro, sarebbe fondata su parametri inevitabilmente flessibili e soggettivamente determinabili, preventivamente non precisati né, forse, davvero precisabili.

Inoltre, non è così agevole comprendere che cosa accadrebbe nell'ipotesi in cui il Presidente, sulla base di un suo personale ed insindacabile apprezzamento, decidesse di esercitare la facoltà di rinvio parziale di una legge, a dispetto del fatto che la parte restante non possa autonomamente sussistere (si tratta, invero, di una considerazione tutt'altro che univoca: il Capo dello Stato potrebbe ritenere la parte promulganda autosufficiente, mentre altri – magari, alcuni membri delle Camere o esponenti del Governo – potrebbero essere portatori di un'opinione di segno contrario): nessuno, in tal caso, sarebbe, comunque, legittimato ad impedire, nell'immediato, il corso della promulgazione – e, quindi, della successiva pubblicazione in Gazzetta ufficiale – di una legge a contenuto non autonomo, salva – naturalmente – l'ipotesi (non certo confortante) del rifiuto della controfirma ministeriale sull'atto presidenziale<sup>58</sup>.

*A fortiori*, appare evidente che, ad esiti ancor più incerti – e fonte di sincera preoccupazione –, condurrebbero quei progetti di revisione costituzionale<sup>59</sup> i quali, addirittura, rinunciano ad ancorare la possibilità di esercizio del rinvio parziale a qualsivoglia prerequisite, consentendo – senza limitazioni (perlomeno espresse) di sorta – la promulgazione di parti di legge non autonomamente sussistenti.

Quanto, infine, alle proposte di riforma<sup>60</sup> volte all'introduzione del potere di rinvio parziale soltanto con riguardo alle leggi di conversione dei decreti-legge<sup>61</sup> – e solo limitatamente alle parti non conformi a precisi requisiti, che avrebbero dovuto trovare accoglimento nel nuovo testo

deliberazione. – Se le Camere approvano nuovamente la legge o la parte di essa oggetto del rinvio, questa deve essere promulgata». Cfr., sul punto, R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, cit., 15.

Più di recente, nel corso della XVIII legislatura, risultano essere stati presentati due disegni di legge costituzionale, d'interesse ai fini del presente contributo.

Da una parte, il disegno di legge costituzionale A.C. 3226 – di contenuto simile, ma non identico, al disegno di legge A.S. 979, *supra* richiamato – si proponeva di modificare il secondo e il terzo comma dell'art. 74 Cost., nel modo seguente: «Il Presidente della Repubblica può richiedere una nuova deliberazione limitatamente ad una o più parti di una legge qualora la parte non oggetto del rinvio possa autonomamente sussistere. In tale caso procede alla promulgazione della parte che non ha costituito oggetto del rinvio. Nel caso delle leggi di conversione dei decreti-legge possono essere oggetto di rinvio parziale soltanto le disposizioni introdotte dalle Camere. – Se le Camere approvano nuovamente la legge, o le sue parti rinviate, il Presidente della Repubblica procede alla promulgazione».

Più contingentato nella portata – perché riferito alle sole leggi di conversione dei decreti-legge – appare, invece, il disegno di legge costituzionale A.C. 3145, volto ad una revisione del secondo e del terzo comma del medesimo art. 74, in questi termini: «Il Presidente della Repubblica promulga le leggi di conversione dei decreti-legge limitatamente alle disposizioni conformi all'articolo 77, quarto comma. Per le disposizioni non conformi ai requisiti ivi previsti si applica il primo comma. – Se le Camere approvano nuovamente la legge o, nel caso di cui al secondo comma, la parte di essa oggetto del rinvio, queste devono essere promulgate». Cfr., per qualche cenno al riguardo, D. CASANOVA, *Il rinvio presidenziale delle leggi nell'esperienza costituzionale italiana*, cit., 23-24.

<sup>57</sup> Disegni di legge costituzionale A.S. 979, XVI legislatura, e A.C. 3226, XVIII legislatura.

<sup>58</sup> L'ipotesi è adombrata, in conclusione, da C. PINELLI, *Sulla legittimità costituzionale di un rinvio parziale di una legge ai sensi dell'art. 74 Cost. (con particolare riguardo ad emendamenti apposti in sede di conversione di un decreto-legge)*, cit.

<sup>59</sup> Disegni di legge costituzionale A.S. 2208 e A.C. 3501, XVI legislatura.

<sup>60</sup> Disegno di legge costituzionale A.C. 3145, XVIII legislatura.

<sup>61</sup> Secondo V. ONIDA, *Emendamenti alla legge di conversione del decreto-legge e rinvio presidenziale*, cit., non è possibile «trattare distintamente il caso della legge di conversione di un decreto legge, che è pur sempre una legge unitaria: tanto meno si potrebbe escludere dalla promulgazione una disposizione bensì estranea al decreto legge originario, ma in esso inserita con emendamento dalle Camere».

dell'art. 77 Cost.<sup>62</sup> (specificità, omogeneità, corrispondenza al titolo, e così via) –, permangono, anche se contenutisticamente contingentati, i dubbi che si sono espressi appena sopra, quanto alla inevitabile opinabilità della precisa individuazione di queste parti; ma ciò che lascia maggiormente perplessi è la circostanza che un progetto siffatto, prevedendo testualmente che «Il Presidente della Repubblica *promulga* le leggi di conversione dei decreti-legge *limitatamente* alle disposizioni conformi»<sup>63</sup> alle caratteristiche cui si è appena accennato (*id est*, a quelle contenute nell'ipotesico, nuovo disposto dell'art. 77), sembrerebbe (in particolare, attraverso l'utilizzo del modo indicativo) aprire pericolosamente la strada alla trasformazione della *facoltà* di rinvio in un vero e proprio *obbligo* per il Capo dello Stato, che sarebbe così chiamato a promulgare la legge di conversione soltanto nella misura in cui i suoi contenuti siano rispettosi dei requisiti indicati, rinviando necessariamente (parrebbe: senza possibilità di autonoma valutazione) le disposizioni contrastanti: la qual cosa, in tutta franchezza, pare davvero eccessiva.

4. *In ogni caso, il Presidente della Repubblica dovrebbe evitare, allo stato attuale, di esercitare il potere di rinvio con riguardo alle leggi di conversione dei decreti-legge?*

Chiarita, dunque, nei termini anzidetti, la tendenziale inopportunità dell'introduzione, nell'ordinamento italiano, del rinvio e della promulgazione parziali – anche quale (pur gettonata) soluzione al già rilevato problema degli emendamenti non omogenei apposti, in sede di conversione, alle disposizioni originariamente inserite all'interno dei decreti-legge –, rimane da accertare se, a prescindere dall'esistenza di una tale facoltà in capo al Presidente della Repubblica, sia possibile – o, comunque, opportuno – il rinvio (totale) delle medesime leggi di conversione dei decreti-legge, anche nell'approssimarsi della scadenza del termine di sessanta giorni, contemplato dall'art. 77 Cost. A ben vedere, non necessariamente deve sussistere – in termini di pretesa interdipendenza reciproca – una correlazione tra l'ammissibilità del rinvio delle leggi di conversione e la possibilità (*de iure condendo* o *de iure condito*, a seconda dell'interpretazione che si intende accogliere), per il Capo dello Stato, di promulgare una parte soltanto di queste ultime, rimettendo ad un nuovo esame del Parlamento le disposizioni affette da criticità più o meno marcate (come nel caso in cui esse dovessero appalesarsi come eccentriche rispetto al testo originario del decreto). Invero, non si comprende perché – dinanzi ad una patologica e riprovevole prassi posta in essere, con preoccupante frequenza, da parte di un legislatore non così ossequioso dei precisi confini tracciati dalla Costituzione in materia di fonti del diritto – il Presidente della Repubblica dovrebbe fare uso di un (non sempre auspicabile) *self-restraint*<sup>64</sup>, abdicando ad una propria

---

<sup>62</sup> Nel disegno di legge costituzionale appena menzionato, il secondo e il terzo comma dell'art. 77 Cost. avrebbero dovuto essere sostituiti dalle seguenti disposizioni: «Quando, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve immediatamente trasmetterli al Presidente della Repubblica, che, accertata la sussistenza dei presupposti e dei requisiti, li emana. Il Governo deve, nel giorno stesso, presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. – Il disegno di legge di conversione, presentato dal Governo alle Camere, è iscritto all'ordine del giorno dell'Assemblea in tempo utile ad assicurare che la prima deliberazione avvenga non oltre il trentesimo giorno dalla presentazione. – I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti. – I decreti e le leggi di conversione devono contenere soltanto disposizioni specifiche e di immediata applicazione, aventi contenuto omogeneo e corrispondente al titolo. Non possono disciplinare materie per le quali è prescritta la procedura normale di esame e di approvazione diretta da parte delle Camere, né attribuire poteri regolamentari né rinnovare disposizioni adottate con decreti non convertiti».

<sup>63</sup> Art. 1 del disegno di legge costituzionale A.C. 3145, XVIII legislatura (corsivo nostro).

<sup>64</sup> Parla di «*self restraint* del Capo dello Stato» anche R. BIN, *Sui poteri del Presidente della Repubblica nei confronti del Governo e della "sua" maggioranza*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 20 ottobre 2008, 1 e 4.

prerogativa al solo di scopo di sopperire ad una mancanza propria del raccordo Governo-Parlamento<sup>65</sup>.

Del resto, diversamente opinando, «la semplice immissione delle più varie specie di nuove previsioni normative nei testi originari dei decreti-legge costituirebbe» – come è stato rilevato – «il pretesto per paralizzare questo tipico potere presidenziale»<sup>66</sup>.

In realtà, non sembra meritevole di condivisione la tesi che ancora – *tout court* – l'ammissibilità, o meno, del rinvio delle leggi di conversione dei decreti-legge alla circostanza che il termine di sessanta giorni sia in procinto di scadere, ovvero permanga ancora un lasso di tempo ragionevole, allo scopo di consentire alle Camere di deliberare, nuovamente, in ordine al testo rinviato dal Capo dello Stato<sup>67</sup>.

Così argomentando, infatti, si finirebbe, da un lato, per sottrarre al Presidente della Repubblica una fondamentale – ed indispensabile – prerogativa, tipica della funzione rivestita<sup>68</sup>, a causa di mere «ragioni di ordine pratico, significative ma naturalmente derogabili, dalle quali non sembra derivare alcuna preclusione costituzionale»<sup>69</sup>. D'altro lato, il legislatore potrebbe preordinatamente rallentare

---

<sup>65</sup> In questo senso, anche lo stesso V. ONIDA, *Emendamenti alla legge di conversione del decreto-legge e rinvio presidenziale*, cit.: «A queste anomalie può certo opporsi il Capo dello Stato rinviando la legge di conversione (per intero) alle Camere, come mi pare pacifico che egli possa fare, anche se questo comporta la decadenza del decreto legge per scadenza del termine di 60 giorni. Infatti il potere di rinvio potrebbe forse essere negato di fronte a una conversione senza emendamenti (benché anche in questo caso il Capo dello Stato potrebbe volere motivare le proprie obiezioni alle Camere, e non solo al Governo come sarebbe avvenuto se avesse sospeso l'emanazione del decreto legge): ma di fronte a una legge che contiene nuove disposizioni, per di più estranee ai motivi d'urgenza del decreto, non si può impedire al Presidente di esercitare il suo potere di veto sospensivo, anche a garanzia della costituzionalità dell'intero procedimento».

<sup>66</sup> L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 78.

<sup>67</sup> In questo senso, v., ad esempio, S.M. CICONETTI, *Promulgazione e pubblicazione delle leggi*, cit., 114-115, secondo il quale «il rinvio, per i tempi nei quali viene esercitato e per le diverse fattispecie alle quali può in concreto riferirsi, deve essere tale da consentire comunque la possibilità della nuova deliberazione da parte delle Camere. Il primo limite generale del potere di rinvio è perciò il seguente: poiché il rinvio, sulla base dell'art. 74 Cost., non può tramutarsi da impedimento temporaneo in veto assoluto, il suo esercizio è inammissibile tutte le volte che esso, non consentendo una nuova deliberazione delle Camere, comporta la caducazione della legge. (...) la scelta in ordine all'eventuale esercizio del potere di rinvio dovrà essere rimessa alla prudente valutazione del Presidente della Repubblica, che dovrà tener conto soprattutto di due elementi: la congruità o meno del periodo di tempo in concreto disponibile per le nuove deliberazioni parlamentari e le circostanze politiche nelle quali le Camere avevano approvato la legge». In modo sostanzialmente analogo, ID., *Un caso di inammissibilità del rinvio presidenziale*, cit., 3101, ove afferma che, nel caso in cui le Camere non dovessero disporre del tempo sufficiente a permettere loro una nuova deliberazione, «il Capo dello Stato deve fare un passo indietro per consentire l'eventuale intervento degli organi ai quali spetta in via esclusiva la funzione deliberativa». V., infine, P. CARNEVALE, *La decadenza del decreto-legge a seguito di rinvio alle Camere della relativa legge di conversione*, cit., 277-278: «Si esclude (...) che il rinvio possa essere operato, quando l'approvazione della legge, oppure lo stesso rinvio, siano effettuati l'ultimo giorno utile del termine di cui all'art. 77 cpv. Cost. o, ad ogni modo, laddove ciò si verifichi così a ridosso della scadenza da impedire *de facto* alle Camere di poter riesaminare la legge».

<sup>68</sup> A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Torino, 2022, 126: «Il potere di rinvio della legge si iscrive dunque nell'ambito di quei poteri che la Costituzione assegna al Presidente della Repubblica nella sua funzione di garante della Costituzione».

V., per tutti, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 751: «Per il conseguimento della perfezione dell'atto legislativo non occorre più, per la vigente costituzione, l'intervento del capo dello stato, richiesto invece dallo statuto albertino, il quale conferiva al re il potere di "sanzione", cioè di approvazione della legge già approvata dalle camere, con efficacia uguale, almeno sotto l'aspetto giuridico, alla loro (...). La nuova costituzione ha soppresso l'istituto della sanzione ma, mentre ha conservato al capo dello stato repubblicano la potestà di "promulgare" la legge approvata, gliene ha anche attribuita una nuova: quella di "rinviare" al parlamento la legge stessa richiedendogli, con messaggio motivato, di procedere ad una nuova deliberazione sulla medesima (art. 74)».

<sup>69</sup> L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 78. In questo senso, v. anche I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, cit., 180, secondo la quale, «se si ritiene inammissibile il rinvio delle leggi di conversione dei decreti-legge, si finisce col negare al Capo dello Stato il potere di controllo per una ragione di mero fatto, legata al momento di conversione del decreto ed alla comunicazione al Presidente della legge di conversione», nonché G. PITRUZZELLA, *Le leggi di conversione del decreto-legge*, Milano, 1989, 236, il quale rileva che «L'osservazione che il rinvio potrebbe pregiudicare l'approvazione nei termini della legge di conversione si basa su una difficoltà

i propri lavori – o, comunque, non curarsi di accelerarli – in modo da trasmettere al Capo dello Stato il testo della legge a ridosso della scadenza del termine previsto per la conversione, al preciso scopo di ‘blindare’ la legge stessa, impedendo l’esercizio del potere presidenziale di controllo in ordine alla medesima e ai suoi contenuti<sup>70</sup>.

Dunque, la prassi seguita nel corso dei settennati di Cossiga, Scalfaro e Ciampi<sup>71</sup> – improntata alla piena praticabilità del rinvio con riguardo alle leggi di conversione, anche a ridosso della scadenza dei sessanta giorni, con conseguente decadenza del decreto-legge non tempestivamente convertito – non pare affatto deplorabile o poco rispettosa delle attribuzioni del Parlamento, ma, anzi, pienamente in linea con la suprema esigenza di «tutelare», al massimo grado, «l’istituto costituzionale della presidenza della Repubblica»<sup>72</sup> e le sue prerogative, insuscettibili di poter essere scalfite da un cattivo esercizio della funzione legislativa da parte delle Camere<sup>73</sup>.

Del resto, un eventuale ragionamento di segno contrario non potrebbe che assumere connotati paradossali: infatti, si finirebbe per inibire al Capo dello Stato l’esercizio di una facoltà costituzionalmente garantita – irrinunciabile presidio della legittimità, oltre che dell’opportunità<sup>74</sup>, delle leggi approvate dal Parlamento – al fine di tutelare non la funzione legislativa *tout court* – fisiologicamente intesa, quale sacrosanta espressione del principio di sovranità popolare –, bensì, molto spesso, un riprovevole e patologico esercizio della funzione medesima, manifestamente esplicitantesi *contra Constitutionem*, nella misura in cui – attraverso lo sfrenato utilizzo di emendamenti eterogenei e sovrabbondanti, apposti alle leggi di conversione di decreti-legge<sup>75</sup> – si

---

esclusivamente di ordine pratico che non pare in grado di sottrarre la legge di conversione alla disciplina dettata in via generale dall’art. 74. D’altra parte, ad opinare diversamente si porrebbe alla conclusione di sottrarre – in un ordinamento in cui si è ormai “normalizzato” il complesso formato dal decreto legge e dalla legge di conversione – una fetta rilevante della legislazione al controllo presidenziale».

<sup>70</sup> I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, cit., 180.

<sup>71</sup> V., *supra*, nota 15. Cfr., sul punto, A. CELOTTO, *Un rinvio rigoroso ma... laconico. Linee guida per una riflessione*, in *Rass. parl.*, 2002, 810 ss.; P. CARNEVALE, *Mancata promulgazione di legge di conversione e rinvio alle Camere: il caso del messaggio presidenziale del 29 marzo 2002*, ivi, 385 ss.; G. D’AMICO, *Gli argini della Costituzione ed il “vulcano” della politica. Brevi considerazioni a riguardo del rinvio presidenziale della legge di conversione del decreto-legge 25 gennaio, n. 4 e del suo “seguito” governativo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 maggio 2003; N. MACCABIANI, *La mancata conversione di un decreto-legge per effetto del rinvio presidenziale*, *ivi*, 8 aprile 2002; nonché A. SIMONCINI, *Il rinvio presidenziale della legge di conversione del decreto-legge n. 4/2002: si apre una nuova stagione per i controlli preventivi sulla decretazione d’urgenza?* in *Quad. cost.*, n. 3/2002, 613 ss.

<sup>72</sup> L’espressione è tratta dal celebre discorso del Presidente della Repubblica Oscar Luigi Scalfaro del 3 novembre 1993.

<sup>73</sup> In questa sede, si sta concentrando l’attenzione sull’ipotesi – ripetutamente verificatasi, e sulla quale il Presidente della Repubblica ha, anche da ultimo, focalizzato i propri rilievi critici (V., *supra*, al par. 1) – di conversione del decreto-legge con inserimento di emendamenti eterogenei e, spesso, non corrispondenti al titolo. Ciononostante, come è stato autorevolmente rilevato, «neppure nell’ipotesi che nulla si aggiunga o si tolga nella legge di conversione al testo del provvedimento convertito, può dirsi che un nuovo controllo presidenziale si risolverebbe in un mero doppione di quello inerente alla emanazione dei decreti-legge. Rinnovando la fonte di tali decreti, è indubbio infatti che il legislatore non accerta soltanto l’opportunità di conservare gli effetti da essi generati, ma soprattutto decide di dare ulteriore efficacia alle disposizioni in quelli contenute. Quand’anche vi sia identità testuale fra un decreto-legge e il corrispondente atto di conversione, non vi è pertanto coincidenza sostanziale (...)»: in questi termini, L. PALADIN, *In tema di decreti-legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 564.

<sup>74</sup> Queste, tradizionalmente, le ragioni che giustificano il rinvio presidenziale: *ex multis*, L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, 348, il quale nota come «l’atto presidenziale si possa fondare, oltre che sugli eventuali vizi di legittimità costituzionale, anche su ragioni di merito o di opportunità politica (...): sia perché l’art. 74 primo comma non distingue affatto fra il merito e la legittimità degli atti legislativi in questione, sia perché nella prassi, accanto ai rinvii motivati sul piano della legittimità, ve ne sono stati alcuni motivati anche nel merito, che non hanno suscitato gravi reazioni da parte degli organi costituzionali e delle forze politiche interessate»; e, nello stesso senso, G. GROTTANELLI DE’ SANTI, *Artt. 73-74*, cit., 195.

<sup>75</sup> Solo per limitarsi al richiamo di alcuni tra i numerosissimi contributi sul tema, anche con riguardo ai plurimi arresti della giurisprudenza costituzionale sul punto, v., ad esempio, C. ESPOSITO, *Emendamenti ai Decreti-legge*, in *Giur. cost.*, 1956, 187 ss.; F. MODUGNO – D. NOCILLA, *Riflessioni sugli emendamenti al decreto legge*, in *Diritto e società*, 1973, 351 ss.; G. PITRUZZELLA, *Le legge di conversione del decreto-legge*, cit., spec. 188 ss.; C. BERTOLINO, *Ulteriori considerazioni in tema di conversione del decreto legge*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012; M. MANETTI, *La via*

pone in aperta violazione dei requisiti (espresi ed inespressi) di cui all'art. 77 Cost., oltre che, naturalmente, di cui all'art. 15 della legge n. 400/1988<sup>76</sup>.

Certo, la linea di prudenza seguita dall'attuale Presidente della Repubblica e dal suo predecessore – i quali, come si è visto<sup>77</sup>, hanno preferito accompagnare la promulgazione delle leggi di conversione dei decreti-legge con messaggi finalizzati a metterne in luce le criticità, anziché operarne, direttamente, il rinvio alle Camere, con il conseguente rischio di decadenza – non può che apparire nobile e condivisibile nelle intenzioni, dal momento che, attraverso la scelta di un siffatto *modus operandi*, essi – come è stato notato – hanno perseguito, nella propria veste di arbitri, lo scopo di «smorzare i toni di una partita difficile, anziché rischiare di determinarne il risultato con interventi eccessivi»<sup>78</sup>. E ciò, nel nome della più esemplare delle accezioni del principio di leale collaborazione<sup>79</sup>, che si trasforma, nel caso di specie e più che altro, in un vero e proprio *altruismo*

---

*maestra che dall'inemendabilità dei decreti legge conduce all'illegittimità dei maxi-emendamenti*, [ivi](#), n. 3/2012; G. FILIPPETTA, *L'emendabilità del decreto-legge e la farmacia del costituzionalista*, [ivi](#), n. 4/2012; A. SIMONCINI – E. LONGO, *Dal decreto-legge alla legge di conversione: dal controllo potenziale al sindacato effettivo di costituzionalità*, [ivi](#), n. 3/2014; R. DICKMANN, *La Corte sanziona la "evidente estraneità" di disposizioni di un decreto-legge inserite con la legge di conversione. Error in procedendo o vizio di ragionevolezza? (nota a Corte cost., 16 febbraio 2012, n. 22)*, in [federalismi.it](#), 7 marzo 2012; A. FRANCO, *La evidente disomogeneità tra decreto-legge e legge di conversione nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale (a margine di Corte cost. n. 32 del 2014)*, [ivi](#), 11 luglio 2014; D. CHINNI, *La limitata emendabilità della legge di conversione del decreto-legge tra interventi del Presidente della Repubblica e decisioni della Corte costituzionale*, [ivi](#), 11 luglio 2014; S.M. CICONETTI, *Obbligo di omogeneità del decreto legge e della legge di conversione?* in questa *Rivista*, 2012 (01.10.2012).

Da ultimo, v. C. BERTOLINO, *La Corte costituzionale torna sui limiti all'emendabilità del decreto-legge in sede di conversione in legge*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2023, 253 ss., nonché S. FILIPPI, *Gli ancora incerti contorni dell'omogeneità nella giurisprudenza costituzionale recente sul decreto legge*, in questa *Rivista*, 2023/II, 380 ss.

<sup>76</sup> Si veda, a tal proposito, anche Corte cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 32, ove il Giudice delle leggi – nel constatare la sussistenza di circostanze che possono impedire «di fatto allo stesso Presidente della Repubblica di fare uso della facoltà di rinvio delle leggi ex art. 74 Cost., non disponendo, tra l'altro, di un potere di rinvio parziale» – richiama espressamente «i rilievi contenuti nei ripetuti interventi da parte del Presidente della Repubblica (...), volti a segnalare l'abuso dell'istituto del decreto-legge e, in particolare, l'uso improprio dello strumento della legge di conversione, in violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost. – Ben si comprende, pertanto, proprio alla luce di quanto accaduto nel caso di specie, come il rispetto del requisito dell'omogeneità e della interrelazione funzionale tra disposizioni del decreto-legge e quelle della legge di conversione ex art. 77, secondo comma, Cost. sia di fondamentale importanza».

<sup>77</sup> V., *supra*, al par. 1.

<sup>78</sup> R. BIN, *Sui poteri del Presidente della Repubblica nei confronti del Governo e della "sua" maggioranza*, cit., 4, che prosegue nei termini che seguono: «Ma è altrettanto evidente che, se la partita degenera, l'arbitro deve uscire dal suo *self restraint*. Deve comunicare ai cittadini che c'è chi vigila e impedirà al Governo, a qualsiasi Governo, di introdurre leggi che stravolgono assetti importanti della vita civile senza che siano rispettate tutte le norme che assicurano che le decisioni siano ben istruite e ampiamente discusse in un dibattito pubblico (...)».

In senso sostanzialmente analogo, v. G. MAROLDA, *Se per "sicurezza" e per "semplificare" c'è il Quirinale. Alcune considerazioni sulla "leale collaborazione" tra Presidenza della Repubblica e Governo*, cit., 9-10, secondo il quale – con riferimento alle vicende che hanno riguardato la conversione del decreto "Sicurezza bis" (2018) e del decreto "Semplificazioni" (2019) – «l'intento del Presidente Mattarella per il tramite dei suoi collaboratori del Segretariato è stato in linea con l'obiettivo di agire in funzione di prevenzione dei conflitti e di risoluzione tempestiva sul piano diplomatico di possibili frizioni e blocchi istituzionali in vista della promulgazione di atti legislativi (...)».

<sup>79</sup> Alla «mancata collaborazione leale del Parlamento nelle forme più rilevanti» ha fatto riferimento, da ultimo, anche M. PANEBIANCO, *Considerazioni minime sulla lettera del Presidente della Repubblica ai Presidenti delle Camere e del Consiglio in occasione della promulgazione della legge di conversione del decreto-legge del 29 dicembre 2022*, cit., 284, il quale, tra l'altro, mette in luce «la necessità di una più matura accettazione di una funzione legislativa parlamentare risultato di un dialogo istituzionale chiaro, a difesa delle rispettive competenze costituzionali proprio a partire da quelle delle Camere; un dialogo leale, più approfondito e largo (...)». V., inoltre, G. LAURI, *La promulgazione con motivazione contraria nel primo mandato di Sergio Mattarella*, cit., 263, che sottolinea come la promulgazione «con motivazione contraria» «si appalesi come strumento di leale collaborazione, di riaffermazione dei valori costituzionali nella produzione ordinamentale e di buon andamento dei rapporti istituzionali lungo le diverse (e complesse) stagioni del sistema politico e partitico nazionale»; nonché G. MAROLDA, *Se per "sicurezza" e per "semplificare" c'è il Quirinale. Alcune considerazioni sulla "leale collaborazione" tra Presidenza della Repubblica e Governo*, cit., 8, stando al quale «le pressioni quirinalizie» avrebbero «tentato una "via costruttiva" per arrivare ad un



*istituzionale*: da una parte, per il fatto che – etimologicamente, prima ancora che giuridicamente parlando – la *collaborazione* presuppone, per sua stessa natura, apporti reciproci, impegno condiviso, sinergia, partecipazione non meramente unilaterale ad una stessa causa: la qual cosa, francamente, non pare *ictu oculi* sempre ravvisabile nell’ambito della materia che ci occupa, una volta analizzata la discutibile prassi seguita da Governo e Parlamento; d’altra parte, perché, a costo di non compromettere, per un verso, la piena effettività delle decisioni parlamentari e, per altro verso, le esigenze d’intervento sottese alla legge di conversione, i Presidenti della Repubblica hanno finito per rinunciare all’esercizio di un potere ad essi spettante.

In ogni caso, la domanda, allora, sorge spontanea: per quale ragione dovrebbe essere sempre il Capo dello Stato a sobbarcarsi l’onere del pieno rispetto del principio di leale cooperazione (se così si può chiamare), mentre un legislatore apparentemente poco disposto all’ascolto continua ad ignorare gli ormai numerosi moniti rivolti nei confronti di un tutt’altro che lodevole modo di legiferare? Perché, a fronte di una siffatta, sistematica inosservanza di un principio che – come è stato osservato – «esprime l’ovvia esigenza che i meccanismi della forma di governo funzionino con accettabile efficienza» e, dunque, «si traduce nell’obbligo, da parte di chi esercita una funzione pubblica in base alle leggi che la regolano, di tenere presente le prerogative» di un altro potere<sup>80</sup>, il Presidente della Repubblica dovrebbe perseverare nel contenimento di quelle attribuzioni che gli sono conferite a difesa della Costituzione?

Di tutto ciò, è senz’altro consapevole il Presidente Mattarella, dal momento che, come si è già accennato<sup>81</sup>, egli non ha escluso, per il futuro, «l’eventuale ricorso» – obiettivamente divenuto, nei fatti, “scomodo”, a fronte delle ripercussioni che esso, in modo pressoché inevitabile, avrebbe sul piano politico – «alla facoltà prevista dall’articolo 74 della Costituzione nei confronti di leggi di conversione di decreti-legge caratterizzati da gravi anomalie»<sup>82</sup>.

Ebbene, se, nonostante l’espreso (e non certo isolato) auspicio a che le considerazioni del Capo dello Stato costituissero «oggetto di approfondimento e di riflessione nell’ambito del Parlamento e del Governo»<sup>83</sup>, nulla è parso mutare – e un tale invito è rimasto, ancora una volta, del tutto inascoltato (tanto che si è resa necessaria una nuova promulgazione “con motivazione contraria”<sup>84</sup>) –, non resta, probabilmente, altra strada, se non quella del pieno esercizio del potere di rinvio (totale) nei confronti di una legge di conversione di un decreto-legge viziata da inaccettabili criticità, anche a costo (e non si può nascondere che si tratti di un costo rilevante) di provocare la decadenza retroattiva dell’atto: alla quale, comunque, potranno porre rimedio le Camere, regolando con legge (ai sensi dell’art. 77, 3° comma, Cost.) i rapporti sorti sulla base dei decreti non convertiti; ovvero – come pure è stato suggerito – il Governo, il quale potrebbe, nel frattempo, adottare «un nuovo decreto legge che riproponga le disposizioni del decreto originario non investite dalle motivazioni del rinvio»<sup>85</sup>, con ciò derogando, per giustificato motivo, al tendenziale divieto di reiterazione<sup>86</sup>.

---

dialogo quanto più proficuo e finalizzato al raggiungimento di una soluzione che bilanciassero le riserve avanzate dal Presidente e l’autonomia del Parlamento».

<sup>80</sup> R. BIN, *Il principio di leale collaborazione nei rapporti tra poteri*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2001, rispettivamente 5 e 10.

<sup>81</sup> V. al par. 1, in particolare il testo, cui è riferita la nota 11.

<sup>82</sup> [Lettera ai Presidenti Casellati, Fico e Draghi in materia di decreti legge](#), 23 luglio 2021, cit.

<sup>83</sup> [Lettera ai Presidenti Casellati, Fico e Draghi in materia di decreti legge](#), 23 luglio 2021, cit.

<sup>84</sup> [Il Presidente Mattarella ha promulgato la legge di conversione del DL 198/2022](#), cit. (v. al par. 1).

<sup>85</sup> V. ONIDA, *Emendamenti alla legge di conversione del decreto-legge e rinvio presidenziale*, cit.

<sup>86</sup> V. ONIDA, *Emendamenti alla legge di conversione del decreto-legge e rinvio presidenziale*, cit., il quale rileva che «una eccezione al divieto di reiterazione del decreto legge non convertito in termini, sancito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 360 del 1996, si potrebbe in questo caso giustificare in base alla nuova ragione di urgenza derivante dalla decadenza del primo decreto a seguito del rinvio presidenziale, permanendo i motivi originari dell’urgenza del provvedere». Una soluzione alternativa risiederebbe anche nell’ipotizzare che «la promulgazione successiva della legge di conversione, riapprovata dalle Camere a seguito del rinvio presidenziale, pur intervenendo oltre i sessanta giorni, consenta alla legge stessa di operare egualmente in modo retroattivo la conversione del decreto (...), in quanto entro il

Così, non è certo l'esercizio di una tale prerogativa – talvolta ritenuta, nel caso di specie, esorbitante rispetto alle attribuzioni presidenziali strettamente intese, perché suscettibile di assumere i connotati del veto assoluto, anziché di quello meramente sospensivo<sup>87</sup> – che può essere interpretato quale inopportuna compromissione della leale cooperazione tra poteri dello Stato<sup>88</sup>, posto che esso costituisce, in tutta evidenza, un'*extrema ratio*, alla quale sembra il caso di ricorrere soltanto a seguito di una lunga serie di ammonizioni rimaste (in violazione, appunto, proprio del principio in parola) prive di qualsivoglia effetto.

Del resto, ad un non così dissimile *modus operandi* è parso ispirarsi l'altro organo di controllo e garanzia contemplato dal nostro ordinamento: vale a dire, la Corte costituzionale, con particolare riferimento alle innovative tecniche decisorie inaugurate nel corso degli anni più recenti.

Si pensi, ad esempio, allo strumento dell'ordinanza motivata di rinvio dell'udienza, per mezzo della quale il Giudice delle leggi – proprio «in uno spirito di *leale e dialettica collaborazione istituzionale*»<sup>89</sup>, e prima di adottare provvedimenti che incidano in modo maggiormente penetrante sul prodotto del Parlamento, lambendone la discrezionalità – ha rivolto al legislatore l'invito ad intervenire tempestivamente sulle disposizioni oggetto di sindacato di legittimità costituzionale.

Una volta appurato, tuttavia, come i moniti rivolti siano rimasti inascoltati da quest'ultimo, la Corte – dinanzi alla necessità di salvaguardare la conformità a Costituzione degli atti legislativi sottoposti al suo scrutinio, e messa di fronte all'inerzia del proprio interlocutore – non ha mancato di emanare, senza ulteriori remore, pronunce di accoglimento, anche di natura additiva, come è avvenuto nell'ormai celebre “caso Cappato”<sup>90</sup> (vicenda, peraltro, non rimasta isolata<sup>91</sup>).

---

termine si era comunque espressa, attraverso la definitiva approvazione della legge di conversione poi rinviata, la volontà del Parlamento di convertire il decreto medesimo».

<sup>87</sup> Ad esempio, S.M. CICONETTI, *Un caso di inammissibilità del rinvio presidenziale*, cit., 3099: «il potere presidenziale di rinvio va inquadrato nell'ambito dell'art. 74 Cost., il quale, anche a voler momentaneamente prescindere dal suo tenore letterale (...), esclude che il potere di rinvio possa trasformarsi da veto sospensivo, superabile dalla nuova deliberazione delle Camere, in veto assoluto (...)».

<sup>88</sup> In senso contrario, V. DI CIULO, *Questioni in tema di decreti-legge*, cit., 350, stando al quale «Non bisogna dimenticare (...) che, nel diritto costituzionale, oltre e talvolta al di sopra delle norme scritte, esistono delle regole di correttezza che vietano agli organi costituzionali di comportarsi in maniera tale da pregiudicare deliberatamente l'esercizio delle attribuzioni altrui. Pertanto, una eventualità del tipo ipotizzato [*id est*, il rinvio presidenziale di una legge di conversione, esercitato in prossimità della scadenza del termine di decadenza del decreto-legge] non ha possibilità pratiche di verificarsi, in quanto sia le Camere sia il Presidente della Repubblica sanno di dover rispettare le “regole del gioco”».

<sup>89</sup> È quanto viene espressamente dichiarato in Corte cost., ord. [24 ottobre 2018, n. 207](#), punto 11 del *Considerato in diritto* (v. *infra*, alla nota successiva; corsivo nostro). Specificamente, cfr. M. PICCHI, «*Leale e dialettica collaborazione*» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di illegittimità costituzionale, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 3/2018.

<sup>90</sup> Il riferimento è, appunto, a Corte cost., ord. [24 ottobre 2018, n. 207](#) (a cui è seguita Corte cost., sent. [22 novembre 2019, n. 242](#)). Fra i numerosissimi contributi sul punto, v., solo a titolo esemplificativo, M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2019, 644 ss.; V. MARCENÒ, *L'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato: comprendere per (valutare se) giustificare*, in *Giur. cost.*, n. 2/2019, 1217 ss.; R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 23 giugno 2019; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in questa [Rivista](#), 2018/III, 571 ss.; ID., *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost., ord. n. 207 del 2018)*, *ivi*, 2019/I, 92 ss.; ID., *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 27 maggio 2019; C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”: i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [federalismi.it](#), n. 6/2019; M. CECCHETTI, *Appunti diagnostici e prognostici in vista della definizione del giudizio costituzionale sul “caso Cappato”*, *ivi*, n. 17/2019; C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall'“ordinanza Cappato”*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 1/2019. Per alcuni commenti a più voci, è possibile rinviare, tra gli altri, a AA.VV., *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. Marini e C. Cupelli, Napoli, 2019; AA.VV., *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale*, a cura di A. Morrone, in [Forum di Quaderni](#)

Una scelta siffatta – è stato, da ultimo, accortamente notato – non può che rispondere al condivisibile obiettivo «di contemperare l'esigenza di rispettare la predetta discrezionalità, consentendone l'esercizio sia pure in un circoscritto margine temporale, e la necessità di non abdicare per tale ragione al compito di rendere giustizia costituzionale (...)»<sup>92</sup>.

Così, allo stesso modo, non potrebbe che apparire del tutto fisiologica la scelta del Presidente della Repubblica – «garante della Costituzione» per eccellenza<sup>93</sup>: anzi, effettivo organo di «*garanzia sostanziale*»<sup>94</sup> – di servirsi di quello strumento che, più di ogni altro, l'ordinamento gli attribuisce a tutela della Legge fondamentale (vale a dire, il rinvio alle Camere: anche se totale, e anche se esercitato in condizioni tali da interferire inevitabilmente con le attribuzioni proprie dei poteri legislativo ed esecutivo, come nel caso delle leggi di conversione dei decreti-legge), allorché i plurimi avvertimenti indirizzati non abbiano trovato seguito alcuno e debba essere massimamente preservato un modo di legiferare che possa definirsi davvero conforme ai canoni costituzionali, soprattutto *pro futuro*, allo scopo di evitare ulteriori, deprecabili degenerazioni: e, soprattutto, al fine di limitare, quanto più possibile, quelle «interpretazioni e applicazioni assai lassiste», che venivano denunciate già decenni addietro<sup>95</sup>.

E tanto merita di essere predicato oggi, in un tempo – che non è tra i più propizi – nel quale «il Presidente della Repubblica è custode della Costituzione in un senso comparativamente più ampio di quanto lo sia stato in passato», con la conseguenza che la prima carica dello Stato «non può sottrarsi all'invito di quanti si affidano alla sua autorevolezza per porre rimedio a ingiustizie, che una politica superficiale e anestetizzata dalle ovvietà non comprende»<sup>96</sup>: anche nella prospettiva di evitare, prudentemente, una qualsivoglia «chiamata di correo» da parte degli organi di legislativo ed esecutivo, i quali potrebbero, un giorno, cercare di giustificare le proprie inefficienze rimproverando al Capo dello Stato «di non aver sollevato obiezioni di sorta circa la legittimità, costituzionale e non solo, di quanto promulgato o emanato»<sup>97</sup>.

Del resto, come è stato notato, il Presidente della Repubblica «ha un'obbligazione di interpretazione della lunga durata che è sconosciuta al Parlamento e al Governo, chiamati a confrontarsi anzitutto con la contingenza»<sup>98</sup>. Di qui, deriva l'imprescindibile esigenza (da ultimo,

---

*costituzionali*, 12 ottobre 2018; nonché AA.Vv., *Sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018)*, in attesa della pronuncia che verrà, al sito del [Gruppo di Pisa](#), Il Forum, 7 maggio 2019.

<sup>91</sup> V., ad esempio, Corte cost., ordd. n. [26 giugno 2020, n. 132](#), n. [11 maggio 2021, n. 97](#) e [13 maggio 2022, n. 122](#). Cfr., sul punto, I. ROBERTI, *I moniti "a termine" della Corte costituzionale e le implicazioni sull'attività legislativa del Parlamento*, in [federalismi.it](#), n. 17/2021.

<sup>92</sup> M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953*, relazione svolta in occasione del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", tenutosi presso l'Università dell'Insubria (Como), il 26 e 27 maggio 2023, 22-23 (versione provvisoria), al [sito](#) del Gruppo di Pisa, Eventi (Convegni).

<sup>93</sup> Per tutti, v. quanto raccolto in S. GALEOTTI, *Il Presidente della Repubblica garante della Costituzione. La concezione garantistica del Capo dello Stato negli scritti dell'autore dal 1949 ad oggi*, Milano, 1992.

<sup>94</sup> L'espressione è di G. SILVESTRI, *La funzione di equilibrio costituzionale del Presidente della Repubblica*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 7, 1996, 60.

<sup>95</sup> L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 242.

<sup>96</sup> In questi termini, M. BERTOLISSI, *Il Presidente della Repubblica e la crisi della forma di governo parlamentare*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, vol. 1, a cura di C. Bertolino, T. Cerruti, M. Orofino e A. Poggi, Torino, 2020, 520.

<sup>97</sup> M. BERTOLISSI, *Il Presidente della Repubblica e la crisi della forma di governo parlamentare*, cit., 520: «Non è una novità che, non infrequentemente, parlamentari ed organi del legislativo e dell'esecutivo si fanno scudo con l'intervento presidenziale, cui si addebita di aver preteso l'inserimento, la correzione, l'integrazione o la soppressione di una data norma e di non aver sollevato obiezioni di sorta circa la legittimità, costituzionale e non solo, di quanto promulgato o emanato. È una chiamata di correo, che può essere giustificata dall'intromissione oppure destituita di fondamento. E a nulla vale precisare che il giudizio di legittimità costituzionale è riservato al Giudice delle leggi, dal momento che, *coram populo*, appare decisiva la prima versione. Prevale il verosimile, sul vero; sempre che il verosimile non coincida con ciò che è vero».

<sup>98</sup> M. LUCIANI, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della costituzione)*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2017, 15.

messa in luce dallo stesso Sergio Mattarella) che il Capo dello Stato eviti di concorrere a determinare – attraverso un eccessivo ricorso ad atti di *moral suasion* e di ammonimento informale, del genere di quelli di cui ci si sta occupando in questa sede – una (rischiosa) caduta in disuso del potere di rinvio: con ciò frustrando, su di un piano più generale, la primaria necessità, per ogni Presidente della Repubblica, di «salvaguardare ruolo, poteri e prerogative dell’istituzione che riceve dal suo predecessore e che – esercitandoli pienamente fino all’ultimo giorno del suo mandato – deve trasmettere integri al suo successore»<sup>99</sup>.

In ogni caso, ad un più attento scrutinio, ci si avvede di come l’eventuale e giustamente temuta (se così la si vuol definire) trasformazione del rinvio da veto sospensivo a veto assoluto non dipende, in ultima analisi, che dallo stesso Parlamento, il quale – attraverso una accorta programmazione dei propri lavori (che non richiederebbe necessariamente una modifica dei regolamenti<sup>100</sup>, anche grazie all’auspicabile intercessione che potrebbe provenire dai Presidenti di Camera e Senato) – ben potrebbe essere in grado di trasmettere al Capo dello Stato il testo della legge di conversione non a ridosso della scadenza del termine di sessanta giorni, ma in tempo utile per consentire un’eventuale, nuova deliberazione, ove questa venisse richiesta a seguito dell’esercizio della facoltà di rinvio.

### 5. Considerazioni conclusive (e qualche auspicio)

Proprio questa – così da ritornare là dove si è partiti – è la direzione che il Presidente della Repubblica ha indicato nella lettera dello scorso 24 febbraio, peraltro riferendosi, fiduciosamente, a dichiarazioni rese dallo stesso Presidente del Consiglio dei ministri<sup>101</sup>: «un’inversione di tendenza potrà aversi con il recupero di un’adeguata capacità di programmazione legislativa da parte del Governo e di una corrispondente attitudine del Parlamento a consentire l’approvazione in tempi ragionevoli dei disegni di legge ordinaria», nel segno di un’auspicata «piena collaborazione istituzionale», da porre in essere con ritrovato «senso di responsabilità»<sup>102</sup>: quella responsabilità che, al contrario, risulta, troppo spesso, «assente dal lessico più comune»<sup>103</sup>, oltre che lontana da

---

<sup>99</sup> [Messaggio di fine anno del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, 31 dicembre 2021.](#)

A tal proposito, G.M. SALERNO, *La Presidenza della Repubblica tra centralità ed evoluzione*, in AA.VV., *Il primo mandato di Sergio Mattarella. La prassi presidenziale tra continuità ed evoluzione*, cit., 507, definisce «*acquis præsidentiel*» proprio questo «articolato patrimonio di risorse istituzionali che sono state acquisite, esercitate con varia intensità e quindi trasmesse da ciascun Capo dello Stato al suo immediato successore, e che, via via, hanno determinato l’effettiva e concreta individuazione, articolazione, modalità e delimitazione dei poteri presidenziali, e, conseguentemente, le forme di interrelazione del Capo dello Stato con le altre autorità, interne ed esterne all’ordinamento».

<sup>100</sup> Lo ha notato, da ultimo, lo stesso M. PANEBIANCO, [Considerazioni minime sulla lettera del Presidente della Repubblica ai Presidenti delle Camere e del Consiglio in occasione della promulgazione della legge di conversione del decreto-legge del 29 dicembre 2022, n. 198](#), cit., 283, il quale ha condivisibilmente rilevato che «un evidente pregiudizio temporale a disfavore della seconda Camera potrebbe essere corretto facendo in modo che la prima lettura si concluda in un tempo prossimo ai trenta giorni, o comunque non tale da comprimere oltremisura il tempo a disposizione dell’altro ramo del Parlamento. Tale soluzione non comporterebbe necessariamente un intervento sui regolamenti parlamentari, sembrando sufficiente un diverso approccio della Conferenza dei Capogruppo ed un intervento dei Presidenti di Assemblea nella predisposizione del calendario e del programma dei lavori e nella vigilanza sul rispetto di essi». Quest’ultimo Autore, peraltro, avanza anche la proposta di «esplorare (...) la possibilità di un intervento del Capo dello Stato fra la prima e la seconda lettura dei disegni di legge» (*ibid.*).

<sup>101</sup> [Il Presidente Mattarella ha promulgato la legge di conversione del DL 198/2022](#), cit.: «Ho apprezzato l’iniziativa che il Presidente del Consiglio dei ministri ha di recente assunto, in dialogo con i Presidenti delle Camere, sottolineando l’abuso della decretazione d’urgenza e la circostanza che i decreti-legge siano da tempo divenuti lo strumento di gran lunga prevalente attraverso il quale i Governi esercitano l’iniziativa legislativa».

<sup>102</sup> [Il Presidente Mattarella ha promulgato la legge di conversione del DL 198/2022](#), cit.

<sup>103</sup> M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, Napoli, 2022, 162, anche con riguardo al nesso «senso di responsabilità» – «senso delle istituzioni».

una concezione del dettato costituzionale inteso quale «patto reciprocamente obbligante»<sup>104</sup>, tanto per i cittadini, quanto per i supremi organi dello Stato, i quali non rappresentano altro che «la proiezione di ciò che siamo – come si dice – *uti singuli*. La loro moralità è la nostra moralità»<sup>105</sup>.

La strada maestra, dunque, non può che risiedere nella riscoperta di un'autentica (e, dunque, necessariamente non unilaterale<sup>106</sup>) cooperazione, votata al rispetto reciproco delle rispettive attribuzioni ed ispirata – sono le parole della Corte costituzionale – a «correttezza e lealtà»<sup>107</sup>: in particolare, da un lato, attraverso un accurato utilizzo delle fonti di rango primario, coerente con il testo della Costituzione ed ossequioso dei numerosi richiami che tanto il Giudice delle leggi, quanto il Capo dello Stato hanno indirizzato al legislatore; dall'altro lato, per il tramite di una accelerazione dei lavori parlamentari in sede di conversione dei decreti-legge, così da consentire il pieno esercizio delle prerogative di controllo del Presidente della Repubblica, senza che questi sia forzatamente posto nella scomoda condizione di dover operare una scelta di campo tra la rinuncia all'esercizio di un proprio potere (quello di rinvio delle leggi alle Camere, espressamente riconosciutogli dall'art. 74 Cost.) e la (spesso inevitabile) compromissione della funzione legislativa del Parlamento, in uno con la decadenza del decreto-legge non convertito. Si realizzerebbe, in questo modo, un «corretto bilanciamento» tra esigenze non certo «opposte» (come, di norma, può accadere nel contesto dei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato)<sup>108</sup>, bensì condivise ed indirizzate verso un comune obiettivo, che risponde, in ultima analisi, al rispetto delle regole del gioco, nella prospettiva del buon andamento (e funzionamento) delle istituzioni repubblicane.

Ove ciò apparisse eccessivamente utopistico – e si prediligesse, invece, la via di un intervento di revisione costituzionale (come tale, da valutare con estrema attenzione) –, una delle soluzioni più ragionevoli<sup>109</sup> (una volta esclusa, per i motivi che si è cercato di mettere in luce poco fa<sup>110</sup>, l'introduzione di un rinvio parziale delle leggi), sembra coincidere con quella contenuta nel (pur criticabile, sotto molti profili) progetto di revisione costituzionale predisposto nel corso della XVII legislatura. In quella sede, infatti, era stata avanzata la proposta di modificare<sup>111</sup> l'art. 74 Cost., specificando – in quello che sarebbe dovuto diventare il 2° comma della disposizione in parola – che, qualora il rinvio presidenziale avesse avuto ad oggetto la legge di conversione di un decreto-legge, il termine per la conversione in legge (ordinariamente fissato, dall'art. 77, in sessanta giorni) sarebbe stato prolungato di ulteriori trenta giorni, così da consentire, allo stesso tempo, al Capo

---

<sup>104</sup> F. BARBAGALLO, *Da Crispi a Giolitti. 5. Lo Stato, la politica, i conflitti sociali*, in AA.VV., *Storia d'Italia*, a cura di G. Sabbatucci e V. Vidotto, Roma-Bari, 2010, 6. Sul punto, v., ancora, M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., 19.

<sup>105</sup> M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., 170.

Vale, ancora oggi, la limpida notazione di E. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Gli aspetti storici degli squilibri regionali*, in AA.VV., *Gli squilibri regionali e l'articolazione dell'intervento pubblico*, Milano, 1962, 271, secondo il quale «non si tratt(a) soltanto di creare delle istituzioni, degli strumenti nuovi di azione, ma di formare un ambiente per nuove iniziative, di educare delle forze politiche che trasformino le forme in sostanza, che ci portino al di là di strutture meramente giuridiche, meramente formali nel campo fecondo delle cose attuose, dei fatti, dai quali soltanto può scaturire una nuova realtà».

<sup>106</sup> V., *supra*, al par. 4.

<sup>107</sup> Corte cost., sent. [10 aprile 1998, n. 110](#), punto 7 del *Considerato in diritto*.

<sup>108</sup> Di «corretto bilanciamento fra le opposte esigenze» ha parlato Corte cost., sent. [6 luglio 2001, n. 225](#), punto 1 del *Considerato in diritto*. V., ancora, R. BIN, *Il principio di leale collaborazione nei rapporti tra poteri*, cit., 8.

<sup>109</sup> Della stessa opinione è M. PANEBIANCO, [Considerazioni minime sulla lettera del Presidente della Repubblica ai Presidenti delle Camere e del Consiglio in occasione della promulgazione della legge di conversione del decreto-legge del 29 dicembre 2022, n. 198](#), cit., 282.

<sup>110</sup> V., *supra*, al par. 2.

<sup>111</sup> Disegno di legge costituzionale A.S. 1429, XVII legislatura, art. 14. Di seguito, il testo di quello che sarebbe dovuto divenire il nuovo art. 74 Cost.: «Il Presidente della Repubblica, prima di promulgare la legge, può con messaggio motivato alle Camere chiedere una nuova deliberazione. – Qualora la richiesta riguardi la legge di conversione di un decreto adottato a norma dell'articolo 77, il termine per la conversione in legge è differito di trenta giorni. – Se la legge è nuovamente approvata, questa deve essere promulgata». Sul punto, A. MORELLI, *Notazioni sulle novità della riforma costituzionale riguardo alla decretazione d'urgenza e al rinvio presidenziale delle leggi di conversione*, in [federalismi.it](#), n. 11/2016.

dello Stato di usufruire, senza remora alcuna, della prerogativa in esame, ove avesse riscontrato criticità all'interno del testo sottopostogli per la promulgazione; e alle Camere di deliberare nuovamente in ordine alla legge precedentemente approvata, senza correre il rischio di provocare, nelle more della discussione, il venir meno, con effetti retroattivi, del decreto-legge, con conseguente frustrazione delle esigenze di necessità ed urgenza ad esso sottese.

In questo modo – a differenza di quanto avverrebbe a mezzo di un'innovazione costituzionale finalizzata all'introduzione dell'istituto della promulgazione parziale delle leggi –, non ci si esporrebbe al pericolo di aprire un incerto varco verso un'inammissibile trasformazione del Presidente della Repubblica in un "co-legislatore"<sup>112</sup>, pur soltanto ablativo; anzi, si potrebbero salvaguardare appieno le facoltà che la Costituzione gli riconosce a presidio della legittimità e dell'opportunità dell'azione legislativa, garantendo, al contempo, la sovranità delle istituzioni parlamentari e la completa operatività dell'indirizzo politico governativo.

---

<sup>112</sup> R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, cit., 15.

## Antonio Malaschini

### ChatGPT e simili: questioni giuridiche ed implicazioni sociali\*

**ABSTRACT:** *After clarifying what ChatGPT is, the essay examines its potential and the risks associated with its use. The focus moves to intellectual property, copyrights and patents in data acquisition. Particular attention is given to the importance of the data available to "the machine". In the final part, the author examines the ongoing debate on generative artificial intelligence, highlighting the ethical, social and historical issues that the rapid development of this tool entails.*

SOMMARIO: 1. Di cosa parliamo quando parliamo di ChatGPT. – 2. Campi di utilizzo. – 3. Rischi. – 4. Proprietà intellettuale, *copyright* e brevetti nella fase di acquisizione dei dati (*input*). – 5. I risultati prodotti (*output*) e il requisito della “originalità”. – 6. La questione della “umanità” dell’autore. – 7. Il caso Thaler-Dabus. – 8. Tutela della *privacy*. – 9. Le decisioni in Italia del Garante per la Protezione dei Dati Personali. – 10. Pregiudizi, *hallucinations* ed altre questioni. – 11. Il “genio” nella bottiglia. – 12. Gli sviluppi recenti del quadro regolatorio.

#### 1. Di cosa parliamo quando parliamo di ChatGPT

Dal novembre 2022, quando OpenAI<sup>1</sup> ha lanciato la sua ChatGPT-3, pochi argomenti hanno avuto maggior diffusione sui mezzi di comunicazione, e non solo su quelli scientifici, di quelli sull’uso, sui vantaggi e sui rischi di questo strumento. In soli due mesi l’applicazione ha raggiunto oltre 100 milioni di utilizzatori attivi ed è stata seguita, ma anche preceduta, da modelli analoghi: nel giugno 2022 GitHub aveva già lanciato Co-Pilot, per consentire agli sviluppatori di *software* di incorporare codici generati dall’intelligenza artificiale nei loro programmi; tra giugno e settembre Midjourney, Stable Diffusion e Dall-E v2 proponevano modelli per la creazione di immagini da testi; a novembre entrava sul mercato appunto ChatGPT-3, seguita nel marzo del 2023 da ChatGPT-4<sup>2</sup>. Si trattava di ricerca, analisi, comparazione, elaborazione e generazione di testi e codici informatici; di traduzioni multilingue immediate; di riconoscimento di opere plagiate; di creazione ed elaborazione di audio, musica e video; di produzione di immagini da testi. E tutte le grandi società informatiche multimediali, sulla scia di OpenAI-Microsoft, stanno oggi attivamente entrando in campo: Google (Alphabet) con Bard AI, Microsoft con Bing, Deep Mind con Chinchilla AI, Amazon con Bedrock; e in Cina Baidu con Ernie Bot, SenseTime con SenseChat, Alibaba con Tongyi Qianwen e così via.

In premessa, possono essere utili alcune indicazioni definitorie, senza naturalmente alcuna pretesa di accuratezza scientifica.

Ci troviamo nel campo dell’intelligenza artificiale (IA). Sulle definizioni di quest’ultima, anche sotto il profilo giuridico, ci rimettiamo a precedenti lavori<sup>3</sup>. Può però essere utile riportare quella che di tale disciplina diede nel 1955 uno dei suoi padri fondatori, John McCarthy: l’intelligenza artificiale è il processo che “fa comportare una macchina in maniera tale che sarebbe definita intelligente se un essere umano si comportasse in egual modo”. Un punto di partenza che però è ritenuto oggi da molti insufficiente.

Quella di cui ci stiamo occupando viene definita IA “*narrow*”, stretta, programmata per eseguire compiti puntuali e non, come l’IA “generale” (ancora non realizzata), potenzialmente capace di fare



<sup>1</sup> OpenAI è una struttura di ricerca statunitense creata nel 2015. Tra i suoi fondatori troviamo Elon Musk e suo CEO è oggi Sam Altman. Microsoft, che ha finanziato nel 2019 OpenAI con un miliardo di dollari e successivamente con cifre intorno ai dieci miliardi, possiede attualmente il 49% della società.

<sup>2</sup> T. BOND ET AL., *Generative AI tools: what's your policy going to be?* in [Bird&Bird](#), 19 aprile 2023

<sup>3</sup> V. A. MALASCHINI, *Regolare l'Intelligenza Artificiale. Le risposte di Cina, Stati Uniti, Unione Europea, Regno Unito, Russia e Italia*, in *Intelligenza Artificiale. Politica, economia, diritto, tecnologia*, a cura di Paola Severino, Roma, LUISS University Press 2022, 104 e ss.

tutto ciò che fanno gli umani<sup>4</sup>. I suoi algoritmi sono costruiti in modo che le macchine possano conservare i dati di addestramento (*training data*) ed acquisirne di nuovi per migliorare nel tempo le proprie prestazioni<sup>5</sup>.

L'algoritmo è un punto centrale in questi modelli di IA e può essere definito, sia pure con approssimazione, come il complesso delle istruzioni fornite ad un computer per risolvere un dato problema o condurre a termine un compito specifico<sup>6</sup>.

Dagli anni '50 in poi si è assistito ad un sempre più rapido sviluppo di sistemi che, grazie a tecnologie fondate sulla statistica, hanno consentito la creazione di algoritmi con forti capacità predittive basate sulle miriadi di dati forniti ed acquisiti.

Si sono quindi sviluppati i cosiddetti “*artificial neural networks*”: sistemi di computer ispirati al funzionamento del cervello umano, con informazioni distribuite su livelli diversi e collegate da nodi, come appunto accade nel nostro cervello.

Due termini sono di uso diffuso nella spiegazione del funzionamento anche di ChatGPT: “*machine learning*” e “*deep learning*”.

Con il primo si fa riferimento a tecniche in uso nel campo dell'IA per consentire al programma di un computer di imparare (*learn*) dai dati in suo possesso, piuttosto che seguire regole predefinite<sup>7</sup>, sviluppando autonome capacità di previsione e quindi di decisione.

Il *deep learning* è uno sviluppo del *machine learning* basato sull'addestramento degli *artificial neural networks* (v. sopra) per risolvere problemi particolarmente complessi, attraverso quantità ancora maggiori di dati acquisiti in diverse forme: scritte, visive, sonore o con una combinazione di queste. Anche qui è centrale l'elemento della elaborazione statistica dei dati forniti per il *training* e di quelli successivamente acquisiti.

Per definire poi l'assunzione di informazioni da parte di un computer attraverso testi che utilizzano il linguaggio umano, si usa il termine di *Natural Language Processing* (NLP)<sup>8</sup>. Gli LLMs (*Large Language Models*), una evoluzione degli NLP, sono programmati con quantità ancora superiore di dati acquisiti direttamente anche attraverso internet (*scraping*), e quindi non solo con quelli precedentemente inseriti, per facilitare l'elaborazione e la “generazione” di testi in linguaggio naturale per i fini più diversi<sup>9</sup>.

Veniamo quindi alla IA “generativa” (la “G” di ChatGPT). Si riferisce alla capacità di porre in essere (generare) contenuti nuovi e creativi sulla base dei dati di addestramento, piuttosto che limitarsi ad analisi e classificazioni come accade con altri strumenti.

Cos'è però una chat? Quasi tutti ne facciamo uso quotidiano e possiamo definirla come un processo di comunicazione, interazioni e scambio di messaggi, normalmente attraverso internet. I messaggi potranno essere testuali, grafici, audio, visuali o audio-visuali; il loro uso non è naturalmente limitato alle conversazioni private, ma coinvolge anche la comunicazione commerciale, finanziaria, industriale, politica e naturalmente sociale.

Il termine “chat” ci fa capire che siamo con ChatGPT all'interno di un sistema di comunicazione: non però con esseri umani ma in questo caso (non è però naturalmente l'unico) con una macchina: stiamo colloquiando con un “chatbot”. Il chatbot è un *software* che, simulando la conversazione umana, consente agli utilizzatori di interagire con dispositivi digitali, ponendo domande e ricevendo

---

<sup>4</sup> V. A. MALASCHINI, *Regolare l'Intelligenza Artificiale*, cit., 107.

<sup>5</sup> M. E. KERN E W. ESPOSITO, *ChatGPT Generates More than Data Outputs; Data Security and Privacy Concerns Grow as Artificial Intelligence Technology Rapidly Advances*, in [Benesch](#), 17 maggio 2023.

<sup>6</sup> B. DI BELLO, *ChatGPT for dummies*, Milano, Hoepli, 2023, 2 ss., anche sulle diverse applicazioni utilizzabili.

<sup>7</sup> C. LIM E B. EVANS, *ChatGPT and the importance of AI governance*, in [King&Wood Mallesons](#), 14 aprile 2023, 2 e ss.

<sup>8</sup> Sulla capacità dei sistemi informatici di acquisire e gestire il linguaggio, ritenuta da studiosi come Chomsky caratteristica esclusiva del cervello umano, v. N. LOWNDES, *ChatGPT raises questions about how humans acquire language*, in [The Economist](#) del 26 aprile 2023.

<sup>9</sup> M. GOYAL ET AL., *What is generative AI, what are foundation models, and why do they matter?* in [IBM Blog](#), 8 marzo 2023.



risposte. Nei modelli più avanzati elabora le informazioni ricevute, anche quelle fornite dagli utenti, e perfeziona quindi con l'uso la capacità di conoscenza e di risposta<sup>10</sup>.

GPT<sup>11</sup>. La G, abbiamo detto, sta per “*generative*”, e rappresenta appunto la capacità di generare in maniera testuale con linguaggio umano risposte scritte, visive o sonore ad una domanda, attingendo in maniera creativa alle innumerevoli informazioni acquisite nel *training* e nel corso delle successive elaborazioni, non limitandosi quindi a un lavoro di analisi o di classificazione. Viene memorizzato quanto acquisito e “ricostruito” in risposta alla domanda avanzata. È posto in essere un complesso sistema di decostruzione delle immagini e dei testi incamerati, che vengono poi ricomposti in base a successive valutazioni probabilistiche. Più sono i dati a disposizione, maggiori saranno le possibilità di risposta, attraverso un processo di “associazione” degli elementi scomposti nella fase iniziale. E più saranno i dati, oggi appunto acquisibili dalla macchina anche direttamente tramite internet<sup>12</sup> e non solo attraverso *database* predefiniti, maggiori saranno le possibilità di una risposta corretta. Va precisato che la risposta sarà quella “statisticamente” più probabile, anche in base alla “esperienza” che la macchina avrà di volta in volta acquisita: ma la risposta ritenuta dalla macchina “statisticamente” corretta, potrà invece non esserlo affatto. È questo uno dei numerosi limiti (in questo caso definiti “*hallucinations*”) che incontra la macchina e sui quali torneremo più avanti. E ricorderemo sempre che qui non siamo davanti a funzioni “creative” nel senso comunemente inteso, bensì a risposte date in base a criteri statistici, semplicemente probabilistici, e quindi non di veridicità assoluta<sup>13</sup>.

La “P” di GPT sta per *Pre-trained*. Come sopra più volte richiamato, significa che il modello è stato addestrato ad agire sulla base della grandissima quantità di dati precedentemente forniti o acquisiti. Le modalità di acquisizione dei dati, anche direttamente tramite internet, e quelle della loro successiva elaborazione toccano aspetti di grande delicatezza anche giuridica, all'origine dei diversi problemi sui quali tra breve ci soffermeremo.

Veniamo finalmente alla “T”, *Transformer*. Questi sono modelli di apprendimento automatico basati sull'attenzione (*attention based*). Hanno la capacità di prestare “attenzione” a parti specifiche dell'input, ignorando le informazioni meno rilevanti e facilitando una risposta in linguaggio naturale. Sono anch'essi fondati su reti neurali<sup>14</sup>. Da ultimo, parleremo più avanti dei *foundation models*: modelli che dipendono da grandi quantità di dati, con algoritmi avanzati che li lavorano e con significativa capacità di elaborazione informatica. I dati che utilizzano sono acquisiti attraverso internet, elaborati ed utilizzati per il *training* attraverso un sistema di “auto supervisione”<sup>15</sup>.

## 2. Campi di utilizzo

Bisogna innanzitutto considerare che ChatGPT non è un motore di ricerca. Non è quindi produttivo considerarlo, ad esempio, come un surrogato di Wikipedia cui rivolgere singole, puntuali domande.

<sup>10</sup> V. [Cos'è un chatbot](#) nel [sito](#) di Oracle.

<sup>11</sup> Può essere interessante ricordare che, nel dicembre 2022, OpenAI ha richiesto la registrazione presso l'*United States Patent and Trademark Office* (USPTO) dei termini GTP e ChatGTP. La richiesta non è stata accolta in quanto i due termini non sono stati ritenuti “distintivi”, ma generici e descrittivi. Sono infatti utilizzati in campo informatico con riferimento ad una particolare architettura di modello: sul tema, v. I. DEMČAK, *OpenAI's Battle for Brand Protection: Can GPT be trademarked?* in [Lexology](#), 26 aprile 2023.

<sup>12</sup> Ricordiamo che il modello standard di ChatGPT, quello disponibile gratuitamente, è al momento aggiornato con dati reperibili fino al settembre 2021 e non gode dell'accesso ad internet. Modelli più recenti consentono invece l'accesso a fonti di contenuto più ampie, compresa internet (come, ad esempio, Bing di Microsoft).

<sup>13</sup> Sul processo di decostruzione e ricomposizione dei dati acquisiti, che consente alla macchina di fornire risposte, v. *Large, creative, AI models will transform lives and labour markets*, in [The Economist](#) del 23 aprile 2023, e B. DI BELLO, *ChatGPT for dummies*, cit., 4.

<sup>14</sup> P. ARTONI, *Cosa sono i transformers e come vengono utilizzati nell'elaborazione del linguaggio naturale*, in [Smart Strategy](#)

<sup>15</sup> R. KEMP, *AI Foundation Models and Intellectual Property*, in [Kemp It Law](#), 14 giugno 2023.

È qualcosa di più: può infatti consentire, grazie alla sua capacità di sintesi ed alla enorme quantità di dati in suo possesso, di muoversi tra migliaia di siti diversi cercando con successivi aggiustamenti la risposta più completa alle nostre richieste<sup>16</sup>.

Una sua caratteristica è l'aspetto, che potremmo definire "dialogico", del modo di procedere. La domanda (*prompt*) può essere avanzata in modo conversazionale, precisata in base alla prima risposta ricevuta, integrata con successive osservazioni fino ad ottenere un risultato ritenuto soddisfacente. È un effetto indubbiamente straniante, che può dare la sensazione di trovarsi davanti ad un effettivo interlocutore con una sua personale empatia, che non solo sa rispondere in modo apparentemente oggettivo, ma cerca di comprendere al meglio ciò che noi vogliamo sapere.

E potremmo allora catalogare gli ambiti di utilizzazione di questo strumento in tre tipologie: assistente personale, per rispondere a quesiti legati alle nostre esigenze quotidiane o per motivi di intrattenimento; strumento didattico per ricerche ed approfondimenti nei più diversi campi: dalla letteratura alla musica, dalla storia alla politica, dalle discipline scientifiche a quelle artistiche<sup>17</sup>; e ancora collaboratore professionale in settori diversi, da quello legale a quello medico, da quello finanziario a quello giudiziario, dalla politica al giornalismo<sup>18</sup>.

E allora come assistente personale potremmo usarlo per organizzare un viaggio fornendo indicazioni sull'itinerario voluto, sui nostri interessi, sul *budget* a disposizione; oppure per avere consigli nel campo letterario, artistico, musicale e dell'intrattenimento; ancora, per programmare un matrimonio o una diversa ricorrenza; per preparare un discorso o una relazione sui più disparati argomenti; per realizzare un codice informatico.

Aree che sembrano invece al momento resistere alla capacità di risposta di ChatGPT sono quelle della matematica, della fisica e della geometria<sup>19</sup>. Il nuovo strumento può senz'altro rispondere a domande diverse in questi campi ricorrendo alle informazioni fornite o a quelle rinvenute in rete, ma manca della capacità di analisi, di intuizione e di creatività per comprendere e risolvere problemi più complessi.

Nel campo medico e farmaceutico, la grande mole di informazioni rinvenibili nelle riviste scientifiche diffuse in rete può invece contribuire a rispondere a domande su nuovi trattamenti e nuovi prodotti<sup>20</sup>. Creando però non pochi problemi: dall'illusione di analisi e terapie *self-made*, ai suggerimenti per produrre artigianalmente droghe e sostanze nocive o pericolose. Ad esempio, in un lavoro pubblicato l'11 aprile 2023, ricercatori della Carnegie Mellon University hanno rivelato di aver disegnato un modello di domande che, attraverso una serie di successive puntualizzazioni, ha consentito di ricevere istruzioni su come produrre, attraverso sostanze chimiche facilmente acquisibili, l'ibuprofene (un potente analgesico)<sup>21</sup>. Ma va anche ricordato il gigantesco passo avanti compiuto grazie all'IA nella identificazione dell'halicina, un antibatterico ad ampio spettro la cui scoperta sfuggiva ai ricercatori del MIT<sup>22</sup>. La capacità di analizzare con velocità estrema quantità elevate di dati, può poi essere utilizzata nel settore finanziario, bancario, fiscale, del *marketing* e delle politiche antifrode. Quella legale è stata tra le professioni quella che sembra abbia tratto maggiori vantaggi dall'introduzione di ChatGPT.

Innanzitutto, ChatGPT-4 nelle prove LSAT americane (*Legal School Admission Test*) si è collocata nel 10% superiore dei candidati, con risposte esatte tra le 163 e le 170 su 200<sup>23</sup>.

---

<sup>16</sup> Sul complessivo tema dell'utilizzazione di ChatGPT nell'attuale contesto, v. G. LO SAPIO, *Le nuove frontiere dei sistemi di elaborazione del linguaggio naturale tra ChatGPT e dintorni*, in [Giustizia Amministrativa](#), 29 maggio 2023.

<sup>17</sup> R. BATTISTON, *ChatGPT a scuola non è un tabù*, in [la Repubblica](#), 20 aprile 2023.

<sup>18</sup> Così B. DI BELLO, *ChatGPT for dummies*, cit., 41

<sup>19</sup> B. DI BELLO, *ChatGPT for dummies*, 91.

<sup>20</sup> T. PERKINS, *Exploring generative AI: ChatGPT, Dall-E and the copyright conundrum in the UK*, in [Lexology](#), 30 marzo 2023.

<sup>21</sup> V. Large, *creative, AI models will transform lives and labour markets*, cit., 4.

<sup>22</sup> H. A. KISSINGER ET AL., *The Age of AI: And Our Human Future*, Boston, Little, Brown and Company, 2021

<sup>23</sup> B. L. SPURLOCK, *ChatGPT and the Legal Profession*, in [Duane Morris Blog \(Discovery Strategy and Data Analytics\)](#), 1° maggio 2023.

OpenAI ha poi finanziato una *startup*, Harvey, che si propone di “realizzare *Large Language Models* per studi legali di eccellenza, al fine di rispondere alle più complesse sfide giuridiche”. Uno dei maggiori studi, Allen & Overy (considerato il numero 11 a livello mondiale) è stato il primo a testare questo strumento, lanciato nel novembre 2022. Nel gennaio successivo, alla fine del periodo di prova, 3500 dei suoi avvocati avevano posto ad Harvey più di 40000 domande relative a questioni quotidianamente affrontate, divenendo strumento di uso diffuso presso questa ed altre società<sup>24</sup>.

È evidente che le domande e le risposte di carattere legale rivolte ad Harvey e a simili chatbot non potranno mai superare la capacità di comprensione, di analisi, di valutazione, di intuizione, di proposta e di mediazione di un bravo avvocato, che farà anche uso di tutta una serie di *soft skills* per meglio interagire con i propri clienti, con i colleghi e con i Collegi giudicanti. Ma è indubbio, e non solo nei paesi di *common law*, che un'estesa, approfondita e rapida ricerca di precedenti dottrinali e giurisprudenziali e la redazione di iniziali pareri potrà essere di assai significativo uso nella professione legale, cambiando consolidate prassi e metodi di lavoro. Vedremo però più avanti i rischi che può provocare una eccessiva fiducia in questo modello.

Vogliamo poi ricordare, e non solo come curiosità, che nell'aprile 2023 una corte pachistana ha utilizzato ChatGPT-4 come assistente in un procedimento penale: citando anche nelle motivazioni la risposta data dalla macchina<sup>25</sup>.

Per quanto riguarda la gestione delle risorse umane (HR), pur trovandoci in un settore in cui l'aspetto umano ha una sua assoluta prevalenza, i primi mesi di utilizzazione hanno posto in luce alcune aree in cui può essere utile il ricorso a ChatGPT. Ad esempio, la ricostruzione del percorso lavorativo di un soggetto (il suo reclutamento, la formazione, le attività successivamente svolte, gli obiettivi raggiunti o meno, le valutazioni, gli eventuali procedimenti disciplinari, gli encomi e i riconoscimenti ricevuti) possono essere con facilità ricostruiti dalla macchina e fornire la base per un processo valutativo, che non potrà poi naturalmente prescindere dalla successiva riflessione e dal giudizio umano<sup>26</sup>.

Un tema di accesa discussione è quello dell'utilizzazione di ChatGPT nell'ambiente scolastico e universitario.

Secondo un recente studio dell'Università di Cambridge, basato su interviste a più di 400 studenti, il 47,3% di essi ha riconosciuto di aver utilizzato questo e chatbot analoghi per il lavoro accademico. Addirittura, un quinto degli intervistati ha dichiarato di farne uso “spesso” o “sempre” nel proprio lavoro. Ciò ha indotto l'Università a dichiarare che “il contenuto prodotto da piattaforme di IA, come ChatGPT, non rappresenta il lavoro originale di uno studente e sarà quindi considerato come manifestazione di scorrettezza accademica da perseguire attraverso le procedure disciplinari dell'Università”<sup>27</sup>.

Il che non significa che uno studente o un ricercatore non possano utilizzare questo strumento nell'attività di studio o di ricerca. Come in altri campi, esso rimane un potente ausilio in questa e in tante altre attività intellettuali, che non potranno però prescindere dal successivo complesso, e faticoso, intervento di analisi, valutazione e produzione della mente umana.

Una capacità non sempre ricordata è quella che permette a ChatGPT di realizzare codici informatici, consentendo anche a soggetti senza rilevanti conoscenze tecniche la possibilità di costruire *websites*. Un *team* di OpenAI ha messo alla prova tale capacità, scrivendo su un fazzoletto di carta le caratteristiche che avrebbe voluto avere il programma informatico desiderato. Lo ha poi fotografato e “trasmesso” a ChatGPT; che ha realizzato il codice necessario per costruire il sito

---

<sup>24</sup> B. WODECKI, *Meet Harvey: AI Chatbot and Legal Assistant*, in [AI Business](#), 17 febbraio 2023.

<sup>25</sup> V. G. WYLESOL, *How generative models could go wrong*, in [The Economist](#) del 19 aprile 2023, 2.

<sup>26</sup> A. LLOYD e R. FORSYTH, *Artificial intelligence, ChatGPT and the decision making in the workplace*, in [Shoosmiths](#), 13 aprile 2023.

<sup>27</sup> Sul tema, v. S. THOMPSON e C. ORTHODOXOU, *Will the rise in students using ChatGPT lead to an increase in academic misconduct proceedings?* in [Kingsley Napley](#), 27 aprile 2023.

richiesto<sup>28</sup>. Possiamo solo intuire le prospettive, e i problemi, che questa possibilità apre creando un accesso estremamente semplificato e diffuso alla creazione di codici informatici.

Assai discussi sono, come prevedibile, i temi connessi alla produzione di testi, immagini, musica e video. Sono i campi in cui, lo vedremo tra breve, sorgono i maggiori problemi giuridici: dalla tutela della proprietà intellettuale ai *copyrights*, ai brevetti e al diritto d'autore; dalla *privacy* alla protezione dei minori; dai pregiudizi (*biases*) alla sicurezza informatica; fino alle questioni legate, nel campo della comunicazione, alla produzione di contenuti artatamente non veritieri (*fakes*) o pericolosi.

Per quanto riguarda la musica, ricordiamo ad esempio che una rete radiofonica olandese, VPRO, ha organizzato una gara europea sul modello di Eurovisione per canzoni create facendo uso dell'IA, prendendo dalla rete le "ispirazioni" necessarie; e che nell'aprile 2023 un utente di Tik Tok (una piattaforma che ospita brevi video creati dagli utenti) soprannominatosi "*Ghostwriter*", ha lanciato una canzone, *Heart on my sleeve*, poi ripresa da Spotify e Apple Music, generata dall'IA, che riproduceva lo stile musicale e l'interpretazione di due cantanti canadesi, Drake and The Weeknd, naturalmente all'oscuro di tutto<sup>29</sup>. Realizzazione musicale poi riproposta anche da ChatGPT e quindi contestata in sede giudiziaria dall'*Universal Music Group*", titolare dei diritti dei due cantanti. Dopo sei giorni la canzone, che solo su Tik Tok era stata ascoltata 8,5 milioni di volte, è stata rimossa dai siti ufficiali, rimanendo però ancora disponibile su diverse piattaforme. Non è stato questo l'unico caso e torneremo tra breve sulle diverse questioni legali sollevate da questa e da analoghe vicende.

Questioni che si pongono naturalmente in tutti i casi in cui, ad esempio, viene richiesto a ChatGPT di produrre storie, poesie, quadri o video "alla maniera di ....". Riuscendo a creare lavori spesso difficilmente distinguibili da quelli dei più famosi e, quasi sempre, ignari autori di riferimento.

Da ultimo, ricordiamo quello che nella vita quotidiana potrà forse portare a conseguenze significative anche sul piano dei rapporti sociali e personali, oltre che di quelli commerciali, della ricerca, della comunicazione e politici: il superamento delle differenze linguistiche grazie a processi di traduzione simultanea multilingue. La fine della "maledizione" di Babele.

Ci concentreremo ora sui rischi che può comportare l'uso di questa tecnologia. Senza dimenticare, li diamo a volte per scontati, i vantaggi grandi che possono invece derivare da un uso ragionato e prudente di essa. Ad alcuni abbiamo già accennato: e l'aspettativa di risultati positivi in tanti campi, a cominciare da quello della ricerca medica, ha indotto i mercati ad investire in maniera significativa nel campo dell'intelligenza artificiale generativa: gli investimenti nel settore sono infatti passati nel 2022 da 1,5 miliardi di dollari a 2,6 miliardi, con un incremento del 71%<sup>30</sup>.

Come accade spesso, tra l'esaltazione e la demonizzazione esiste una via intermedia che va sempre, con la necessaria prudenza, seguita. Ed a proposito di prudenza, ci sembra opportuno richiamare quelle che vengono definite le tre massime dell'uso di ChatGPT: non condividere con la macchina informazioni confidenziali; controllare sempre i risultati prodotti; non delegare alla macchina la riflessione e la valutazione dei dati<sup>31</sup>.

### 3. Rischi

Ci riserviamo di esaminare nella parte finale la più generale questione posta dalla diffusione sempre più ampia dell'intelligenza artificiale, e quindi anche di ChatGPT e simili, non tanto nei campi di maggiore applicazione (industriale, commerciale, della ricerca, della comunicazione, dell'intrattenimento e così via), quanto nelle conseguenze che la sua crescente pervasività crea nel

---

<sup>28</sup> T. PERKINS, *Exploring generative AI*, cit., 1

<sup>29</sup> C. VELTMAN, *When you realize your favorite new song was written and performed by AI*, in [npr](#), 21 aprile 2023; DENNEMEYER, THE IP GROUP, *Generative AI and the question of authorship*, in [Lexology](#), 23 maggio 2023.

<sup>30</sup> J. D. GLASER e L. NIEBLA, Mintz, *Benefits and legal risks of embracing Generative AI applications*, in [Mintz](#), 5 aprile 2023.

<sup>31</sup> C. JOHN, *UK: ChatGPT, Generative AI and the Law*, in [Gatehouse Chambers](#), 30 maggio 2023.

rapporto con l'identità umana, le sue caratteristiche, i suoi fini, la sua potenziale (o meno) replicabilità.

Qui vogliamo più semplicemente indicare quei rischi, di prevalente carattere giuridico, che un uso non meditato e non controllato di ChatGPT può comportare.

Ne facciamo, in premessa, un sommario elenco.

E dobbiamo allora considerare le possibili violazioni della proprietà intellettuale (IP), dei *copyrights*, del diritto d'autore e dei brevetti; la violazione dei segreti commerciali o industriali e più in generale il tema della sicurezza informatica (*cybersecurity*); la necessità di tutelare la riservatezza dei dati (*privacy*), in particolare di quelli personali sensibili; l'effetto negativo che un accesso indiscriminato e non controllato alla rete può comportare per i minori e le persone più deboli; la facilitazione delle truffe *online*; l'influenza che notizie e informazioni non adeguatamente verificate possono avere sul piano delle convinzioni, delle emozioni, dei comportamenti e delle scelte elettorali degli ordinari utenti, specialmente quando ci si trovi di fronte a vere e proprie falsificazioni (*fakes*), rese oggi possibili anche attraverso manipolazioni audio-visive che creano fenomeni disinformativi nocivi per la sicurezza nazionale e la coesione sociale; ancora, va ricordata la presenza nelle risposte, voluta o accidentale, di pregiudizi (*biases*), stereotipi o discriminazioni di diversa natura<sup>32</sup>; e quei "comportamenti", frequenti in ChatGPT e simili, definiti *hallucinations*, che si verificano quando la macchina, pur di dare una risposta, fornisce "volutamente" contenuti falsi, imprecisi o irrilevanti<sup>33</sup>. Quanto ora detto, potrà poi naturalmente comportare rilevanti conseguenze sul piano della *liability* per tutti i diversi soggetti interessati.

Veniamo ora alle questioni legate alla tutela della proprietà intellettuale, e delle figure ad essa connesse, nella fase di estrazione dei dati.

#### 4. Proprietà intellettuale, copyrights e brevetti nell'acquisizione dei dati (input)

Abbiamo già ricordato come ChatGPT sia alimentata sia con i dati inseriti nella fase dell'addestramento (*training*), sia con quelli estratti dalla rete anche grazie ai processi associativi frutto delle esperienze acquisite dalla macchina.

È evidente che le società che gestiscono il sistema sono pienamente consapevoli dei rischi che può comportare questa "raschiatura" incontrollabile di dati dal web (il c.d. *scraping*). Per dare un'idea di cosa stiamo parlando, sul sito di Reddit (una rete di comunità) vengono postati 41 commenti al secondo; su Instagram, sempre ogni secondo, sono caricate 1100 immagini; nello stesso spazio temporale su Spotify vengono caricati 46 brani musicali. I dati in possesso di Google (Alphabet), Meta, Amazon e Microsoft ammonterebbero a 1,2 milioni di terabytes<sup>34</sup>. Tutti dati, questi, teoricamente a disposizione per addestrare ed aggiornare ChatGPT e simili.

Senza ripetere quanto sopra detto, ricordiamo nuovamente i rischi derivanti in questa fase dalla violazione dei diritti di proprietà intellettuale dei dati raccolti; o quelli che possono nascere dal mancato rispetto della *privacy* relativamente alle informazioni reperite in rete; o ancora le conseguenze della pubblicazione di contenuti erronei o pericolosi.

Da qui le "cautele" che accompagnano l'utilizzazione di ChatGPT inserite nei *Terms of Use* (ToU) da OpenAI, che i clienti dovranno accettare per accedere al sistema.

---

<sup>32</sup> A proposito di pregiudizi ricordiamo, pur se riferito all'intelligenza artificiale nel suo complesso, il software COMPAS (Correctional Offender Management Profiling) sviluppato da un'agenzia privata (Equivant) utilizzato in diversi stati nordamericani per determinare la possibilità che un imputato ha di commettere nuovamente un reato. Da più parti il valore predittivo di questo strumento è stato fortemente criticato proprio per la rilevante quantità di dati basati su pregiudizi su cui esso opera.

<sup>33</sup> Come esempio, ricordiamo le sentenze completamente inventate da ChatGPT in risposta alla richiesta di precedenti giudiziari avanzata da un legale americano: v. M. GAGGI, *L'avvocato in aula che si sbaglia e cita sentenze fasulle*, in *Corriere della Sera*, 29 maggio 2023, 11, su cui torneremo più avanti.

<sup>34</sup> L. MENDOLA, *Scraping to train Artificial Intelligence Is Raising Issues*, in *GALA*, 15 giugno 2023.

L'intento di OpenAI, e delle analoghe società, è quello di escludere qualsiasi responsabilità propria sia nella fase dell'*input*, quella della ricerca e dell'acquisizione dei dati, che in quella della gestione dei risultati ottenuti, l'*output*. Ed allora nei ToU leggiamo che “tu” (utilizzatore) “sei proprietario di tutti gli *input* e, nel rispetto dell'adesione ai presenti Termini, OpenAI ti trasferirà tutti i suoi diritti, titoli e interessi relativi agli *output*”<sup>35</sup>. OpenAI conserva i soli diritti necessari per provvedere e mantenere il servizio (compreso il *training*) attraverso i dati acquisiti.

Ancora, nei TOU si precisa che l'*output* potrebbe non essere di proprietà di un singolo utilizzatore, in quanto “in relazione alla natura del servizio l'*output* potrà non essere unico”: a domande simili potranno essere date risposte simili e nessuno degli utilizzatori potrà pretendere un diritto di proprietà esclusivo sui risultati, che neanche in questo caso potrebbero comunque essere imputati ad OpenAI.

Viene ulteriormente precisato che le domande poste potranno essere utilizzate a fini di addestramento, e divenire quindi parte della risposta fornita a soggetti diversi. Una mancanza di garanzia di riservatezza che dovrebbe indurre i richiedenti a grande cautela nel fornire, nella domanda, dati riservati, pur se ritenuti necessari per la risposta<sup>36</sup>.

Ancora, nei ToU si precisa che un soggetto che intenda pubblicare i risultati di una ricerca effettuata tramite ChatGPT potrà farlo nel rispetto di alcune condizioni: che il contenuto pubblicato sia attribuito chiaramente al soggetto che lo diffonde; che sia indicato il ruolo dell'Intelligenza Artificiale nel crearlo; che non siano violati i ToU e, più in generale, la politica redazionale di OpenAI.

Tutto ciò manifesta da parte di OpenAI una piena consapevolezza dei potenziali rischi sopra più volte ricordati; nonché la volontà di limitare al massimo la propria responsabilità in caso di eventuali controversie.

E controversie ve ne sono state, e numerose.

Ad esempio, Midjourney, StabilityAI e DeviantArt sono state citate per violazione di *copyright*, concorrenza sleale e lesione dei diritti di pubblicità in relazione all'acquisizione in rete di dati tutelati; Getty Images, una società che custodisce e commercializza un ingente patrimonio di foto e video, è a sua volta ricorsa alla giustizia americana e a quella britannica contro StabilityAI per l'uso, non concordato, di oltre 12 milioni delle proprie immagini<sup>37</sup>. Le artiste Sarah Anderson, Kelly McKernan e Sarah Ortiz hanno a loro volta chiamato in causa StabilityAI e Midjourney per l'uso di immagini coperte da *copyright* rinvenute su internet senza una preventiva autorizzazione<sup>38</sup>. E potremmo continuare.

Non esistono tuttavia al momento, in alcun paese, definitive pronunce in sede giudiziaria.

In opposizione ai ricorsi avanzati, quasi tutte le società chiamate in giudizio si sono rifatte all'eccezione di “*fair use*” o “*fair dealing*”, l'utilizzazione corretta cioè di dati messi in rete. Nel diritto anglosassone (la quasi totalità dei ricorsi è stata avanzata negli Stati Uniti o nel Regno Unito) i confini per l'accoglimento di tale eccezione sono tuttavia assai ristretti: i dati debbono essere estratti da un soggetto che ne abbia diritto; debbono essere usati per finalità di insegnamento o di ricerca e non per uso commerciale; ne deve essere indicata la fonte<sup>39</sup>.

Una linea difensiva che potrebbe però essere rafforzata, per quanto riguarda appunto l'uso di dati “tutelati” rinvenuti in rete, dal carattere “trasformativo” del prodotto successivamente realizzato in base ai dati stessi. Si tratterebbe cioè di dimostrare che non si tratta di una semplice riproposizione di quanto trovato, bensì di un prodotto che modifica l'originale in modo nuovo e significativo,

---

<sup>35</sup> R. E. DREBEN e M.T. JULYAN, *General Artificial Intelligence and Copyright Current Issues*, in [Morgan Lewis](#), 23 marzo 2023.

<sup>36</sup> Alla luce di questi rischi, diverse società tra cui Apple, Amazon, Samsung e JPMorgan Chase hanno proibito ai propri dipendenti di far uso di strumenti di IA generativa come ChatGPT.

<sup>37</sup> E. DREBEN e M.T. JULYAN, *General Artificial Intelligence*, cit., 3

<sup>38</sup> B.C. STASA, *Human creators vs. Generative AI: a clash of copyrights and innovation*, in [Brooks](#), 19 aprile 2023.

<sup>39</sup> R. TRIGG ET AL., *Creative AI: how sourcing data for training AI tests UK and UE intellectual property rules*, in [Osborne Clark](#), 24 aprile 2023.

cogliendone l'ispirazione ma arricchendolo di elementi ulteriori. È evidente che occorrerà valutare caso per caso ciò che risulterà effettivamente realizzato, e il suo reale grado di difformità rispetto a quanto reperito in rete<sup>40</sup>.

L'uso dei dati coperti da *copyright* potrebbe poi trovare giustificazione nell'ulteriore eccezione del *Text and Data Mining* (TDM), una tecnica automatica di analisi che analizza testi e dati in forma digitale per generare informazioni e che consente al sistema di perfezionare ed arricchire le proprie prestazioni ricorrendo, anche senza preventiva autorizzazione, alle risorse rinvenibili nel *web*. Una eccezione, questa, introdotta nel Regno Unito nel 2014, ma anche qui a fini di ricerca e non commerciale.

Nel giugno 2022 l'UK Intellectual Property Office aveva reso nota l'intenzione di voler consentire tale eccezione anche in caso di uso commerciale. Iniziativa però mai portata avanti a causa della decisa opposizione delle case editrici, e più in generale di quelle creative, che paventavano un uso indiscriminato, e non retribuito, dei prodotti di loro proprietà<sup>41</sup>. Nel marzo del 2023, il governo inglese ha però nuovamente manifestato l'idea di un codice di comportamento che allarghi la possibilità di utilizzo dei dati in rete ai fini del *Text and Data Mining*, spostando la tutela dei dati stessi alla fase successiva a quella della ricerca e dell'elaborazione dei dati: quella cioè dell'utilizzazione dei testi prodotti (*output*)<sup>42</sup>. Anche per quanto riguarda l'Unione Europea, gli articoli 3 e 4 della *EU Digital Single Market Copyright Directive* del 2019 prevedono l'eccezione di cui stiamo trattando, salvo che il titolare dei diritti non abbia espressamente negato tale possibilità in modo esplicito come, ad esempio, nelle Condizioni d'uso<sup>43</sup>. Modifiche alla disciplina esistente, in senso maggiormente garantista per i titolari dei dati, saranno probabilmente introdotte in sede di approvazione del nuovo Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale (AI Act)<sup>44</sup>, attualmente oggetto del "trilogo" tra Parlamento, Commissione e Consiglio. Vi accenneremo più avanti.

Negli Stati Uniti non esiste invece l'eccezione del TDM, e il problema è quindi vedere se può farsi ricorso a quella del *fair use*. I precedenti giudiziari sembrano al momento favorevoli al riconoscimento di quest'ultima figura<sup>45</sup>. Come si può notare, siamo comunque in un campo di grande incertezza: sembra esservi una vera e propria "pesca a strascico" di dati in rete, coperti o meno da *copyright* o da analoghe forme di tutela; le società che forniscono i servizi sono portate a declinare le proprie responsabilità e a lasciarle a carico degli utenti; si moltiplicano le chiamate in giudizio e la linea difensiva si basa oggi principalmente sul *fair use* o *fair dealing*, sul *Text and Data Mining* e sul carattere "trasformativo" che in ogni caso subirebbero i dati "pescati" in rete in vista di una loro successiva utilizzazione. La mancanza di un chiaro quadro di riferimento normativo, non aiuterà certamente la magistratura nelle sue decisioni. E va ricordato come reazioni assai forti allo *scraping* si siano già manifestate. Ad esempio, Elon Musk ha minacciato un'azione legale contro Microsoft per l'uso dei dati "raschiati" da Twitter; e Reddit ha comunicato che d'ora in avanti farà pagare per l'accesso e l'utilizzazione dei propri dati<sup>46</sup>.

### 5. I risultati prodotti (output) e il requisito dell'originalità

Togliamo dal campo l'ipotesi estrema della riproposizione per fini commerciali, grazie a ChatGPT e simili, di un testo, di una immagine, di una canzone, di un video o di un codice informatico che

---

<sup>40</sup> B.C. STASA, *Human creators vs. Generative AI*, cit., 2

<sup>41</sup> H. ARMSTRONG ET AL., *Generative AI and intellectual property rights—the UK government's position*, in [RPC](#), 3 maggio 2023.

<sup>42</sup> H. ARMSTRONG ET AL., *Generative AI and intellectual property rights*, cit., 2.

<sup>43</sup> D. ALEXANDRE ET ALII, *Art(ificial) Intelligence imitates life: IP infringement risks presented by Generative AI*, in [SCL](#), 24 marzo 2023

<sup>44</sup> W. YAU, *Feed the robot; starve the copyright owners*, in [Haldanes](#), giugno 2023.

<sup>45</sup> B. DIPPENAAR, *ChatGPT and AI: navigating uncharted copyright territory*, in [ENSight](#), 12 giugno 2023.

<sup>46</sup> L. MENDOLA, *Scraping to train Artificial Intelligence*, cit., 2.

siano esattamente uguali a quelli rinvenuti in rete e tutelati nelle forme previste. La protezione delle opere originarie sarà in questo caso completa, presso qualsiasi ordinamento che tuteli la proprietà intellettuale<sup>47</sup>. Ci si potrà solo eventualmente appellare, come sopra ricordato, alle eccezioni di *fair use* o di *Text and Data Mining*.

I problemi si pongono quando ci troviamo davanti ad opere che, pur non essendo identiche a quelle originali, ne presentano diffusamente i caratteri. Sono opere che “derivano” senza cambiamenti significativi da quelle rinvenute, senza operare neanche quella “trasformazione” che potrebbe giustificare una qualche protezione<sup>48</sup>.

In tutti gli ordinamenti, un lavoro per godere della tutela di *copyright* deve presentare caratteri di originalità (affronteremo tra breve il connesso e più recente problema della necessità ulteriore di una derivazione “umana” del prodotto).

Nel Regno Unito, ad esempio, l’originalità deve manifestarsi attraverso la libera creatività dell’autore ed esprimere il suo “*personal touch*”. Una posizione analoga, oltre che negli Stati Uniti, la troviamo anche nell’Unione Europea nella parte in cui, specialmente in sede giurisdizionale, si fa più volte riferimento ad una “personale creazione intellettuale”. In Cina, ai fini della tutela “in campo letterario, artistico e scientifico”, deve trattarsi di un lavoro “originale”, “espresso in una forma definita”, e realizzare un “risultato intellettuale”<sup>49</sup>. Nel nostro paese, la legge 663 del 1942 sul diritto d’autore richiede anch’essa come requisiti l’originalità e la novità oggettiva<sup>50</sup>.

L’elemento tecnologico che ha arricchito, e complicato, il requisito della originalità come premessa alla tutela del *copyright* è che, lo abbiamo più volte ricordato, è oggi possibile produrre testi, immagini e così via “nello stile di ...”, basandosi su un numero elevatissimo di esempi disponibili in rete.

Abbiamo prima ricordato il caso della canzone *Heart on my sleeve*, creata facendo uso dell’Intelligenza Artificiale “nello stile” dei cantanti Drake and The Weeknd senza il loro assenso. Ma diversi sono gli esempi che potremmo ricordare: il robot “Shimon” che, avendo immagazzinato migliaia di brani musicali da Beethoven a Lady Gaga, è capace di produrre opere nello stile desiderato; la chatbot Xiaoice, sviluppata da Microsoft, che può creare poesie utilizzando gli esempi di centinaia di poeti; i dipinti realizzati da Busker, un pittore robot creato da Paolo Gallina, seguendo lo stile di un determinato autore. E così via<sup>51</sup>.

Anche qui è evidente che in attesa di una, peraltro difficile da realizzare, disciplina normativa occorrerà di volta in volta comprendere quando il riferimento allo “stile” di un autore travalichi nel reato di plagio. D’altro canto, le diverse “scuole” letterarie, poetiche, pittoriche, musicali e così via hanno sempre tratto ispirazione da maestri e da canoni condivisi: e non si parla certo di plagio quando elementi di ispirazione comune uniscono autori, magari anche di diverse epoche. Spetterà al critico, e se necessario al giudice, valutare allora se ci si trovi davanti ad una elaborazione autonoma, con caratteri di originalità propria, di una precedente opera di cui si condivide la poetica o invece ad una mera, fraudolenta, sostanziale riproposizione di un tutelato lavoro.

Ma accanto a quello della originalità, il problema ulteriore che pone l’uso dell’intelligenza artificiale generativa come ChatGPT è oggi quello della necessità o meno che un’opera, oltre a detta originalità, debba avere per essere tutelata anche una necessaria derivazione umana.

---

<sup>47</sup> C. BO, *Artistico o artificiale? I risultati delle IA generative sono straordinari. Sono anche legali?* in [Studio Previti](#), 29 marzo 2023.

<sup>48</sup> C. BO, *Artistico o artificiale?* cit., 2

<sup>49</sup> Su questi elementi comparatistici, v. A. HAYWARD ET AL., *He IP in AI: does copyright protect ai-generated works*, in [Herbert Smith Freehills](#), 16 maggio 2023.

<sup>50</sup> V. M.A. FADDA ET AL., *ICT Legal Consulting, Diritto d’autore e intelligenza artificiale generativa*, in [Lexology](#), 28 marzo 2023. Viene qui anche ricordata un’ordinanza della Cassazione (la n. 1107 del 16 gennaio 2023) che, in relazione alla “proteggibilità” di un’opera, ritiene essenziale distinguere tra opere generate attraverso l’IA nelle quali l’opera umana assuma un rilievo significativo e quelle in cui tale apporto sia invece marginale.

<sup>51</sup> V. A. SURACE, *Artificial Intelligence and copyright: how to handle works created by a robot?* in [Bugnion](#), 8 maggio 2023.



## 6. La questione della “umanità” dell’autore

Nella legislazione europea non si rinviene una puntuale definizione di “autore”. La Corte di Giustizia ha ritenuto (Case C-683/17 *Cofemel*) che oltre al carattere di originalità un lavoro debba altresì manifestare la personalità dell’autore, che si esprime attraverso le sue intuizioni e scelte creatrici<sup>52</sup>. Questa definizione non chiarisce *a priori* se l’autore debba necessariamente essere umano, pur se lascia intuire un orientamento nel suo riferirsi alla “personalità”.

Complicata è anche la situazione nel Regno Unito. Qui il punto di partenza è il comma 3 della Sezione 9 dell’*UK Copyright Designs and Patent Act* del 1988 che, per quanto riguarda i lavori generati da un computer, prevede che “l’autore sia considerato la persona da cui sono stati posti in essere gli elementi (*arrangements*) necessari per la creazione del lavoro”. Senza voler approfondire l’esame di questa norma, ricordiamo che in base ad essa la giurisprudenza (*Nova Production Ltd v. Mazooma Games Ltd*, 2007, relativa alla rappresentazione grafica di un gioco di biliardo) ha ritenuto di identificare come titolare del *copyright* delle immagini generate dalla IA il creatore (il programmatore) della tecnologia che ha realizzato la grafica del gioco in questione. Anche qui però nella presunzione che il creatore fosse un umano<sup>53</sup>, e che il risultato finale fosse stato “*computer aided*”, con uno spazio lasciato comunque agli umani, e non “*computer generated*”<sup>54</sup>.

Come accertarsi allora che ci si trovi davanti ad un “aiuto” fornito dal computer ad un ricercatore umano e non invece alla “generazione” di un risultato interamente dovuto ad esso computer. È questo al di là, lo vedremo, delle prospettazioni avanzate dalle parti interessate. È un tema che ci conduce alle cosiddette “*black boxes*”, alle “scatole nere” all’interno delle quali si sviluppano algoritmi che guidano processi di ricerca, di associazione e di produzione di risultati incomprensibili per gli umani e quindi non da loro controllabili. Una difficoltà di comprensione che rende al momento, in diversi casi, difficile avere la certezza che un prodotto sia stato generato dalla macchina, o se questa sia stata invece un semplice strumento per agevolare la creatività umana. Complicando la ricerca del regime giuridico da adottare. Ritorneremo a breve su questo argomento.

Riprendiamo comunque ora il profilo comparatistico. Anche negli Stati Uniti il quadro non è chiaramente definito e resta aperto ad interpretazioni diverse. Tra febbraio e marzo del 2023 l’US Copyright Office (USCO) si è pronunciata sul caso di un fumetto, “Zarya of the Dawn”, realizzato da un umano ma contenente immagini generate da Midjourney, un programma che produce appunto immagini a richiesta. La selezione e l’*editing* di tali immagini era stata posta in essere da un umano. In un primo momento l’USCO aveva riconosciuto all’insieme del lavoro la tutela del *copyright*. Ma avendo successivamente appreso che alcune delle immagini erano state appunto generate da Midjourney facendo uso dell’IA, ha riconosciuto il *copyright* al lavoro nel suo insieme, frutto dell’attività di predisposizione e di coordinamento umana, negandolo però alle singole immagini prodotte autonomamente grazie all’IA<sup>55</sup>. Nelle sue linee guida di marzo, l’USCO afferma che: “Se in un lavoro gli elementi tradizionali della “autorialità” sono il prodotto di una macchina, il lavoro mancherà di “autorialità” umana, e l’Ufficio non lo registrerà”<sup>56</sup>.

L’Unione Europea, impegnata da quasi tre anni nella definizione di un quadro normativo complessivo sulla intelligenza artificiale, ha visto la Commissione Libertà Civili e quella sul Mercato Interno del Parlamento Europeo richiedere l’11 Maggio 2023 alcune modifiche al testo della proposta di Regolamento avanzata dalla Commissione. Il 15 giugno il Parlamento, nell’approvare la sua *Draft Regulation*, ha accolto queste proposte. In base al testo approvato, ora oggetto del trilogico con Commissione e Consiglio, si renderà obbligatoria non la sola l’indicazione del fatto che il contenuto

<sup>52</sup> D. ALEXANDRE ET ALII, *Art(ificial) Intelligence imitates life*, cit., 3

<sup>53</sup> T. PERKINS, *Exploring generative AI*, loc. cit.,

<sup>54</sup> V., in senso più possibilista rispetto al riconoscimento al creatore della piattaforma anche dei lavori interamente generati dall’IA, J.J. SHAW, *AI 101: Who owns the output of generative AI?* in *Lewis Silkin*, 2 febbraio 2023.

<sup>55</sup> E. DREBEN e M.T. JULYAN, *General Artificial Intelligence*, loc. cit.

<sup>56</sup> R. KEMP, *AI Foundation Models and Intellectual Property*, cit., 2.

è stato generato dall'IA; ma anche la pubblicazione di un sommario dei lavori coperti da *copyright* utilizzati a fini di *training* nei modelli di IA generativa, in base alla ricordata eccezione TDM di cui alla Direttiva 2019/790<sup>57</sup>. In questo modo i legittimi titolari dei diritti relativi alle opere “pescate” potranno ricevere un adeguato indennizzo<sup>58</sup>. Ancora, i titolari dei diritti di *copyright* dovrebbero avere la possibilità di “*opt out*”, ovvero di negare l'utilizzazione dei propri dati, senza un espresso consenso<sup>59</sup>.

Per quanto riguarda l'Italia abbiamo ricordato (v. nota 50) una recente ordinanza della Corte di Cassazione (la n.1107 del 16 gennaio 2023) che si è espressa, sia pure in via incidentale, sulla possibilità di attribuire carattere di creatività ad un'opera realizzata attraverso l'uso di un *software*<sup>60</sup>. Richiamando la legge 663 del 1942 sul diritto d'autore, la Corte ribadisce tuttavia essere necessario per tutelare l'opera dell'ingegno “che sia riscontrabile in essa un atto creativo”, e che “l'opera rifletta la personalità del suo autore”.

Il semplice utilizzo di un *software* nel creare un'immagine o un testo non è “certamente sufficiente” per negare il carattere di creatività all'opera. Si dovrà tuttavia di volta in volta “verificare se l'uso dello strumento (abbia) assorbito l'elaborazione creativa dell'artista che se ne era avvalso”. Come negli altri ordinamenti sopra richiamati, si tratterà anche qui di valutare nei singoli casi l'intensità e la qualità dell'apporto umano nella creazione dell'opera. Ove si riscontrasse però una prevalenza, se non una esclusività, dell'intervento della macchina rispetto a quello umano, il carattere di originalità non sarebbe da solo sufficiente a tutelare l'opera. La Corte fa infatti proprio il tradizionale orientamento in base al quale, oltre alla originalità, un'opera per essere tutelata deve essere, come ricordato, creativa, cioè espressione della personalità dell'autore: frutto certamente delle sue conoscenze, ma anche dei sentimenti, della sensibilità e dell'intuizione da sempre caratteristiche dell'espressione artistica umana.

Al momento, pertanto, sembra possibile che le opere create attraverso sistemi di IA ricevano da noi tutela, ma attraverso l'individuazione di un soggetto umano che abbia in qualche modo partecipato alla loro realizzazione e a cui andrà attribuito il *copyright*.

Resta aperto in tutti gli ordinamenti, lo ripetiamo ancora, il problema del saper riconoscere quando un'opera nella sua interezza o nella sua prevalenza sia attribuibile all'intervento di un sistema di intelligenza artificiale (*computer generated*). E collegato a questo, una volta accertato che l'opera sia stata in effetti generata dal computer, quello del riconoscere o meno alla macchina i relativi diritti e responsabilità<sup>61</sup>.

Su questo tema nei mesi scorsi sono intervenute interessanti decisioni giudiziarie nel mondo anglosassone, che si rifletteranno non solo sulla questione del riconoscimento di un diritto ma anche, appunto, su quello egualmente rilevante della identificazione dei soggetti cui attribuire la responsabilità (*liability*) dei risultati prodotti: una responsabilità, abbiamo visto, che le società cercano al momento, nelle loro Condizioni d'uso, di imputare agli utilizzatori.

## 7. Il caso Thaler-Dabus

È, nel mondo dell'Intelligenza Artificiale, una *cause célèbre* sul tema della brevettabilità di una invenzione generata dall'IA.

---

<sup>57</sup> H. A. KURTH, *European Parliament Agrees on Position on the AI Act*, in [Lexology](#), 15 giugno 2023.

<sup>58</sup> F. GAGLIARDELLI, *Artificial Intelligence and copyright: the European Parliament's new legislation*, in [Bugnion](#), 31 maggio 2023.

<sup>59</sup> Sui problemi dell'applicabilità delle norme proposte dal Parlamento Europeo, ivi compresa quella sull'*opt out*, v. R. BARKER, *Slaughter and May, Generative AI - opening the black box?* in [The Lens](#), 25 maggio 2023.

<sup>60</sup> V. sul tema R. TRAINA CHIARINI, *Può essere protetta l'opera creata da A.I. ? La questione arriva in Cassazione*, in [Altalex](#), 1° marzo 2023.

<sup>61</sup> A. LEUNG, *Creative Machines? The riddle of copyright authorship and ownership*, in [Haldanes](#), 6 giugno 2023.

Il Dr. Stephen Thaler, un pioniere americano nel campo dell'Intelligenza Artificiale, ha presentato in diversi paesi domanda di brevetto per due invenzioni: un contenitore per alimenti a forma di frattale e un dispositivo di segnalazione ad alta visibilità. Punto centrale è che l'inventore non avrebbe dovuto essere considerato Thaler, bensì DABUS (*Device for the Autonomous Bootstrapping of Unified Science*), un sistema di IA creato da Thaler stesso e concepito proprio con il fine di creare "cose" senza intervento umano, che si limiterebbe quindi a fornire dati, ma non istruzioni, al sistema. I due prodotti sopra richiamati sarebbero pertanto autonomo frutto dell'attività di ricerca, associazione e generazione dei risultati operata dalla macchina<sup>62</sup>.

Nel presupposto, comunemente riconosciuto, che la domanda di brevetto possa essere presentata da un soggetto diverso dall'inventore, vediamo come si è sviluppata la vicenda nei diversi paesi ove Thaler ha condotto la sua azione<sup>63</sup>.

#### *Australia.*

In prima istanza l'Ufficio Brevetti Australiano respingeva la richiesta di brevetto. Il giudice di primo grado, presso il quale era stata avanzato ricorso avverso la decisione dell'Ufficio suddetto, il 30 giugno 2021 riteneva invece, alla luce del "*Patent Act*" del 1990, che "nessuna norma esclude che un inventore possa essere un sistema o uno strumento di Intelligenza Artificiale". Il 13 aprile 2022 la Sessione Plenaria della Corte Federale, ribaltando la decisione di primo grado, stabiliva unanimemente che "l'origine del diritto alla concessione di un brevetto si fonda sull'impegno (*endeavour*) umano".

#### *Unione Europea.*

L'*European Patent Office* (EPO) respingeva la richiesta di Thaler, ritenendo che la *European Patent Convention* richiedesse che un inventore non potesse che essere una persona umana. Il 21 dicembre 2021 la Corte d'Appello dell'EPO, condividendo la decisione dell'Ufficio, ribadiva che un inventore dovesse essere una persona o comunque un soggetto titolare di capacità legale.

#### *Germania.*

L'11 novembre 2021 l'Ufficio Tedesco dei Brevetti respingeva anch'esso la richiesta di Thaler dichiarando che le invenzioni generate dall'IA sono sì brevettabili, ma che inventore deve essere riconosciuto un soggetto umano.

#### *Israele.*

La richiesta di brevetto avanzata da Thaler veniva respinta il 15 marzo 2023 dall'*Israel Patent Office*.

#### *Sud Africa.*

Diversa la decisione dell'Ufficio Brevetti Sudafricano, che il 28 giugno 2021 accoglieva la richiesta di Thaler. Va comunque ricordato che in quel paese il controllo sulla richiesta di brevettabilità è meramente formale, e che si è in attesa di eventuali ricorsi in secondo grado.

#### *Regno Unito*

L'*Intellectual Property Office* (IPO) ha inizialmente rifiutato di pronunciarsi, ritenendo che la richiesta non contenesse i presupposti validi per un suo intervento. Presentato da Thaler ricorso, l'*High Court* riteneva che il *Patent Act* del 1997 stabilisse con chiarezza che l'inventore dovesse essere una persona, respingendo quindi la richiesta. La Corte d'Appello, il 21 settembre 2022 confermava la decisione di primo grado.

Si è attualmente in attesa delle decisioni della Corte Suprema, che il 2 marzo 2023 ha tenuto la sua udienza conclusiva.

#### *Stati Uniti*

L'*United States Patent and Trademark Office* (USPTO) respingeva inizialmente la richiesta di Thaler, anche qui nel presupposto che la legislazione vigente "richiede che un inventore sia una

---

<sup>62</sup> B. MARONE, G. PINOTTI e A. SANTOSUOSSO, *L'AI può essere autore o inventore?* in [Agenda Digitale](#), 11 aprile 2023.

<sup>63</sup> Per una più completa descrizione della vicenda Thaler in sede di giudizio, v. K. EGBUONU, *The latest news on the DABUS patent case*, in [Ip Stars](#), 25 aprile 2023.

persona naturale”. In sede di appello, la *Virginia Eastern District Court* confermava la decisione dell’USPTO, riconoscendo però che il progresso tecnologico potrebbe in futuro rafforzare il processo creativo da parte dell’IA ed indurre auspicabilmente il legislatore ad individuare una più aggiornata normativa. La decisione finale è stata comunque assunta dalla Corte Suprema americana che, il 24 aprile 2023, confermava che un brevetto poteva essere rilasciato solo ad un inventore umano, e che quindi DABUS non poteva essere legalmente considerato il creatore delle due invenzioni da Thaler ad esso attribuite<sup>64</sup>.

Restano aperti gli analoghi procedimenti iniziati da Thaler in Brasile, Canada, Cina, India, Giappone, Nuova Zelanda, Repubblica di Corea, Arabia Saudita, Singapore, Svizzera e Taiwan. Sembra difficile che possa essere ribaltato l’orientamento contrario al riconoscimento, adottato quasi unanimemente nei giudizi sopra riportati. Resta però il problema di una necessaria riflessione su un tema che ha non solo rilevanza giuridica, ma pone anche delicate questioni etiche. E non possiamo non riportare, per debito informativo, quanto ascoltato in un convegno sul tema, organizzato il 23 aprile 2023 dallo studio legale Bristow, nel corso del quale si è posta la domanda se questo atteggiamento di chiusura relativo al riconoscimento della “creatività” alle opere create dall’IA non fosse ancora una volta espressione dell’arroganza umana, nel presupposto che solo gli esseri umani possano essere, appunto, creativi<sup>65</sup>. Questione certamente controversa.

## 8. Tutela della privacy

Diversi sono, lo abbiamo visto, i modi attraverso i quali ChatGPT e simili possono acquisire dati personali: attraverso il *training*; nel corso delle interazioni con gli utilizzatori, a cominciare dalle domande (*prompts*) che vengono rivolte; nella più generale attività di ricerca dei dati in rete (*scraping*).

Un caso particolare rispetto alle acquisizioni di carattere generale è quello in cui, per meglio personalizzare una risposta, nella domanda rivolta da uno studio professionale sono inseriti dati relativi ad un cliente: dati che potrebbero essere utilizzati dal sistema per fornire risposta ad analoghe, successive domande di soggetti diversi, favorendo così una loro possibile conoscenza da parte di eventuali competitori.

Tutti i dati disponibili potranno comunque essere individuati e catalogati grazie a processi associativi che legano ad esempio razza, genere, salute, livelli educativi e di reddito determinando non solo una loro diffusione non autorizzata, ma anche meccanismi incontrollabili di profilazione o predittivi<sup>66</sup>.

Non tutti i dati sono immediatamente utilizzati per il training o messi in circolazione. Essi saranno disponibili nei meandri della rete ma non ancora fruibili, in un limbo che ricorda il paradosso del gatto di Schrödinger in quanto, pur presenti in ChatGPT, non si sa ancora se sono o rimarranno segreti: e questo fino al momento della loro eventuale utilizzazione<sup>67</sup>. Ma il problema rimane anche se i dati resteranno, magari per un tempo indefinito, in questo limbo; e la *privacy* dei soggetti che li hanno, consapevolmente o meno, diffusi risulterà comunque a rischio.

Come ci si può allora tutelare? In primo luogo, è evidente, attraverso un’estrema prudenza nell’uso di strumenti con capacità generativa come ChatGPT e simili. E abbiamo già detto che diverse importanti società impediscono ai loro dipendenti l’utilizzazione di queste tecnologie, in quanto la stessa formulazione dei *prompts* attraverso il linguaggio naturale può favorire la diffusione di notizie

---

<sup>64</sup> K. O’CONNELL ET AL., *DABUS dismissed again! United States Supreme Court declines to consider whether AI can be an inventor*, in [King&Wood Mallesons](#) 27 aprile 2023.

<sup>65</sup> N. MANGROLA, *What a time to be (AI)live! What’s next for generative AI?* in [Bristows](#), 9 maggio 2023

<sup>66</sup> R. K. SCHLOSSBERG ET AL., *What is generative AI and how does it work?* in [Lexology](#), 24 maggio 2023.

<sup>67</sup> V. PUYA PARTOW-NAVID ET AL., *Spilling secrets to AI: does chatting with ChatGPT unleash trade secret or invention disclosure dilemmas?* in [JdSupra](#), 18 aprile 2023.

riservate, o quanto meno dare ai competitori elementi sugli obiettivi e sugli indirizzi di ricerca di una azienda.

Ma, a parte queste elementari misure, il quadro difensivo è reso più complicato dalle cautele che le società, consapevoli dei rischi in cui possono incorrere, inseriscono nelle Condizioni d'uso. Come già ricordato, con l'accettazione di tali Condizioni gli utenti acconsentono a che ChatGPT utilizzi tutti gli elementi e le informazioni desumibili dai *prompts* a fini di addestramento e miglioramento delle prestazioni offerte: e quindi anche i dati personali. Ancora, in base alle richiamate Condizioni, gli utilizzatori saranno altresì i soli responsabili dei dati forniti e dovranno rispondere delle richieste risarcitorie eventualmente avanzate da terzi per l'uso nel chatbot<sup>68</sup>.

Il fondamento legale per l'utilizzo dei dati personali e per l'esclusione della responsabilità delle società fornitrici, in primo luogo OpenAI, viene quindi oggi rinvenuto nel consenso (attraverso le richiamate Condizioni d'uso), nel legittimo interesse o negli obblighi contrattuali.

Sul tema del fondamento legale per l'utilizzazione del dato, sulla liceità e sull'ampiezza delle Condizioni d'uso, sulla possibilità di intervenire su dette condizioni e su altre questioni di rilievo, come quella della tutela dei minori, è recentemente intervenuto in Italia il Garante per la protezione dei dati personali.

### 9. Le decisioni del Garante italiano per la protezione dei dati personali

La prima iniziativa, di minor rilievo rispetto a quella successiva su ChatGPT, è stata adottata dal Garante per la protezione dei dati personali il 2 febbraio 2023, in relazione al chatbot Replika.

Replika è un software dell'azienda americana Luka che consente di dialogare con un amico virtuale con il quale è possibile parlare di tutto, discutere delle proprie relazioni affettive, costruire un diario personale. Si rivolge principalmente all'età adolescenziale e in particolare alle persone che hanno difficoltà relazionali e sociali. Più volte sono stati denunciati fenomeni di dipendenza "affettiva" nei riguardi di "anime gemelle virtuali" incontrate nel corso delle conversazioni con il chatbot<sup>69</sup>.

Il Garante, con una propria deliberazione del 2 febbraio 2023, ha disposto l'immediata limitazione provvisoria del trattamento dei dati da parte della società.

In primo luogo, in quanto l'applicazione "ha caratteristiche che intervenendo sull'umore della persona, possono accrescere i rischi per i soggetti ancora in una fase di sviluppo o in stato di fragilità emotiva". Ulteriormente, perché manca ogni meccanismo di verifica dell'età.

Nell'opinione del Garante, "Replika viola il Regolamento europeo sulla *privacy*, non rispetta il principio di trasparenza ed effettua un trattamento dei dati personali illecito, in quanto non può essere basato, anche solo implicitamente, solo su un contratto che il minore è incapace di concludere"<sup>70</sup>.

Maggior rilievo, anche a livello internazionale, ha avuto il successivo provvedimento del Garante del 30 marzo 2023, con il quale veniva disposto il blocco sul mercato italiano di ChatGPT<sup>71</sup>. La decisione, successiva ad un *data breach* del 20 marzo che aveva comportato una rilevante esposizione di dati personali e finanziari degli utenti, era stata assunta con provvedimento di urgenza, senza quindi la regolare convocazione di tutti i membri del Garante, come previsto dal Regolamento n. 1/2000 sull'organizzazione dell'ufficio del Garante stesso<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> M. E. KERN E W. ESPOSITO, *ChatGPT Generates More than Data Outputs*, loc.cit..

<sup>69</sup> *Innamorarsi di un robot: il caso Replika*, in [Servicematica](#), 20 marzo 2023.

<sup>70</sup> Comunicazione del Garante per la protezione dei dati personali del 3 febbraio 2023.

<sup>71</sup> Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 30 marzo 2023, n. 9870832. V. comunicato del Garante del 31 marzo 2023.

<sup>72</sup> A. PALUMBO, *Il Garante Privacy limita il trattamento di dati personali da parte di ChatGPT*, in [Lexology](#), 5 aprile 2023.

Nell'attività della chat venivano indicate diverse carenze rispetto alle prescrizioni del GDPR. In primo luogo, se ne ritenevano violati gli articoli 13 e 14, nella parte in cui non erano fornite agli utenti informazioni sufficienti su come e per quali fini i loro dati sarebbero stati "processati". Veniva poi rilevata la mancata indicazione di una base legale per giustificare la raccolta e l'uso dei dati ai fini del *training*, non prevedendosi neanche modalità per l'espressione del consenso. Ancora, era sottolineato il mancato rispetto dell'articolo 5 (1)(d) del GDPR sulla necessità che i dati forniti fossero accurati e corrispondenti alla realtà. Da ultimo, si segnalava l'assenza di un credibile meccanismo di verifica dell'età degli utilizzatori inferiori ai 13 anni<sup>73</sup>.

Il Garante chiedeva pertanto alla società sviluppatrice (OpenAI) di pubblicare sul proprio sito una informativa sulla *privacy* per chiarire le modalità e i fini del trattamento dei dati; di consentire l'esercizio del diritto di opposizione al trattamento; di prevedere meccanismi di correzione o quanto meno di cancellazione dei dati inesatti; di creare un link per una informativa sulla *privacy*; di modificare la base giuridica per il trattamento togliendo il riferimento al contratto, privilegiando invece il consenso dell'interessato o il legittimo interesse della società<sup>74</sup>; di porre in essere strumenti idonei per impedire l'accesso sia ai minori di 13 anni che a quelli di età superiore senza il consenso parentale; di promuovere una campagna di informazione sui temi della raccolta dei dati personali.

Il Garante verificava il successivo 28 aprile che la società OpenAI aveva: pubblicato sul proprio sito un'informativa sul trattamento dei dati personali; riconosciuto il diritto di opposizione al trattamento stesso attraverso modalità comprensibili ed accessibili; previsto la possibilità di cancellare le informazioni ritenute errate; specificato che l'uso dei dati per il *training* sarebbe avvenuto sulla base del legittimo interesse; indicato modalità per autocertificare l'età degli utenti minori dei 13 anni o il consenso parentale per gli infratredicenni<sup>75</sup>. Altre misure avrebbero dovuto essere adottate successivamente, come ad esempio il meccanismo di effettiva verifica dell'età degli utilizzatori, da implementare entro il 30 settembre 2023.

Di conseguenza, veniva reso nuovamente accessibile il servizio di ChatGPT agli utenti italiani. Si auspicava tuttavia che nelle successive settimane la società creasse un più credibile sistema per la verifica dell'età e che desse avvio ad una campagna di comunicazione sull'uso dei dati<sup>76</sup>.

Naturalmente, anche nel nostro paese la tutela della *privacy* nel campo della IA generativa non sarà facile da raggiungere. Solo per fare un esempio, si pensi in questo campo alle difficoltà di disciplinare il legittimo interesse, in contrapposizione al consenso, per l'utilizzazione dei dati<sup>77</sup>. Lo stesso Garante ha definito le azioni intraprese da OpenAI in risposta alla sua iniziativa "un passo avanti", per riconciliare "il progresso tecnologico con il rispetto dei diritti dell'individuo"<sup>78</sup>.

Tra le conseguenze positive della vicenda può però senz'altro essere inclusa quella di aver accelerato la riflessione sugli effetti, sui limiti e sulle possibili iniziative da prendere nei riguardi dell'intelligenza artificiale generativa. Ad esempio, in Spagna l'autorità per la protezione dei dati (AEPD) ha iniziato nel mese di aprile su di essa una propria attività conoscitiva; in Francia, l'agenzia regolatrice per la protezione dei dati (CNIL) sta esaminando i ricorsi avanzati contro ChatGPT;

---

<sup>73</sup> R. BARCELO ET AL., *ChatGPT: a GDPR-ready path forward?*, in [MacDermott, Will & Emery](#), 21 aprile 2023; T. HOQUE e P. PUCCI, *ChatGPT silenced by italian authorities*, in [Ius Laboris](#), 6 aprile 2023.

<sup>74</sup> Sul punto del legittimo interesse va ricordata la sentenza del 2014 della Corte di Giustizia UE sul caso Google Spain C-131/12), in cui fu riconosciuto che tale legittimo interesse poteva trovare fondamento nell'articolo 7, lett. f), della Direttiva 95/46/CE (oggi art. 6, lett. f, del GDPR): V. O. POLLICINO e M. SCIALDONE, *La tutela della privacy e l'antica questione dell'eterogenesi dei fini*, in [Il Sole-24 Ore](#), 20 aprile 2023.

<sup>75</sup> Provvedimento del Garante n. 9874702 del 28 aprile 2023.

<sup>76</sup> Su questo tema, v. anche E. CURRELLI e L. LIGUORI, *ChatGPT case: how that italian Data Protection Authority is trying to address AI risks*, in [GALA](#), 8 maggio 2023; P. J. AUSTIN ET ALII, *Italy's Data Protection Agency lifts ban on ChatGPT*, in [Davis Wright Tremain](#), 15 maggio 2023; G. CURTÒ ET ALII, *Freshfields Bruckhaus Deringer, Italian ban on AI chatbot lifted: updates on data protection investigations*, in [Freshfields Bruckhaus Deringer](#), 22 maggio 2023.

<sup>77</sup> V. O. POLLICINO e M. SCIALDONE, *La tutela della privacy e l'antica questione dell'eterogenesi dei fini*, cit.

<sup>78</sup> P. J. AUSTIN ET AL., *Italy's Data Protection Agency lift ban on ChatGPT*, in [Davis Wright Tremain](#), 15 maggio 2023.

l'European Data Protection Board (EDPB) ha istituito una *task force* sulla stessa ChatGPT; il processo di definizione di un Regolamento sulla IA (AI ACT) ha visto, come sopra ricordato, la Commissione Libertà Civili e quella sul Mercato Interno raccomandare al Parlamento Europeo, che il 15 luglio ha raccolto l'invito nella bozza (*draft regulation*) presentata alla Commissione, l'introduzione nel testo del provvedimento di nuove misure per garantire una maggiore trasparenza nell'uso della IA generativa<sup>79</sup>; la *Competition and Markets Authority* del Regno Unito ha annunciato una "*initial review*" degli "*AI foundation models*"; in Germania, il ministro federale per gli Affari Digitali si è invece dichiarato contrario al blocco in Germania di ChatGPT, dichiarando che è l'Europa che deve divenire "un pioniere globale per un IA affidabile, auspicando quindi una iniziativa concordata; in Svizzera il Commissario Federale per la Protezione dei Dati e per l'Informazione (FDPIC) ha pubblicato un documento sui rischi e sulle cautele da utilizzare nei riguardi dell'IA generativa; e lo stesso Garante italiano ha preannunciato il 13 aprile la costituzione di una *task force* con altre Autorità europee su ChatGPT<sup>80</sup>.

Da ultimo, il 3 luglio 2023, a conclusione di un incontro delle Autorità per la protezione dei dati e della *privacy* dei paesi del G7, è stata adottata una "Dichiarazione congiunta sulla IA Generativa", che evidenzia le preoccupazioni create appunto dal suo diffondersi. Tra i temi affrontati ricordiamo quello del fondamento legale per l'utilizzazione dei dati personali; le misure di salvaguardia necessarie contro minacce e attacchi; la trasparenza per garantire chiarezza e spiegabilità nelle operazioni di IA generativa; i criteri di responsabilità da dividere tra i diversi attori; i limiti da porre alla raccolta di dati personali<sup>81</sup>.

Sono tutti segnali della consapevole necessità della riflessione su un tema per il quale la ricerca di una disciplina normativa si pone con sempre maggiore urgenza.

#### 10. Pregiudizi, hallucinations ed altre questioni

La risposta ad una domanda rivolta ad una piattaforma di IA generativa non potrà naturalmente che essere basata, in prima istanza, sui dati che la macchina ha a disposizione. Dati che potranno però essere anche viziati da pregiudizi (*biases*), manipolazioni o vere e proprie falsità inserite, volutamente o meno, nella fase del *training* o successivamente acquisite in quella del *Test and Data Mining* (TDM) e dello *scraping*.

Ciò ha indotto il 20 marzo 2023 la *Federal Trade Commission* (FTC) americana a rilasciare un comunicato nel quale si ricorda che l'Intelligenza Artificiale "presenta rischi, tra cui la possibilità di risultati scorretti e discriminatori, o il perpetuare delle esistenti disparità socioeconomiche"<sup>82</sup>. A riprova di ciò, venivano ricordati i risultati sullo studio di un algoritmo, usato in campo medico per comprendere dove indirizzare gli interventi a favore dei pazienti più gravi, le cui conclusioni invitavano a convogliare le risorse verso una fascia più sana di popolazione bianca, anziché verso quella di colore, maggiormente a rischio.

Accanto a questi risultati fondati su dati contenuti in rete errati o viziati da pregiudizi, ci si può trovare davanti a un fenomeno (*hallucinations*) che vede produrre informazioni che possono apparire logiche e ragionevoli, ma che sono invece totalmente inventate<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> I "*generative foundation models*" dovranno ad esempio rivelare che il contenuto è stato generato dall'IA; disegnare il modello in modo da prevenire la generazione di contenuti illegali; pubblicizzare un resoconto dei dati coperti da copyright utilizzati per il *training*: v. C. BOUVIER, *The European Parliament passed a Draft Resolution called the AI Act*, in [GALA](#), 15 giugno 2023.

<sup>80</sup> J. PIEMONTE e A. PALUMBO, *ChatGPT e Garante italiano: alcune riflessioni a distanza di tempo*, in [Lexology](#), 13 giugno 2023.

<sup>81</sup> M. DRAKE ET AL., *UK and G7 Privacy Authorities Warn of Privacy Risks Raised by Generative AI*, in [PogoWasRight](#), 4 luglio 2023.

<sup>82</sup> S.L. EDELMAN ET AL., *The risks and rewards of generative AI*, in [GALA](#), 14 aprile 2023.

<sup>83</sup> S.L. EDELMAN ET AL., *The risks and rewards of generative AI*, cit., 4.

Le ragioni di ciò sfuggono spesso alla comprensione dei ricercatori (ricordiamo le c.d. *black boxes*, il cui *modus operandi* è a volte oscuro anche per gli scienziati). “Umanizzando” il comportamento delle macchine, potremmo dire che, pur di non deludere l’interrogante con una mancata risposta, il chatbot ne fornisce comunque una in apparenza ragionevole. Ricordiamo sempre, come detto in precedenza, che la risposta dei sistemi di IA generativa si fonda sulla ricerca del risultato statisticamente ritenuto più probabile, che non sarà necessariamente quello più corretto.

Gli esempi di *hallucinations* sono numerosi: ricordiamo quello di un avvocato del foro di New York, Steven Schwartz, che in una causa contro la compagnia aerea Avianca ha citato tra i precedenti fornitigli da ChatGPT un caso *Martinez v. Delta* ed uno *Zickerman v. Korean Air*, che il giudice del Tribunale di Manhattan ha riscontrato essere assolutamente inesistenti<sup>84</sup>. Ed ancora, quanto accaduto al neo sindaco di una cittadina vicina a Melbourne, Brian Hood, che una ricerca effettuata sempre su ChatGPT ha collegato ad una condanna per corruzione, mai avvenuta. Il che lo ha indotto a denunciare OpenAI per il danno reputazionale provocato dalla falsa notizia<sup>85</sup>.

Le conseguenze possono essere rilevanti, appunto, per le società proprietarie di questi sistemi: ad esempio le azioni di Alphabet Inc. sono scese in un solo giorno di 100 miliardi, quando il suo chatbot “Bard” ha commesso un errore fattuale rispondendo ad una domanda rivoltagli in occasione della sua presentazione<sup>86</sup>.

E torniamo allora ad un problema cui più volte abbiamo accennato: chi sarà il responsabile quando, ad esempio, una *hallucination* provoca, come nei casi ricordati, rilevanti danni reputazionali?

Abbiamo visto che la questione si pone nella fase dell’acquisizione, quando vengono inseriti nel sistema dati protetti da *copyright*, fondati su pregiudizi o del tutto errati; e si pone poi in quella della generazione dei risultati, anche qui in caso di risposte viziate da quanto appena richiamato.

Le società proprietarie dei sistemi che applicano modelli di intelligenza artificiale generativa sono pienamente consapevoli dei rischi che corrono. E proprio per questo introducono nelle Condizioni d’uso (*Terms of use-ToU*) le clausole cui abbiamo accennato, che lasciano le potenziali responsabilità agli utilizzatori.

Non esistono al momento precedenti giurisprudenziali specifici e consolidati in materia<sup>87</sup>. E sarà interessante vedere come si muoveranno le Corti in un quadro oggi privo di riferimenti normativi puntuali. Se riterranno cioè sufficiente il riferimento alle Condizioni d’uso, per quanto frutto di un rapporto fortemente squilibrato tra i soggetti contraenti, per escludere la responsabilità delle società proprietarie; o se avranno la capacità di affrontare un tema reso scientificamente controverso dalle ricordate *black boxes*, il cui funzionamento sfugge agli stessi programmatori ed utilizzatori. Un tema in cui entrano in campo, oltre a quella spesso non facilmente risolvibile della giurisdizione, altre questioni complesse sotto il profilo giuridico: e citiamo come esempio la difficoltà di individuare, ed eventualmente responsabilizzare, tutti i numerosi soggetti che nei diversi ruoli contribuiscono al processo di acquisizione dei dati ed alla generazione delle risposte.

Per concludere comunque sul tema dei rischi, non possiamo non ricordare altre diverse fattispecie.

In primo luogo, la questione della cybersecurity: la necessità cioè che i dati immagazzinati siano protetti al fine di evitare eventuali *breaches* che mettano a rischio informazioni sensibili.

Anche in questo caso potrebbe non essere facile identificare il responsabile della tutela dei dati ai sensi del GDPR europeo, e si porrebbero nuovamente i problemi più volte richiamati.

Vi sono, ancora, i potenziali effetti sul piano della concorrenza.

---

<sup>84</sup> M. GAGGI, *L’avvocato in aula*, cit.

<sup>85</sup> Redazione [ANSA](#) Milano, 7 aprile 2023.

<sup>86</sup> R. O’KEEFE e D. BRENNAN, *What a time to be (AI)live - Generative AI, Top Considerations*, in [Lexology](#), 19 maggio 2023.

<sup>87</sup> OpenAI è stata chiamata in giudizio in Georgia da un operatore radiofonico per diffamazione, in quanto nella risposta ad un *prompt*, ChatGPT lo riteneva responsabile di una vicenda truffaldina: v. L. M. WAJERT, *AI Hallucinations can inflict real-world pain*, in [Vedder Price](#), 13 giugno 2023.



Non c'è dubbio che la disciplina anticoncorrenziale si applichi anche alle società che forniscono servizi di IA generativa. Ed allora potrebbero esservi fenomeni collusivi ove le diverse aziende del settore convenissero su Condizioni d'uso e tariffarie simili<sup>88</sup>; o se invece una piattaforma fosse utilizzata per favorire conoscenze, e quindi intese, su prezzi, risultati e modalità di ricerca; ancora, se si ponessero questioni di partecipazioni o governance incrociate; da ultimo, ChatGPT potrebbe essere utilizzata per favorire la condivisa creazione di strumenti proprio al fine di superare la legislazione anti concorrenziale.

Andrebbe poi osservato con attenzione lo sviluppo del mercato, per accertarsi che ChatGPT non venga ad assumere in tale particolare mercato una posizione dominante o ponga in essere pratiche di *unfair competition*.

### 11. Il “Genio” nella bottiglia

Le questioni cui abbiamo sommariamente accennato si pongono su un piano giuridico. Ma il dibattito sull'intelligenza artificiale generativa sta affrontando oggi temi di respiro più ampio, che prescindono da un quadro giuridico-normativo ancora *in itinere* e affrontano invece problemi etici, sociali e storici che il rapido, e per alcuni preoccupante, sviluppo di questo strumento comporta.

Non abbiamo l'intenzione, né la competenza, per entrare nel merito di tali questioni. Davanti alle preoccupazioni espresse, che hanno anche visto il 22 marzo 2023 la pubblicazione di una lettera firmata da personalità tra cui Elon Musk e Steve Wozniak, cofondatore di Apple, per richiedere una sospensione semestrale della ricerca e della sperimentazione di sistemi più potenti di Chat GPT-4<sup>89</sup>, non possiamo però non partire da alcuni dati di fatto.

Le azioni delle *Big Five* nel campo delle tecnologie avanzate che fanno uso dell'IA (Alphabet, Amazon, Apple, Meta e Microsoft) sono cresciute dal mese di gennaio a quello di giugno 2023 del 60%<sup>90</sup>; il numero dei brevetti legati all'IA è stato tra il 2022 e il 2023 il più alto tra tutti quelli presi in considerazione; tra le 500 maggiori imprese americane, secondo Standard & Poor, 82 sono quelle tecnologiche e di queste 50 si pongono tra le prime 100; anche imprese diverse dalle tecnologiche (come quelle sanitarie, assicurative, finanziarie) stanno adottando al loro interno modelli di ricerca, produzione e gestione fondati sulla IA; imprese storicamente consolidate (come l'automobilistica, le telecomunicazioni, i media e il *retail*) dipendono ormai fortemente dai modelli di IA. Potremmo proseguire con altri molteplici indicatori che sottolineerebbero la vitalità estrema di questo settore<sup>91</sup>, ma ci limitiamo a ricordare come quasi tutti i paesi, a cominciare da quelli con una più decisa proiezione internazionale, abbiano promosso programmi rilevanti di ricerca e sviluppo fondati sull'IA generativa. Ci potranno senz'altro essere momenti di rallentamento e di disillusione (come accadde ad esempio negli anni '80 con il cosiddetto *AI winter*), provocati anche da troppo ottimistiche aspettative. Ma è un processo i cui risultati vediamo quotidianamente accrescersi, anche se a volte possiamo non averne l'immediata percezione<sup>92</sup>.

L'Intelligenza Artificiale, quindi, c'è ed è destinata a rimanere ed il “Genio” non può essere rimesso nella bottiglia<sup>93</sup>. Ciò non significa ignorare le preoccupazioni da più parti espresse e le soluzioni prospettate per affrontare i rischi più volte riportati.

---

<sup>88</sup> Su questi temi, v. Z. MAROSI, *ChatGPT and competition law: initial thoughts and questions*, in [DLA Piper](#), 24 marzo 2023.

<sup>89</sup> In [Future of Life \(open letter\)](#).

<sup>90</sup> *Our early-adopters index examines how corporate America is deploying AI*, in [The Economist](#) del 25 giugno 2023.

<sup>91</sup> *Our early-adopters index examines how corporate America*, cit.

<sup>92</sup> Va anche ricordato che, mentre alcune società cominciarono ad utilizzare l'IA all'inizio degli anni '90, bisognerà attendere i tardi anni 2000 per vedere i due terzi delle società americane avere un proprio sito web (*The widespread adoption of AI by companies will take a while*, in [The Economist](#), 29 giugno 2023).

<sup>93</sup> C.A. COLE, *The AI Genie Is Not Going Back in the Bottle*, in [Lexology](#), 31 maggio 2023.

Accenniamo solo ad alcune delle più recenti prese di posizione sul tema, oltre alla richiamata lettera sulla moratoria semestrale.

Il 18 aprile 2023, Gary Marcus (professore emerito di psicologia e scienze neurali e fondatore di una società di *machine learning*) ed Anka Reuel (studiosa di *computer science* e fondatrice di Kira, un *think-tank* per la riflessione sui rischi dell'IA) hanno proposto la creazione di una *International Agency for AI*, cui partecipino governi, società tecnologiche, università ed agenzie non-profit per collaborare alla ricerca di una possibile *governance* e di soluzioni per una tecnologia sicura e pacifica sulla IA<sup>94</sup>. Riprendendo quanto pochi giorni prima aveva sostenuto Sundar Pichai, CEO di Google.

Yuval Harari, storico e filosofo, ritiene anch'egli necessaria l'istituzione di una agenzia, sullo schema della *Food and Drug Administration*, che assicuri controlli rigorosi sulla sicurezza degli strumenti che fanno uso di IA prima della loro introduzione sul mercato<sup>95</sup>.

Geoffrey Hinton, uno dei padri del *deep learning* e già dirigente di Google, ha sottolineato il rischio che lo sviluppo di queste macchine porti le stesse a formulare ragionamenti e a prendere decisioni non previste dai programmatori<sup>96</sup>. Da cui la necessità di strumenti di controllo.

Lo stesso fondatore di OpenAI, e quindi tra i padri di ChatGPT, Sam Altman ha invocato la costituzione di una agenzia per assegnare le licenze dei LLM, nel rispetto di parametri di sicurezza predeterminati<sup>97</sup>.

Il fondatore di Eurasia Group (una società di consulenza politica globale), Ian Bremmer, ha quindi identificato quattro incognite e rischi principali derivanti da un uso non regolato della IA: disinformazione, proliferazione, perdita di occupazione e sostituzione, intesa quest'ultima come una progressiva, sempre maggiore interazione degli esseri umani con le macchine piuttosto che con se stessi. Lamentando su questi temi la mancanza di riflessioni che portino all'adozione di misure idonee<sup>98</sup>.

Potremmo continuare ricordando Henry Farrell (della John Hopkins University) e Cosma Shalizi (della Carnegie Mellon di Filadelfia), che per descrivere i LLM ricorrono allo "shoggoth", un mostro amorfo che tutto avvolge con occhi tentacolari, creato dalla fantasia di H.P. Lovecraft<sup>99</sup>; o ancora Demis Hassabis, tra i più autorevoli studiosi della IA e CEO di DeepMind, di proprietà di Google; o Dario Amodei di Anthropic; o Meredith Whittaker di Signal: sono solo alcuni degli scienziati e degli imprenditori che, quotidianamente impegnati nella IA ed in particolare nei Large Language Models, senza credere nell'utilità di una moratoria nella ricerca, vogliono ricordare i rischi che questi strumenti pongono e suggerire percorsi di responsabilizzazione e controllo.

Un accenno ulteriore vogliamo però fare ad un recente libro di Henry Kissinger ed altri, *The Age of AI*<sup>100</sup>.

Gli effetti potenziali dell'Intelligenza Artificiale vengono qui rapportati a quelli che provocò l'invenzione della stampa nella seconda metà del XV secolo: grazie ad essa nel campo religioso, in quelli della conoscenza, della politica, della stessa identità umana, l'individuo veniva posto finalmente in condizione di poter essere responsabile delle proprie scelte, delle proprie convinzioni, della propria libertà<sup>101</sup>. Le conseguenze dello sviluppo dell'IA possono essere oggi altrettanto se non più significative, in quanto ai due tradizionali sistemi attraverso i quali fino ad oggi si conosceva il

---

<sup>94</sup> [The Economist](#), 18 aprile 2023.

<sup>95</sup> [The Economist](#) 28 aprile 2023.

<sup>96</sup> M. GAGGI, *I due rischi più spaventosi dell'Intelligenza artificiale secondo Geoffrey Hinton, il suo «padrino»*, in [Corriere della Sera](#), 2 maggio 2023.

<sup>97</sup> M. GAGGI, *Sam Altman (ChatGpt) al Senato Usa: «Se con l'intelligenza artificiale si mettesse male, può finire molto male»*, in [Corriere della Sera](#), 23 maggio 2023.

<sup>98</sup> In [Corriere della Sera](#), 13 giugno 2023.

<sup>99</sup> [The Economist](#), 21 giugno 2023.

<sup>100</sup> H. A. KISSINGER ET AL., *The Age of AI: And Our Human Future*, cit.

<sup>101</sup> H. A. KISSINGER ET AL., *The Age of AI: And Our Human Future*, cit., 19, 35 e ss.

mondo (fede e ragione) ne viene oggi aggiunto un terzo, quello dell'intelligenza artificiale, che presenta un potenziale carattere di alterità rispetto alla stessa identità umana<sup>102</sup>.

Per gli autori, tre sono i possibili atteggiamenti nei riguardi di questo sistema: limitarlo, collaborarvi, affidarvi<sup>103</sup>. In alcuni casi, come in campo medico, l'uso diagnostico dell'IA potrà consentire risultati superiori a quelli delle professionalità umane, e sarà quindi opportuno affidarsi ad essa; in altri, si pensi ai veicoli a guida autonoma, è necessaria una stretta collaborazione uomo-IA; ancora, come nei contesti militari, sembra invece necessario porre e far rispettare limiti rigorosi.

L'auspicio di Kissinger e dei suoi coautori è che si riesca a creare un percorso condiviso per restrizioni e controlli a livello internazionale. Un percorso che si muove però all'interno di confini assai stretti: da una parte la necessità di non porre fin da oggi limiti troppo rigorosi alla ricerca; dall'altra quello di intervenire invece sollecitamente per evitare, specialmente in campo militare, usi devastanti di questo strumento<sup>104</sup>.

Il tutto nel quadro dello storico dilemma già vissuto oltre settant'anni fa con l'energia nucleare per scopi militari: è possibile che alcuni paesi rinuncino allo sviluppo e all'uso di tecnologie potenzialmente devastanti, mentre i loro avversari strategici proseguono invece nella ricerca e non offrono garanzie sulle limitazioni all'uso?

Il modello di deterrenza da una parte e di limitazione e controllo dall'altra, seguito per l'uso militare del nucleare, è di più difficile attuazione nel campo dell'IA. Le armi nucleari erano e sono costose e difficili da nascondere. I modelli di IA, per propria natura, pur se richiedono forti investimenti per la ricerca e lo sviluppo, sono assai più facilmente reperibili e sfruttabili per fini distruttivi, sia in campo militare che in quello politico e sociale. E vedono la presenza di grandi imprese tecnologiche internazionali divenute ormai soggetti capaci di porsi quasi come entità statuali cui manca, forse, il solo tradizionale requisito della territorialità<sup>105</sup>.

Ma al di là di questi dovuti auspici per la creazione di strutture sovranazionali di limitazione e controllo dell'uso dell'IA, e in particolare di quella generativa, nonché di una mai troppo auspicata riflessione sui risvolti etici che pone l'irrompere di questo strumento, quale è il quadro regolatorio cui possiamo fare oggi riferimento?

## 12. *Gli sviluppi recenti del quadro regolatorio.*

Sul sorgere e sullo svilupparsi della legislazione nel campo dell'Intelligenza Artificiale, rimandiamo al lavoro indicato nella nota n.3. Ci limitiamo qui ad indicare i più recenti interventi, con particolare riferimento a quelli determinati dall'affermarsi dell'IA generativa.

### *Regno Unito*

Il governo britannico ha reso noto il suo "Libro Bianco" sull'IA nel marzo 2023. L'approccio si differenzia da quello seguito dell'Unione Europea che punta, con la proposta di Regolamento attualmente in discussione, ad una disciplina complessiva *top-down*<sup>106</sup>, rivolta a tutti coloro che intervengono nel processo. Il Regno Unito vuole favorire invece un approccio settoriale, identificando alcuni principi che gli attuali soggetti regolatori dovranno far rispettare, e pubblicando linee guida, sia pure non immediatamente vincolanti per operatori ed utilizzatori. Tra i principi richiamati, ricordiamo quelli sulla sicurezza e sull'affidabilità dei prodotti; sulla trasparenza e la spiegabilità; sulla correttezza nel proteggere i diritti individuali e collettivi; sui criteri di responsabilità e su una

---

<sup>102</sup> *Ibid.*, 180.

<sup>103</sup> *Ibid.* 212.

<sup>104</sup> *Ibid.* 218.

<sup>105</sup> *Ibid.* 223.

<sup>106</sup> I dati sulla comparazione tra i diversi paesi sono principalmente tratti dal lavoro di D. HEYWOOD, *Catching up with AI - a look at the latest UK, EU and US regulatory developments*, in [TaylorWessing](#), 26 giugno 2023.

*governance* che assicuri tra l'altro la regolarità delle forniture; sull'azionabilità delle contestazioni relative ad eventuali rischi o malfunzionamenti<sup>107</sup>.

Gli sviluppi della ricerca scientifica e le preoccupazioni da più parti manifestate, in particolare sulla IA generativa e sui LLM, sembra però abbiano recentemente convinto il governo sulla necessità di porre comunque “paletti” al settore. È stata anche avanzata la proposta di proporre agli altri paesi di istituire un controllore globale sulla IA, sul modello dell'Agenzia Internazionale per l'Energia Atomica.

Il *Centre for Data Ethics and Innovation* ha poi recentemente pubblicato un elenco di tecniche che dovranno essere seguite per garantire il rispetto dei principi indicati nel “Libro Bianco”: si va dalle valutazioni di impatto, alla verifica ed alla eliminazione dei “*biases*”; dall'accertamento di conformità, alla prova delle *performances*; fino all'esame della regolarità delle certificazioni ed alla verifica formale dell'intero processo.

Il 19 giugno 2023 l'*Information Commissioner's Office* (ICO), ha sottolineato la necessità che le imprese, prima di far uso di queste tecnologie, valutino i rischi posti alla *privacy* dal ricorso alla IA generativa<sup>108</sup>.

#### *Unione Europea*

Abbiamo più volte accennato in precedenza all'approccio fortemente regolatorio e tendenzialmente onnicomprensivo adottato dall'Unione<sup>109</sup>. Dopo l'approvazione da parte del Parlamento della propria posizione negoziale sulla proposta della Commissione (con l'indicazione dei più volte richiamati paletti sulla IA generativa) si sta sviluppando il trilogico tra Commissione, Consiglio e Parlamento, che potrebbe concludersi a novembre nel corso del semestre di presidenza spagnolo. L'approvazione definitiva potrebbe quindi aver luogo entro la fine del 2023 ma le nuove norme, al momento, dovrebbero trovare applicazione entro 24 mesi dall'entrata in vigore del Regolamento.

L'ispirazione complessiva della normativa resta quella di volersi porre come modello globale per la disciplina dell'IA, come già accaduto con il GDPR.

All'inizio del mese di giugno, l'ENISA, l'agenzia per la *cybersecurity* europea, ha poi pubblicato quattro rapporti sull'Intelligenza Artificiale e la sicurezza informatica soffermandosi, tra gli altri, sui temi della ricerca e della *privacy*.

#### *Stati Uniti*

Sia il Regno Unito che l'Unione Europea sono consapevoli del fatto che vada comunque identificata una strategia comune sul tema al nostro esame, per non indebolire la ricerca, l'utilizzazione e le garanzie su un fenomeno le cui ricadute non possono essere confinate all'interno dei singoli stati.

Negli Stati Uniti la stessa consapevolezza sta portando negli ultimi tempi l'amministrazione a promuovere nel paese un sistema “*risk based*” come quello in via di adozione in Europa, andando in senso difforme rispetto agli orientamenti più aperti inizialmente manifestati<sup>110</sup>.

Gli Stati Uniti, come peraltro il Regno Unito e il Canada, si sono tuttavia dichiarati contrari alla proposta del Consiglio d'Europa (da non confondere con il richiamato Consiglio Europeo) di favorire un Trattato globale sulla IA<sup>111</sup>.

---

<sup>107</sup> S. BOLLANS, *The UK's White Paper on AI regulation: a pro-innovation approach*, in [Stephenson Hardwood](#), 29 giugno 2023.

<sup>108</sup> *Ibid.*, 2.

<sup>109</sup> In merito al quale si segnala peraltro la recente lettera di 150 aziende europee (tra cui Siemens, Heineken, Airbus e Renault) che denunciano il carattere eccessivamente vincolante, oneroso ed anticompetitivo delle norme in corso di definizione (in [Corriere della Sera](#), 5 luglio 2023).

<sup>110</sup> È interessante, a questo proposito, la recente proposta del leader di maggioranza democratica al Senato, Chuck Schumer, di costituire un gruppo *bipartisan* di maggioranza e opposizione per affrontare i problemi legislativi della questione: “dovremo fare in pochi mesi il lavoro legislativo di anni” ([The Economist](#), 29 giugno 2023).

<sup>111</sup> *Ibid.* 3.

È stato quindi recentemente adottato dalla Presidenza americana un “indirizzo” (*blueprint*) per un “*AI Bill of Rights*”, una “Carta dei Diritti per l’Intelligenza Artificiale”, reso noto il 31 marzo 2023<sup>112</sup>. Vengono indicati cinque principi che dovrebbero caratterizzare la progettazione, l’uso e lo sviluppo di questi sistemi: dovranno essere sicuri ed efficaci; proteggere dalle discriminazioni eventualmente contenute negli algoritmi; assicurare la *privacy* dei dati; essere comprensibili e spiegabili; offrire la possibilità di un’alternativa umana al loro uso. Non si è davanti a misure vincolanti, ma è evidente la consapevolezza dei rischi da affrontare e la necessità di interventi regolatori che contrasta in parte, come abbiamo detto, con le politiche meno invasive e più “di indirizzo e promozione” finora adottate.

#### *Cina*

Anche per quanto riguarda la Cina rimandiamo, per un più risalente e generale quadro della normativa in materia di IA, al lavoro richiamato nella nota 3.

L’11 aprile 2023 la *Cyberspace Administration of China* (CAC) ha adottato un progetto di misure (*Draft Measures*) per gestire i servizi di IA generativa: il riferimento è alle tecnologie che generano testi, immagini, suoni, video, codici ed altri contenuti basati su algoritmi<sup>113</sup>.

Le misure si rivolgono principalmente ai *providers* dei servizi generativi di IA, sui quali ricadrà la responsabilità del contenuto fornito dai loro prodotti<sup>114</sup>.

I principi ai quali essi dovranno attenersi, sono analoghi a quelli che informano in Cina la disciplina vigente in materia di IA: i contenuti dovranno essere conformi all’ordine e alla morale socialista e non promuovere la sovversione del potere statale; dovranno evitare forme di discriminazione basate su razza, genere e nazionalità; saranno veritieri, accurati e dovranno impedire la diffusione di false informazioni; rispetteranno la disciplina legislativa ed i legittimi diritti ed interessi, come la *privacy* e la proprietà intellettuale; saranno sottoposti al giudizio valutativo della CAC<sup>115</sup>.

I prodotti basati sull’IA generativa potranno essere commercializzati solo dopo aver passato una valutazione di sicurezza della CAC, ed i *providers* dovranno fornire alla Commissione informazioni sugli algoritmi utilizzati. Gli utilizzatori finali saranno tenuti a comunicare tutti i dati necessari alla verifica della loro identità personale.

Come si vede, anche nel campo dell’IA generativa, la Cina intende mantenere un fermo controllo sulla ricerca, sulla produzione, sulla commercializzazione, sui contenuti, sulle modalità d’uso e sulla identità degli utilizzatori, ponendo al primo posto la difesa dello stato e quella dell’ordine e della morale socialista.

Quali temporanee conclusioni possiamo raggiungere? Siamo, lo abbiamo ricordato, davanti ad un fenomeno prevedibilmente non reversibile, sia pure in un quadro che non può escludere temporanei rallentamenti (un nuovo “inverno dell’IA”) dovuti a difficoltà nel processo scientifico, a priorità diverse nell’allocazione dei finanziamenti e delle risorse, al diffondersi di preoccupazioni sul piano occupazionale, sociale ed anche culturale. Ma episodi come la censura o la distruzione dei libri, il luddismo contro le “giannette filatrici” e più in generale le paure e le preoccupazioni che hanno da sempre accompagnato le scoperte scientifiche, difficilmente potranno fermare la ricerca e l’uso dell’intelligenza artificiale.

Quello che si può auspicare è un più pronto e meditato atteggiamento dei soggetti diversi che intervengono nel campo della normazione. La rapidità del progresso nella ricerca e nell’utilizzo dell’IA ha finora superato la capacità di intervento normativo. Si pensi solo al fatto che, quando il 21 aprile 2021 venne presentata dalla Commissione europea la bozza di Regolamento sulla IA, solo in ristretti ambienti scientifici e produttivi si parlava di IA generativa. Tanto che, quando nell’autunno

---

<sup>112</sup> V. [Blueprint for an IA Bill of Rights](#).

<sup>113</sup> L. HURCOMBE ET AL., *China’s cyberspace regulator releases draft measures for managing generative AI services*, in [DLA Piper](#), 18 aprile 2023.

<sup>114</sup> M. PARSONS ET AL., *China’s proposals to regulate generative AI*, in [Engage](#), 26 maggio 2023; J. GONG, *China to strengthen Generative AI Regulation*, [Bird&Bird](#), y, 30 giugno 2023.

<sup>115</sup> R. VAN MALENSTEIN, *Generative AI in China with socialist characteristics: draft measures*, in [HFG](#), 25 aprile 2023.

del 2022 esplose il fenomeno di ChatGPT, le istituzioni europee furono costrette ad una affannosa rincorsa per comprendere, e tentare di disciplinare, il nuovo fenomeno.

Ma le preoccupazioni le troviamo, come ricordato, non solo a livello normativo. Come in tanti momenti della storia umana si contrappongono, nei riguardi delle scoperte scientifiche e della loro utilizzazione, atteggiamenti di rifiuto ed una speranza fideistica. A coloro che vedono nell'IA una minaccia alla stessa identità umana, rispondono quelli che ne esaltano i risultati pratici e intravedono in essa una guida da utilizzare nei processi economici, sociali, politici o addirittura nei comportamenti personali: quasi fossimo davanti a un nuovo "Verbum", al portatore di una "parola" salvifica<sup>116</sup>.

E allora, lo abbiamo più volte sottolineato, senza una riflessione sulle implicazioni etiche che il sorgere di questo strumento pone, come nel caso dell'energia atomica, qualsiasi intervento normativo non potrà che limitarsi ad una contingente disciplina che la realtà scientifica, e le sue ricadute politiche e sociali, metteranno rapidamente in discussione.

---

<sup>116</sup> V. su questo tema il confronto tra Blaise Agüera y Arcas (il coordinatore del gruppo di Alphabet che lavora sui prodotti che utilizzano l'IA) che ritiene i sistemi di IA in possesso di caratteristiche finora ritenute essenzialmente umane, ed Edith Bender (professoressa di linguistica computazionale all'università di Washington), che definisce invece i LLM "pappagalli stocastici" capaci solo di riproporre, senza comprenderli, i risultati di casuali combinazioni dei dati acquisiti (*The Economist*, 20 aprile 2023).

Armando Giuffrida

**Il diniego e la revoca del permesso di soggiorno come misure afflittive per la mancata integrazione nella comunità accogliente dello straniero socialmente pericoloso: a margine di TAR Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 6.12.2022, n. 346\***

**ABSTRACT:** *The contribution, based a broad jurisprudence, highlights the essential profile of the duties and responsibilities which, in the ambit of the foreigner's integration process, goes hand in hand with the profile of the protection of fundamental rights. Especially with regard to those who are in Italy for purely economic reasons or in situations of irregularity or illegality, it does not appear unreasonable to request, from the first entry into the national territory, a greater degree of responsibility and the assumption of certain obligations towards the host community, and therefore a greater effort to integrate into the community itself, albeit with all the necessary precautions and graduating the degrees of responsibility according to the particular subjective situations.*

SOMMARIO: 1. La vicenda sottesa alla pronuncia del TAR parmense. – 2. Il quadro giurisprudenziale di riferimento. – 3. Due importanti sentenze della Corte costituzionale ([nn. 202/2013](#) e [88/2023](#)). – 4. La pronuncia del TAR parmense in commento come monito ad una maggiore responsabilizzazione del migrante accolto: riferimenti all'istituto dell'accordo di integrazione di cui all'art. 4-bis, t.u. immigrazione 1998. – 5. (*segue*): richiami alla Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione. – 6. Il rinnovo del permesso di soggiorno quale sorta di "premio" per l'accertata integrazione dello straniero nella comunità accogliente nella prospettiva di una solidarietà biunivoca. – 7. Il diniego e la revoca del permesso di soggiorno quale sorta di misura afflittiva per la mancata integrazione nella comunità accogliente dello straniero socialmente pericoloso. – 8. Considerazioni conclusive.

*1. La vicenda sottesa alla pronuncia del TAR parmense*

La decisione qui presa in considerazione<sup>1</sup>, pur innestandosi in un consolidato indirizzo della giurisprudenza amministrativa e ordinaria (di legittimità e di merito) e, in particolare, della medesima Sezione parmense del Tribunale amministrativo emiliano romagnolo, merita di essere segnalata perché nella sua ampia motivazione offre svariati spunti di riflessione sul tema – di grande attualità – afferente al *dovere di integrarsi* nella comunità accogliente, gravante sul beneficiario di un permesso di soggiorno nel nostro Paese<sup>2</sup>.

La vicenda vede come protagonista un cittadino straniero, entrato anni fa in Italia come richiedente asilo politico, il quale ha da subito beneficiato di un permesso per protezione sussidiaria internazionale, in seguito convertito in permesso per lavoro subordinato.

La Questura di Reggio Emilia, avendo successivamente accertato d'ufficio una condanna per il reato di detenzione ai fini di spaccio di sostanze stupefacenti nonché la pendenza di un altro procedimento penale, notificava all'interessato l'avvio del procedimento di revoca del permesso di soggiorno.

---

\* 

<sup>1</sup> Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 6 dicembre 2022, n. 346.

<sup>2</sup> Sul discusso "dovere di integrarsi" dello straniero nella comunità accogliente la letteratura – giuridica e di matrice sociologica – è assai ampia e ormai radicata. Per una prospettiva critica, si vedano i seguenti contributi, tuttora assai validi: M. RICCA, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari, 2008; E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013; M. Russo Spena, V. Carbone (a cura di), *Il dovere di integrarsi. Cittadinanze oltre il logos multiculturalista*, Roma, 2014; G. Cerrina Feroni, V. Federico (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, 2018. Per un diverso approccio, sostanzialmente favorevole alla configurazione di siffatto dovere, cfr. F. FRACCHIA, *Integrazione, eguaglianza, solidarietà*, in Atti del convegno internazionale «Diritti dell'immigrazione e diritti dei migranti» (Agrigento, 22-23 maggio 2013), a cura di M. Immordino e C. Celone, in *Nuove Autonomie*, Anno XXII, (2-3), 2013, 229 ss. (ulteriori indicazioni bibliografiche saranno segnalate nel prosieguo della trattazione).

Questi decideva di costituirsi nel procedimento con memorie difensive, anche a sostegno di un'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno che aveva autonomamente presentato nelle more della notifica dell'avvio del procedimento di revoca.

Il Questore, preso atto delle memorie prodotte, disponeva, purtuttavia, la revoca del permesso di soggiorno e, al contempo, rigettava l'istanza di rinnovo.

Il cittadino straniero ricorreva così innanzi al giudice amministrativo parmense, deducendo svariati profili di illegittimità e di eccesso di potere, per richiedere l'annullamento del provvedimento limitativo, previa sospensione della sua efficacia.

Rigettata l'istanza di sospensiva innanzi al giudice di prime cure e in appello, il ricorso veniva respinto anche nel merito<sup>3</sup>.

Qui di seguito, in breve, le motivazioni.

In primo luogo, per il Collegio *«il provvedimento impugnato risulta congruamente motivato con riferimento alla pericolosità sociale dell'odierno ricorrente ed i precedenti penali dello stesso sono stati debitamente considerati e valutati dall'Amministrazione ed hanno contribuito al giudizio di pericolosità sociale dello stesso con giudizio del tutto logico ed immune da censure»*. Viene così respinta la tesi del ricorrente secondo cui la Questura di Parma si sarebbe *«apoditticamente»* soffermata sul *«mero dato letterale relativo ai reati commessi»*, sorvolando *«in merito alla (presunta) pericolosità del soggetto, al suo (presunto) inserimento in circuiti criminali e, in definitiva sulla sua indole»*.

In secondo luogo, sempre per il Collegio giudicante risulta infondato il tentativo di alleggerire il grado di pericolosità sociale dello straniero-ricorrente, allorché egli invoca, nel caso di specie, la distinzione tra “droghe leggere” e “droghe pesanti”, atteso che tutti i reati e i procedimenti penali a lui contestati costituiscono *in ogni caso* seri indici di pericolosità sociale. Ciò vale, anzitutto, con riguardo al reato di detenzione di sostanze stupefacenti perché, ai fini dell'emissione del provvedimento di diniego del permesso di soggiorno, è irrilevante la circostanza che lo straniero abbia detenuto solo “droghe leggere” giacché l'ordinamento considera illegittima *ogni ipotesi* di detenzione di sostanze stupefacenti e, come tale, sintomatica della pericolosità sociale<sup>4</sup>. Inoltre, vengono giudicati parimenti sintomatici di pericolosità sociale un'ulteriore condanna penale (questa volta per guida in stato di ebbrezza) nonché due procedimenti penali pendenti (per lesione personale aggravata e per indebito utilizzo di carte di credito)<sup>5</sup>.

Altrettanto infondata viene poi giudicata dal Tribunale amministrativo emiliano-romagnolo la seconda censura di illegittimità contestata, segnatamente incentrata sui legami familiari esistenti in Italia: il Collegio ha, cioè, ritenuto irrilevante non solo la circostanza che lo straniero sostenesse economicamente la famiglia con i propri redditi da lavoro, ma anche l'asserzione secondo cui *«la*

---

<sup>3</sup> Il Consiglio di Stato, adito in sede cautelare, aveva infatti rigettato il gravame perché *«il provvedimento impugnato motiva in più punti circa la pericolosità sociale e la preponderanza di tale giudizio rispetto alla valutazione dei legami familiari, tenuto anche conto che la moglie è complice nel reato concernente gli stupefacenti»*

<sup>4</sup> Sul punto, si vedano [Corte cost. sent. 25 febbraio 2014, n. 32](#), secondo cui *«non rileva nella fattispecie la distinzione sanzionatoria fra droghe pesanti e leggere»*, nonché Cons. St., sez. III, 2 marzo 2015, n. 1027, secondo cui le condanne per i reati in tema di stupefacenti di cui all'art. 73 d.P.R. 309 non necessitano di una valutazione della pericolosità sociale, trattandosi di reati sintomatici di contiguità del soggetto ad organizzazioni criminali (cfr., conformemente, *ex multis*, Cons. St., sez. III, 7 marzo 2017, n. 1069), e pertanto in sé *«fonte di particolare allarme sociale»* (così, Tar Parma, sez. I, n. 328/2018).

<sup>5</sup> Secondo il ricorrente, invece, non avrebbero potuto formare oggetto di un giudizio di pericolosità sociale *«in nessun modo»* né la condanna per detenzione di c.d. “droghe leggere”, essendo previste pene molto ridotte rispetto ad altre tipologie di stupefacenti, né il reato di indebito utilizzo di carte di credito, trattandosi di procedimento penale ancora in corso, né, infine, la guida senza patente, oggi non più fattispecie di reato. Sul punto, si veda [Corte cost. sent. 16 maggio 2008, n. 148](#), che ha giudicato non manifestamente irragionevole condizionare l'ingresso e la permanenza dello straniero nel territorio nazionale alla circostanza della mancata commissione del reato di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990. Questo indirizzo è stato di recente abbandonato da [Corte cost. sent. 8 maggio 2023, n. 88](#), come si preciserà nel prosieguo.



*presenza del padre all'interno del nucleo familiare sia sempre e comunque da ritenere fondamentale, come peraltro la giurisprudenza dei Tribunali Minorili in merito ai ricorsi ex art. 31 T.U. Immigrazione ha da tempo riconosciuto».*

Secondo i giudici amministrativi parmensi, invece, la Questura di Reggio Emilia ha compiutamente valutato la situazione familiare del ricorrente e i legami di parentela esistenti sicché risultano pienamente legittimi tanto il giudizio di pericolosità del ricorrente (formulato in concreto), quanto i conseguenti provvedimenti di revoca del permesso di soggiorno e di diniego del rinnovo.

E ciò per svariati motivi.

Anzitutto, perché, nel caso di specie, le ragioni familiari non possono prevalere nel giudizio sulla pericolosità sociale del cittadino straniero, tenendo vieppiù conto del fatto che la coniuge del ricorrente è stata, addirittura, complice nella commissione dei reati relativi agli stupefacenti.

In secondo luogo, perché, se è vero che la presenza in famiglia del padre è essenziale per le figlie minori, è altrettanto vero che *«la formazione di una famiglia sul territorio italiano non può costituire scudo o garanzia assoluta di immunità dal rischio di revoca o diniego di rinnovo del permesso di soggiorno, ossia del titolo in base al quale lo straniero può trattenersi sul territorio italiano»*<sup>6</sup>.

Infine, perché la circostanza che la famiglia dello straniero si sostenga con i redditi da lavoro di quest'ultimo non esclude affatto il giudizio di pericolosità sociale, ma, anzi, lo giustifica ulteriormente. Secondo un consolidato indirizzo degli stessi giudici amministrativi parmensi, infatti, *«lo svolgimento di una attività lavorativa, la sussistenza dello stato (successivamente cessato) di convivenza non sono, come vorrebbe il ricorrente, elementi spendibili a sostegno della pretesa irrazionalità della scelta amministrativa in questa sede contestata né tanto meno possono integrare cause ostative all'adozione di provvedimenti ablativi a carico del titolare di un permesso di soggiorno atteso che, al contrario, comprovano che il ricorrente ha goduto di una pluralità di condizioni favorevoli all'inserimento nel contesto sociale che avrebbero dovuto favorire il processo di integrazione dell'interessato che richiede quale presupposto indefettibile un acquisito rispetto per l'ordinamento giuridico del Paese ospitante»*<sup>7</sup>.

Il Collegio giudicante ha quindi accolto le ragioni dell'Amministrazione resistente, in quanto la revoca del permesso di soggiorno disposta dalla Questura di Parma di fatto rispecchia il prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa (anche parmense) favorevole a fondare il giudizio di pericolosità sociale sulla base di accertamenti – definitivi e non definitivi – di responsabilità.

Al riguardo, il Collegio richiama un'importante pronuncia del Consiglio di Stato del 2018, secondo la quale il giudizio sulla pericolosità del soggetto, previsto dalla norma attributiva del potere, *«prevede una sorta di clausola generale che consente alla Questura di valutare qualunque condotta – a prescindere dall'esito del procedimento penale o dall'applicazione delle misure di prevenzione – che denoti la pericolosità sociale del cittadino straniero per l'ordine pubblico o per la sicurezza dello Stato»*<sup>8</sup>.

Il ricorso è stato così respinto, con condanna del ricorrente alla rifusione delle spese processuali nella misura liquidata nel dispositivo.

---

<sup>6</sup> Così, Cons. St., sez. III, 20 maggio 2019, n. 3227, il quale vieppiù soggiunge che *«[...] in casi speciali e situazioni peculiari, che eventualmente espongano i figli minori del reo a imminente e serio pregiudizio, l'ordinamento – ferma la valutazione amministrativa in punto di pericolosità e diniego di uno stabile titolo di soggiorno – offre, in via eccezionale, e a precipua tutela dei minori, uno specifico strumento di tutela, affidato dato al giudice specializzato dei minori. In forza del disposto dell'art. 31, comma 3, del TU immigrazione, infatti "Il Tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni della presente legge"».* Negli esatti termini, cfr.: Cons. St., sez. III, 4 agosto 2022, n. 6886; Tar Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 15 novembre 2022, n. 489; Id, 2 agosto 2022, n. 342.

<sup>7</sup> Così, Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 27 dicembre 2017, n. 415.

<sup>8</sup> Così, Cons. St., sez. III, 27 novembre 2018, n. 6700.

## 2. Il quadro giurisprudenziale di riferimento

Come già anticipato, la decisione in commento si innesta in un ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale (amministrativo ed ordinario) e, in particolare, conferma la posizione da tempo assunta dalla Prima Sezione del Tribunale amministrativo emiliano romagnolo, sezione staccata di Parma.

Appare pertanto opportuno procedere ad una preliminare disamina di talune delle più recenti pronunce intervenute sulle principali questioni “poste sul tappeto” dai giudici amministrativi parmensi e da cui sarà possibile poi trarre spunti di riflessione sul tema – attualissimo e ampiamente discusso – afferente al *dovere di integrarsi* nel contesto sociale.

Ebbene, il principale *thema decidendum* della sentenza in commento ruota attorno al giudizio sulla pericolosità sociale del ricorrente.

Come già evidenziato, trattasi di valutazione che costituisce il necessario presupposto per il rilascio del permesso di soggiorno e che viene formulata sulla base di accertamenti – definitivi e non definitivi – di responsabilità a carico dello straniero.

Secondo i giudici parmensi, detta valutazione, definita come una «*clausola generale*», non richiede necessariamente l'accertamento di episodi di responsabilità acclarati con sentenze *definitive* di condanna (nel caso di specie sono emersi due precedenti penali definitivi), essendo viepiù sufficiente accertare la pericolosità sociale del cittadino straniero sulla scorta di provvedimenti *non definitivi*, tali da offrire un serio quadro indiziario a suo carico.

E in effetti sono numerose le pronunce rintracciabili nei repertori di giurisprudenza nelle quali – come nel caso in esame – si ribadisce che la pericolosità sociale possa essere desunta non solo dall'accertamento di precedenti penali, ma *da ogni possibile elemento utile* ad offrire un quadro certo sulla effettiva pericolosità per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato. Anzi, si ritrovano persino pronunce (anche dello stesso giudice amministrativo parmense) che, sulla scorta di copiosa giurisprudenza, ritengono sufficiente l'allegazione di un *unico accertamento definitivo di responsabilità penale*, quale presupposto per l'applicazione della misura della revoca del permesso di soggiorno, qualora sussista un solido quadro indiziario in merito alla sua pericolosità sociale per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato, giusto il disposto dell'art. 1, d.lgs. n. 286/1998<sup>9</sup>.

Va da sé, naturalmente, che la valutazione della pericolosità sociale dello straniero, pur ampiamente discrezionale, va effettuata in modo rigoroso e suffragata da ampia motivazione<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Così, Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 20 maggio 2019, n. 142, il quale, con riguardo al caso di revoca del permesso di soggiorno Ue per stranieri lungo residenti, ha statuito che, ai fini dell'accertamento della pericolosità sociale dello straniero soggiornante non è necessario allegare molteplici episodi di responsabilità sulla base di acclarate sentenze definitive di condanna (nel caso di specie si era allegato un solo episodio), essendo sufficiente fondare il provvedimento di revoca sulla scorta di un mero quadro indiziario, dunque ricollegabile anche ad accertamenti *non definitivi* di responsabilità. Sono ivi espressamente richiamati: Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 2 dicembre 2016, n. 372; Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 26 settembre 2016, n. 259; Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 7 marzo 2016, n. 73; Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 28 gennaio 2016, n. 31; Cons. Stato, sez. III, 1° aprile 2015, n. 1728; 5 marzo 2014, n. 1031; 30 maggio 2011, n. 3240. Sul punto, giova rammentare che, ai sensi dell'art. 1, d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, il Questore può disporre misure di prevenzione personali nei confronti di coloro che siano abitualmente dediti a traffici delittuosi, o che vivano abitualmente con proventi di attività delittuose, o siano dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica, sulla base di specifici elementi di fatto (ad es., reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio o dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa, etc.).

<sup>10</sup> Oltre ai precedenti richiamati nella sentenza *de qua* (v. § precedente), si vedano, conformemente: Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 2 novembre 2022, n. 1059; Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 3 ottobre 2022, n. 369; Tar Marche, Ancona, n. 604/2019, cit.; Tar Trentino Alto Adige, Trento, sez. I, 1° ottobre 2019, n. 120; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 1° luglio 2019, n. 590; Tar Toscana, Firenze, n. 31/2019; 23 marzo 2018, n. 427; 16 ottobre 2017, n. 1219; Tar Umbria, Perugia, sez. I, 9 ottobre 2019, n. 514; Tar Piemonte, Torino, sez. I, 9 gennaio 2017, n. 32, e 31 agosto 2016, n. 1125; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 27 giugno 2016, n. 625; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 24 luglio 2015, n. 1835; Tar Toscana, Firenze, sez. II, 16 giugno 2015, n. 918.

Su questa linea si pone anzitutto, e da tempo, la Suprema Corte di cassazione, la quale, anche di recente, ha ribadito che il giudice di pace, al fine di verificare se lo straniero rientri in una delle categorie di persone pericolose *ope legis* ai sensi dell'art. 13, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 286/1998, non può circoscrivere la propria valutazione ai soli precedenti penali, ma deve compiere un accertamento *oggettivo* (e non meramente *oggettivo*) degli elementi che giustificano sospetti e presunzioni, estendendo il proprio giudizio all'esame complessivo della personalità dello straniero, da desumersi anche sulla base della sua condotta di vita e delle manifestazioni sociali nelle quali quest'ultima si articola, verificando *in concreto* l'attualità della sua pericolosità sociale<sup>11</sup>.

Anche i giudici di Palazzo Spada sono orientati nella medesima direzione.

Paradigmatica, fra le numerose, è la decisione assunta pochi anni or sono in cui si ribadisce che, in sede di rilascio del permesso di soggiorno, la valutazione della pericolosità sociale è in effetti già stata compiuta dal legislatore, sicché, in caso di condanna, *anche in via non definitiva*, dello straniero per uno dei reati c.d. ostativi, ossia comportanti l'arresto obbligatorio (nel caso di specie, la detenzione di sostanze stupefacenti), il Questore sarebbe addirittura esonerato – in quanto non gli competerebbe – dall'esprimere valutazioni in merito, tranne qualora vi sia prova dell'esistenza di vincoli familiari<sup>12</sup>.

Su questa linea si pongono infatti numerose pronunce della giurisprudenza (amministrativa e non), favorevoli ad esonerare il Questore dall' eseguire accertamenti puntuali in presenza di reati ostativi. Anzi, in taluni casi, è stato finanche ritenuto irrilevante il giudizio di non pericolosità espresso dal magistrato di sorveglianza, come a breve si preciserà meglio.

Significativa, al riguardo, è una pronuncia dei giudici amministrativi parmensi (già richiamata) per i quali non v'è dubbio che la Questura, in sede di valutazione della pericolosità sociale dello straniero ai fini della concessione o della revoca del permesso di soggiorno UE, disponga di un ampio potere discrezionale sicché è da escludere ogni rilievo di incongruità o irragionevolezza nell'operato dell'Amministrazione resistente, avendo quest'ultima a suo tempo (ri)valutato la posizione dello straniero ricorrente alla luce delle emergenze istruttorie<sup>13</sup>.

Secondo questa pronuncia, dunque, non vale ad alleggerire la posizione dello straniero la sussistenza di una stabile attività lavorativa e la disponibilità di un alloggio in cui egli risiede con la propria famiglia, circostanze che dovrebbero dimostrare il raggiungimento di un'integrazione sociale. In tal caso, infatti, il Collegio giudicante, richiamando un precedente indirizzo della medesima Sezione<sup>14</sup>, ha affermato che la sussistenza di siffatti presupposti dimostra piuttosto l'esatto contrario, ossia la scarsa propensione del ricorrente ad integrarsi effettivamente nel tessuto sociale nazionale, giacché egli preferisce dedicarsi alla commissione di reati, anche gravi, pur trovandosi a vivere una condizione altamente favorevole al suo pieno inserimento sociale,

---

<sup>11</sup> Così, Cass. civ., sez. I, 31 luglio 2019, n. 20692. Negli esatti termini anche Giudice di pace, Avellino, 25 novembre 2019 e Tar Lazio, Roma, sez. I, 20 settembre 2021, n. 9824. Quanto all'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario, si veda, significativamente, Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 7 ottobre 2019, n. 2305, per il quale l'impugnazione del diniego o della revoca del permesso di soggiorno per motivi familiari spettano alla giurisdizione ordinaria, essendo sottratta alla giurisdizione del giudice amministrativo ogni controversia inerente al rilascio e al rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari, giusto il disposto di cui all'art. 30, comma 6, d.lgs. n. 286/1998 (in senso conforme, anche Tar Toscana, Firenze, sez. II, 12 luglio 2019, n. 1084).

<sup>12</sup> Sull'effettività dei vincoli familiari, cfr. il recente Tar Lombardia, Milano, sez. I, 10 agosto 2022, n. 1919 nonché Cons. Stato, sez. II, 1° ottobre 2019, n. 6554. Negli esatti termini: Cons. Stato, sez. III, 13 settembre 2019, n. 4589; sez. III, 10 settembre 2019, n. 6125; sez. III, 19 luglio 2019, n. 5083; sez. III, 16 luglio 2019, n. 5007; sez. III, 26 giugno 2019, n. 4416; sez. III, 8 marzo 2019, n. 1604; sez. VI, 15 novembre 2016, n. 4708; sez. III, 26 giugno 2019, n. 4412; sez. VI, 9 marzo 2016, n. 934; sez. III, 4 novembre 2015, n. 5024.

<sup>13</sup> Così, Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, n. 142/2019, il quale, tra l'altro, soggiunge che, secondo la Questura di Parma, avrebbe ulteriormente aggravato il quadro indiziario sulla pericolosità sociale dello straniero il comportamento dal medesimo tenuto successivamente all'adozione della misura dell'avviso orale: «*misura che sembra non aver sortito effetto alcuno attesa la reiterazione, da parte dell'interessato anche in epoca successiva, di gravi condanne cui conseguiva l'instaurazione di numerosi precedenti penali e, in un caso, una pesante condanna*» (*ibidem*).

<sup>14</sup> Il riferimento è a Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, n. 259/2016, cit., di identico tenore.

disponendo di un lavoro stabile e di una altrettanto stabile collocazione abitativa insieme alla propria famiglia<sup>15</sup>.

Ma, con riguardo alle condanne per i reati in materia di sostanze stupefacenti, la sentenza in epigrafe richiama espressamente un precedente della medesima sezione del tribunale amministrativo parmense, laddove si afferma che «*le condanne per i reati in tema di stupefacenti di cui all'art. 73 DPR 309 non richiedono una valutazione della pericolosità sociale, in quanto si tratta di una tipologia di reato indice di contiguità del soggetto ad organizzazioni criminali (v. tra le tante Consiglio di Stato, sez. III, 07/03/2017, n. 1069), fonte di particolare allarme sociale (cfr. Consiglio di Stato, sez. III - 2/3/2015 n. 1027)*».

Su questa linea giova richiamare anche una pronuncia del TAR Marche del 2019<sup>16</sup>, il quale ha statuito che, ai sensi dell'art. 4, d.lgs. n. 286/1998, in caso di condanna, *anche non definitiva*, del cittadino extracomunitario per qualsivoglia reato in materia di stupefacenti, il provvedimento di diniego del permesso di soggiorno costituisce per l'autorità competente un *atto vincolato*, non essendo a tal fine necessaria alcuna ulteriore valutazione in ordine alla pericolosità sociale e al grado di integrazione nel contesto sociale italiano, con la sola eccezione di eventuali legami familiari con soggetti residenti in Italia, nel qual caso si impone una valutazione comparativa discrezionale dell'interesse alla sicurezza pubblica e di quello dello straniero alla tutela dei propri rapporti familiari<sup>17</sup>.

Forse ancor più significativa di questo rigoroso indirizzo giurisprudenziale è altresì una quasi coeva pronuncia del TAR de L'Aquila<sup>18</sup>, la quale, richiamando l'art. 4, comma 3, d.lgs. n. 286/1998, ha statuito che le condanne in materia di stupefacenti siano da ritenere come *automaticamente ostative* al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno in favore dello straniero extracomunitario, qualunque sia la pena detentiva riportata. La decisione ora richiamata, a causa del disvalore attribuito dal legislatore a siffatte fattispecie di reato, si spinge sino ad escludere ogni rilevanza alla concessione della sospensione condizionale della pena, dovendosi *in primis* assicurare piena tutela al bene primario della sicurezza pubblica: la presenza di una sola di siffatte condanne toglierebbe ogni potere discrezionale all'Amministrazione, che finirebbe per essere tenuta a dare immediata applicazione al disposto normativo. Pertanto, sotto questo profilo, a nulla rileverebbe neanche il *giudizio di non pericolosità* espresso dal magistrato di sorveglianza, trattandosi di una valutazione circoscrivibile all'ambito prettamente penalistico e, come tale, estraneo alla sfera di valutazione dell'Amministrazione sulla sussistenza dei presupposti per il diniego del rilascio del permesso di soggiorno per pericolosità sociale dello straniero in presenza di condanne penali per detenzione e cessione di sostanze stupefacenti<sup>19</sup>.

Non mancano, tuttavia, anzi sono assai numerose, le pronunce di segno contrario, tendenti a fare comunque salvo il potere discrezionale di accertamento del Questore, pur in presenza di reati ostativi. Si è così affermato che, in caso di rinnovo di un permesso di soggiorno di un cittadino extracomunitario che abbia commesso reati ostativi, l'esistenza di precedenti condanne penali non costituirebbe, di per sé, motivo automatico di diniego, dovendo l'autorità amministrativa tenere comunque in considerazione anche la durata del soggiorno in Italia, il radicamento sociale e

---

<sup>15</sup> Sul punto, il medesimo Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, n. 142/2019, precisa che la circostanza di disporre di un lavoro stabile e di una altrettanto stabile collocazione abitativa insieme alla propria famiglia non inficia il provvedimento di revoca del permesso di soggiorno UE per asseriti vizi di logicità perché la Questura di Parma, in sede di ponderazione degli opposti interessi, ha correttamente dato prevalenza alle esigenze di protezione sociale e di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica rispetto ai profili personali e familiari, a parte il fatto che «*uno dei figli maggiorenni del ricorrente svolge attività lavorativa a tempo indeterminato ed il nucleo familiare può ritenersi economicamente indipendente dalle risorse dello stesso*». Si vedano anche, negli esatti termini: Tar Parma, sez. I, 19 maggio 2017, n. 166; Tar Parma, sez. I, 4 marzo 2019, n. 50; Id. 1° marzo 2019, n. 47.

<sup>16</sup> Ci si riferisce a Tar Marche, Ancona, sez. I, 26 settembre 2019, n. 604.

<sup>17</sup> In senso conforme, cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, 12 aprile 2022, n. 4473.

<sup>18</sup> Il richiamo è a Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 4 ottobre 2019, n. 475.

<sup>19</sup> In termini, Cons. St., sez. III, 10 giugno 2022, n. 4748 nonché Id., n. 5083/2019, cit.; *contra*: Cons. Stato, sez. II, 18 luglio 2019, n. 5074.

familiare e la situazione economica del soggetto interessato<sup>20</sup>. Trattasi di indirizzo rintracciabile anche nella giurisprudenza ordinaria<sup>21</sup>.

Ma, al di là delle oscillazioni testé riportate in materia di reati c.d. ostativi, in giurisprudenza è comunque pacifico che la valutazione del Questore, ancorché ampiamente discrezionale, debba essere effettuata in modo rigoroso e suffragata da ampia motivazione, come d'altronde ribadito dalla sentenza in commento e viepiù dalla recente giurisprudenza, anche del Consiglio di Stato<sup>22</sup>.

Sul punto, oltre alle pronunce testé richiamate su questa linea, si segnala il Tribunale amministrativo per la Toscana, il quale qualche anno fa, a proposito del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, ha più volte insistito sulla necessità di procedere, alla luce della normativa ora vigente, ad una specifica valutazione della pericolosità da effettuarsi *caso per caso*, tenendo conto non solo del titolo di reato per il quale lo straniero è stato condannato, ma di ogni ulteriore elemento fattuale (come il numero delle condanne, la risalenza nel tempo del reato, la condotta tenuta dallo straniero dopo la condanna, la fattispecie di reato, aggravata o attenuata, la condizione familiare, l'esistenza di un'attività lavorativa in corso, la durata del soggiorno con conseguente radicamento nel territorio nazionale, etc.), al fine di addivenire ad un giudizio di pericolosità sociale ponderato che tenga appunto conto dell'effettiva situazione di ciascun cittadino straniero<sup>23</sup>.

Da ultimo è altresì opportuno rammentare che numerose pronunce insistono sulla necessità che le questure, in sede di valutazione delle istanze di rilascio o di rinnovo di un permesso di soggiorno (nel caso di specie, per stranieri lungo soggiornanti), procedano ad un rigoroso accertamento degli ulteriori elementi che concorrono, spesso in misura determinante, alla formulazione del giudizio di pericolosità sociale, sotteso a siffatta valutazione. Così, accanto a decisioni che si soffermano sulla regolarità della documentazione prodotta<sup>24</sup> e sulla traduzione del provvedimento di diniego nella

---

<sup>20</sup> Così, Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 3 ottobre 2022, n. 369; Tar Umbria, Perugia, sez. I, 9 ottobre 2019, n. 51. Cfr., conformemente: Tar Toscana, Firenze, sez. II, 19 gennaio 2023, n. 63; Tar Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 15 novembre 2022, n. 489; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 11 luglio 2019, n. 1590; Tar Campania, Napoli, sez. VI, 4 luglio 2019, n. 3697; Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 4 settembre 2018, n. 687; Tar Lombardia, Milano, n. 1835/2015, cit.

<sup>21</sup> Così, sul punto, Corte appello, Milano, 17 dicembre 2019, n. 5049, secondo cui il divieto di espulsione per ragioni di coesione familiare impone all'Amministrazione e, successivamente, all'Autorità giurisdizionale di esplicitare in concreto le ragioni dell'attuale pericolosità sociale del richiedente il permesso di soggiorno, in guisa da giustificare il rigetto dell'istanza: la nuova formulazione degli artt. 4, comma 3 e 5, comma 5, nonché il nuovo comma 5-bis, d.lgs. n. 286/1998, non impongono più, in caso di richiesta di rilascio del permesso di soggiorno per motivi di coesione familiare, l'automatismo espulsivo in precedenza vigente per effetto della sola condanna del richiedente per i reati identificati dalla norma (nella specie, in materia di stupefacenti), essendo ora necessaria, ai fini del diniego, la formulazione di un giudizio di pericolosità sociale *in concreto*, che induca a concludere che lo straniero rappresenti una minaccia concreta ed attuale, e non già, come in passato, sulla base di una mera valutazione effettuata *ex ante* in via legislativa. In senso conforme: Tar Toscana, Firenze, sez. II, 15 gennaio 2016, n. 57; sez. II, n. 918/2015, cit.

<sup>22</sup> Si vedano, fra le molte, Cons. St., sez. III, 15 settembre 2022, n. 8009, e Tar Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 22 novembre 2021, n. 185.

<sup>23</sup> Così, Tar Toscana, Firenze, sez. II, 3 febbraio 2015, n. 200 (negli stessi termini, Tar Firenze, n. 918/2015, cit.). Su questa linea, anche Cons. Stato, sez. VI, n. 4708/2016, cit., per il quale il diniego o la revoca del permesso di soggiorno UE per stranieri lungo soggiornanti debbono essere sorretti da un giudizio di pericolosità sociale supportato da articolata motivazione, oltre che sull'intervenuta condanna, anche su ulteriori elementi, come la durata del soggiorno nel territorio nazionale e l'inserimento sociale, familiare e lavorativo dell'interessato, escludendo così ogni automatismo in conseguenza delle condanne penali riportate. Cfr. anche Tar Piemonte, Torino, sez. I, 5 settembre 2019, n. 963 (così, conformemente, Tar Campania, Napoli, sez. VI, 5 agosto 2019, n. 4290, e n. 3697/2019, cit.).

<sup>24</sup> Cfr., recentemente, Cons. St., sez. III, 29 settembre 2022, n. 8377, Id, 17 agosto 2022, n. 7213, nonché Tar Lombardia, Milano, sez. I, 9 agosto 2022, n. 1908. In senso conforme, *ex plurimis*: Tar Toscana, Firenze, sez. II, 11 ottobre 2019, n. 1348, per il quale è inutilizzabile la produzione di documentazione falsa, sebbene l'Amministrazione, ai fini del rilascio o del diniego del titolo richiesto, possa anche valutare gli elementi sopraggiunti e, quindi, la documentazione comprovante l'attuale possesso dei requisiti di legge; Tar Toscana, Firenze, sez. II, 9 ottobre 2019, n. 1329, per il quale la produzione di documentazione fittizia è ostativa al rilascio del primo titolo di soggiorno e al suo rinnovo, dovendo l'Amministrazione precedente verificare la sussistenza dei requisiti di legge anche in base ad eventuali elementi sopraggiunti *ex art. 5, comma 5, d.lgs. n. 286/1998*, come la documentazione comprovante

lingua madre dello straniero<sup>25</sup>, se ne aggiungono altre che pongono l'accento sulla sistemazione abitativa di quest'ultimo, effettiva e non meramente fittizia<sup>26</sup>, e altre ancora che circoscrivono i vincoli familiari ai soli coniuge e figli e non anche ad altri parenti, pur stretti (come i fratelli)<sup>27</sup>. E non mancano neppure pronunce che ribadiscono la necessità di estendere anche allo straniero gli istituti di garanzia procedimentale nel corso dell'*iter* amministrativo per il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno, come la comunicazione di avvio del procedimento<sup>28</sup> o la comunicazione di preavviso di rigetto *ex art. 10-bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241<sup>29</sup>. In chiusura, merita di essere citata una recente pronuncia del Consiglio di Stato<sup>30</sup>, che, con riferimento alla revoca di un permesso UE per

---

un'attività lavorativa diversa da quella falsamente esibita dal richiedente; Tar Trentino Alto Adige, Trento, sez. I, 6 dicembre 2018, n. 272, per il quale, in caso di contraffazione o alterazione di un documento (visto di ingresso o reingresso, permesso di soggiorno, contratto di soggiorno o carta di soggiorno), va revocato il permesso di soggiorno UE per stranieri lungo soggiornanti, se acquisito fraudolentemente: così, la mancanza di un valido passaporto preclude il rilascio del titolo di soggiorno richiesto, mentre l'uso di un passaporto falso impone la reiezione della domanda di permesso senza lasciare margini di discrezionalità all'Amministrazione, poiché l'allegazione di un documento falso costituisce indice presuntivo di pericolosità sociale e pertanto giustificato motivo di annullamento o diniego del titolo di soggiorno. Da ultimo, si richiama il recente Cons. St., sez. III, 23 giugno 2022, n. 5171, che ha sollevato questione di costituzionalità per la norma che nega automaticamente allo straniero che introduce o commercia prodotti falsi in Italia di ottenere il permesso di soggiorno.

<sup>25</sup> Così, ad esempio, Tar Puglia, Lecce, sez. II, 8 ottobre 2019, n. 1533, per il quale, in sede di rinnovo del permesso di soggiorno, l'omessa traduzione del provvedimento di diniego esclude l'automatica illegittimità dell'atto, potendo eventualmente giustificare una remissione in termini del destinatario ai fini dell'impugnazione. Così, anche Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 3 settembre 2019, n. 690, per il quale il provvedimento di reiezione dell'istanza di permesso o del rinnovo del soggiorno UE per stranieri lungo soggiornanti per mancanza del requisito reddituale, non necessitano, ai fini della loro legittimità, di alcuna traduzione nella lingua conosciuta al cittadino straniero.

<sup>26</sup> Così, Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre 2019, n. 6992, per il quale lo straniero, al fine di ottenere il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno, deve provare l'effettiva disponibilità dell'alloggio presso cui è domiciliato attraverso idonea documentazione, come i pagamenti delle utenze, delle spese condominiali o un contratto di locazione regolarmente registrato o un atto di acquisto dell'immobile. Negli stessi termini: Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 4407, per il quale la disponibilità dell'alloggio costituisce un requisito indefettibile per ottenere il rinnovo del permesso di soggiorno; Tar Campania, Napoli, sez. VI, 21 giugno 2019, n. 3448, per il quale, ai fini del riconoscimento del permesso di soggiorno, la certezza della situazione abitativa costituisce un presupposto indispensabile per ogni tipologia di lavoro (autonomo o subordinato), non potendo detto permesso essere rilasciato o rinnovato in situazioni di forte precarietà alloggiativa.

<sup>27</sup> Così, Tar Veneto, Venezia, sez. III, 18 settembre 2019, n. 1003, per il quale, ai fini della valutazione *ex art. 5*, comma 5, d.lgs. n. 286/1998 per il rinnovo del permesso di soggiorno, è rilevante anche il legame del richiedente con i propri familiari, dovendosi valutare anche la natura e l'effettività di tale vincolo. Così, significativamente, Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 23 luglio 2019, n. 647, per il quale la convivenza con un proprio fratello non costituisce elemento sufficiente per recidere ogni automatismo tra la commissione di un reato ostativo al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno e la formulazione del giudizio di pericolosità sociale giacché il nucleo familiare a tal fine ricomprende solo i genitori, il coniuge e i figli.

<sup>28</sup> Così, Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 30 settembre 2019, n. 213, per il quale la comunicazione di avvio del procedimento deve precedere ogni decisione prefettizia in merito alla revoca delle misure di accoglienza, trattandosi di atto discrezionale implicante una valutazione in concreto della singola fattispecie e della particolare situazione della persona interessata (negli esatti termini, v. anche Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 2 novembre 2022, n.1059). *Contra*: Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 15 luglio 2019, n. 616, per il quale il provvedimento di revoca delle misure di accoglienza per comportamenti gravemente violenti (come lo spaccio di stupefacenti) non richiedono alcuna comunicazione di avvio del procedimento giacché la rilevante esposizione a pericolo dell'incolumità altrui giustifica in sé la sussistenza di ragioni di urgenza per la sua adozione.

<sup>29</sup> Così, Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 22 luglio 2019, n. 632, per il quale l'Amministrazione non è tenuta ad emettere un preavviso di rigetto in merito al mancato rilascio del permesso qualora l'eventuale partecipazione procedimentale a nulla servirebbe per smentire un motivato giudizio di pericolosità sociale, essendo escluso che possa essere rilasciato un permesso di soggiorno UE a stranieri lungo soggiornanti ritenuti pericolosi per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato. Così anche Tar Lazio, Latina, sez. I, 24 settembre 2018, n. 481, per il quale, in caso di omessa comunicazione del preavviso di rigetto della domanda di soggiorno, è illegittimo il decreto di revoca del permesso di soggiorno UE emesso in assenza di ragioni di urgenza tali da giustificare la conclusione del procedimento in deroga alle regole di contraddittorio.

<sup>30</sup> Il riferimento è a Cons. St., Sez. III, 4 agosto 2022, n. 6890, il quale, con riferimento al diniego di un permesso Ue per lungo soggiornanti *ex art. 9*, d.lgs. n. 286 del 1998, ha precisato che detto provvedimento deve essere sorretto da un

lungo soggiornanti, ha ribadito che il giudizio di pericolosità sociale dello straniero deve essere sorretto da *una motivazione articolata su più elementi* e non solo con riguardo alla circostanza dell'intervenuta condanna, avendo riguardo alla durata del soggiorno nel territorio nazionale e all'inserimento sociale, familiare e lavorativo dell'interessato ed escludendo l'operatività di ogni automatismo in conseguenza di condanne penali riportate.

### 3. Due importanti sentenze della Corte costituzionale (nn. 202/2013 e 88/2023)

I. Con riferimento all'ipotesi dell'annullamento giurisdizionale disposto nei confronti di un decreto dell'autorità di pubblica sicurezza che ha respinto l'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno *per motivi di lavoro autonomo* in seguito ad un giudizio di pericolosità sociale dell'istante, va segnalata un'importante pronuncia della [Corte costituzionale del 2013](#)<sup>31</sup>, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 5, t.u.i., nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita trovi applicazione solo nei confronti dello straniero che *«ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare»* o anche al *«familiare ricongiunto»*, mentre invece non si estende allo straniero *«che abbia legami familiari nel territorio dello Stato»*.

La pronuncia, ora segnalata, pur riguardando un caso specifico, merita di essere messa in evidenza perché i principi ivi evocati a sostegno della censura di legittimità costituzionale contribuiscono a meglio definire l'ambito e l'assetto normativo della materia ora in esame.

Come è noto, l'art. 5, comma 5, t.u.i., prevede che i provvedimenti di rifiuto e revoca del permesso di soggiorno, nonché di diniego del rinnovo del permesso nei confronti *«dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, ovvero del familiare ricongiunto»*, debbano tener conto anche della natura e dell'effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il Paese di origine, unitamente alla durata del soggiorno nel territorio italiano.

La disposizione attribuisce una sorta di *«tutela rafforzata»* (così si esprime la Consulta nella pronuncia testé richiamata) a favore degli stranieri residenti in Italia per effetto di un provvedimento di ricongiungimento familiare, i quali sono perciò messi al riparo dall'applicazione automatica di misure ostative alla loro permanenza nel territorio nazionale in caso di condanna per i reati di cui all'art. 4, comma 3, t.u.i. La tutela rafforzata emerge, in particolare, con il riconoscimento in capo all'Amministrazione del potere di valutazione in concreto della situazione dell'interessato, tanto sotto il profilo della sua pericolosità per la sicurezza e l'ordine pubblico, quanto sotto il profilo della durata del suo soggiorno e dei suoi legami familiari e sociali.

Ebbene, a giudizio della Corte, come già accennato, la tutela rafforzata di cui all'art. 5, comma 5, t.u.i. non si estenderebbe a coloro che, pur trovandosi nelle condizioni sostanziali di ottenere il ricongiungimento familiare, non abbiano tuttavia esercitato tale diritto facendo richiesta del relativo provvedimento formale: pertanto, nei confronti di costoro troverebbe applicazione l'automatismo che impone alla P.A. di disporre *comunque* il rifiuto del rilascio del permesso di soggiorno (o la sua revoca o il diniego del rinnovo), qualora i richiedenti risultino condannati, con sentenza anche non definitiva, per i reati c.d. ostativi di cui all'art. 4, comma 3, t.u.i.

In altri termini, riprendendo le parole della Consulta, *«la disposizione impugnata [ossia l'art. 5, comma 5, t.u.i.] delimita l'ambito di applicazione della tutela rafforzata, che permette di superare l'automatismo solo nei confronti dei soggetti che hanno fatto ingresso nel territorio in virtù di un formale provvedimento di ricongiungimento familiare, determinando così una irragionevole*

---

giudizio di pericolosità sociale dello straniero, *con una motivazione articolata su più elementi* e non solo con riguardo alla circostanza dell'intervenuta condanna, con particolare riguardo alla durata del soggiorno nel territorio nazionale e all'inserimento sociale, familiare e lavorativo dell'interessato, escludendo l'operatività di ogni automatismo in conseguenza di condanne penali riportate.

<sup>31</sup> Il riferimento è a [Corte cost. 18 luglio 2013, n. 202](#).

*disparità di trattamento rispetto a chi, pur versando nelle condizioni sostanziali per ottenerlo, non abbia formulato istanza in tal senso. Simile restrizione viola l'art. 3 Cost. e reca un irragionevole pregiudizio ai rapporti familiari, che dovrebbero ricevere una protezione privilegiata ai sensi degli artt. 29, 30 e 31 Cost. e che la Repubblica è vincolata a sostenere, anche con specifiche agevolazioni e provvidenze, in base alle suddette previsioni costituzionali».*

Attraverso questa pronuncia la Corte ha così ribadito il principio secondo cui l'ampia discrezionalità riconosciuta al legislatore nel disciplinare l'ingresso e il soggiorno dello straniero nel territorio nazionale, in relazione alla pluralità degli interessi coinvolti, «*non è assoluta, dovendo rispecchiare un ragionevole e proporzionato bilanciamento di tutti i diritti e gli interessi coinvolti, soprattutto quando la disciplina dell'immigrazione sia suscettibile di incidere sui diritti fondamentali, che la Costituzione protegge egualmente nei confronti del cittadino e del non cittadino*»<sup>32</sup>.

Rientra pertanto nei poteri discrezionali del legislatore la previsione di fattispecie in cui l'Amministrazione sia tenuta *ope legis* a revocare o a negare il permesso di soggiorno automaticamente e senza ulteriori considerazioni, a fronte di reati ritenuti particolarmente pericolosi per la sicurezza e l'ordine pubblico: la Corte ha infatti chiarito da tempo come sia da escludere – a livello di principio – che simili previsioni siano manifestamente irragionevoli «*costituendo l'automatismo espulsivo un riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione e che costituisce, anche per gli stranieri presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare arbitrii da parte dell'autorità amministrativa*»<sup>33</sup>. Tuttavia, tale automatismo deve pur sempre essere conseguenza di un bilanciamento, ragionevole e proporzionato ai sensi dell'art. 3 Cost., tra la necessità di tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato e di regolare i flussi migratori e, per altro verso, di salvaguardare i diritti fondamentali dello straniero riconosciutigli dalla Costituzione italiana<sup>34</sup>.

A fondamento della censura di legittimità costituzionale disposta dalla Corte costituzionale nel 2013 in merito all'automatismo espulsivo previsto dall'art. 5, comma 5, t.u.i., si pone pertanto la necessità di espungere dall'ordinamento una norma che incida in modo irragionevole e sproporzionato sui diritti fondamentali in forza di un ragionevole bilanciamento tra tutti gli interessi e i diritti di rilievo costituzionale coinvolti<sup>35</sup>. Secondo la Corte, un automatismo procedurale fondato su una *presunzione assoluta di pericolosità* può ritenersi arbitrario e dunque costituzionalmente illegittimo qualora non risponda a dati di esperienza generalizzati, essendo possibile ipotizzare reali accadimenti contrari alla generalizzazione formulata nella presunzione normativa<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> *Ibidem*. Trattasi di indirizzo ormai consolidato della Corte costituzionale; si vedano, *ex multis*, le seguenti sentenze, pronunciate sempre nella materia in esame: [12 dicembre 2014, n. 277](#); [6 luglio 2012, n. 172](#); [25 luglio 2011, n. 245](#); [22 ottobre 2010, n. 299](#); [8 luglio 2010, n. 249](#); [16 maggio 2008, n. 148](#); [26 maggio 2006, n. 206](#); [18 febbraio 2005, n. 78](#); [24 febbraio 2004, n. 62](#).

<sup>33</sup> Così [Corte cost., n. 148 del 2008](#).

<sup>34</sup> Così, *ex multis*, [Corte cost. sent. n. 172 del 2012](#). Come è noto, nel giudizio di bilanciamento tra due diritti la Corte valuta la ragionevolezza delle scelte legislative secondo il c.d. test di proporzionalità, ossia accerta che la norma oggetto di valutazione non solo risulti idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, ma altresì preveda, tra le possibili misure appropriate, quella meno restrittiva dei diritti messi a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di tali obiettivi: in tal senso, cfr., *ex plurimis*, [Corte cost. sentt. 28 dicembre 2021, n. 260](#); [21 febbraio 2019, n. 20](#); [27 giugno 2018, n. 137](#).

<sup>35</sup> Sotto questo profilo, si rinvia nuovamente a [Corte cost., sentt. nn. 245 del 2011](#), nonché [nn. 299](#) e [n. 249 del 2010](#).

<sup>36</sup> Come ha ripetutamente affermato la Corte, «*le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit*» ([Corte cost. sent. 16 aprile 2010, n. 139](#)); inoltre, «*l'irragionevolezza della presunzione assoluta si può cogliere tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa*» (*ibidem*). Sulla stessa linea, cfr. *ex plurimis*: [Corte cost., sentt. 4 dicembre 2019, n. 253](#); [15 dicembre 2016, n. 268](#); [18 luglio 2013, n. 213](#); [29 marzo 2013, n. 57](#); [6 luglio 2012, n. 172](#); [3 maggio 2012, n. 110](#); [22 luglio 2011, n. 231](#).



Ebbene, ogni decisione sul rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno di chi abbia legami familiari in Italia deve necessariamente fondarsi su una attenta ponderazione tra la pericolosità concreta e attuale dello straniero condannato e la necessità, costituzionalmente garantita, di tutelare la famiglia e i minori giacché ogni decisione che colpisce uno dei soggetti del nucleo familiare finisce per ripercuotersi anche sugli altri componenti della famiglia. Il distacco dal nucleo familiare, soprattutto se in presenza di figli minori, non può essere disposto in forma generalizzata e automatica attraverso presunzioni di pericolosità assolute, operanti *ope legis*, e ad automatismi procedurali, che non lascino spazio ad un circostanziato esame della situazione particolare dello straniero interessato e dei suoi familiari.

A giudizio della Corte, l'art. 5, comma 5, t.u.i. confligge con gli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost. nella parte in cui non estende la tutela rafforzata ivi prevista a tutti i casi in cui lo straniero abbia nello Stato legami familiari.

La posizione assunta dalla Corte costituzionale con la sentenza del 2013 si pone in linea – per sua stessa ammissione – con la costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>37</sup>. Invero, se da un canto l'art. 8 della CEDU non garantisce allo straniero il diritto di entrare o risiedere in un determinato Paese, in quanto gli Stati sono pur sempre titolari del potere di espellere gli stranieri condannati per reati puniti con pena detentiva, da un altro canto è comunque necessario che i singoli legislatori operino un bilanciamento proporzionato tra il bene giuridico della pubblica sicurezza e dell'ordine pubblico e il diritto alla vita familiare dello straniero e dei suoi congiunti.

La norma convenzionale dell'art. 8 della CEDU è ormai assunta da tempo quale parametro interposto finalizzato a proteggere il diritto al rispetto della vita privata e familiare in presenza di un provvedimento di espulsione dello straniero dal territorio nazionale.

In particolare, secondo la Corte di Strasburgo<sup>38</sup>, il giudizio di ragionevolezza e di proporzionalità imposto dall'art. 8 della CEDU presuppone la valutazione di una serie di elementi desumibili dall'attenta osservazione in concreto di ciascun caso. Si tratta, in sostanza, di criteri in virtù dei quali è possibile valutare se la misura dell'allontanamento di uno straniero possa considerarsi «necessaria» e «proporzionata» allo scopo perseguito<sup>39</sup>.

In breve, i criteri individuati dalla Corte sono sostanzialmente i seguenti: la natura e la gravità del reato commesso dal ricorrente; la durata del soggiorno dell'interessato sul territorio nazionale; il lasso di tempo trascorso dalla commissione del reato e la condotta tenuta dallo straniero durante tale lasso temporale; la nazionalità delle diverse persone coinvolte; la situazione familiare dello straniero che dovrebbe essere allontanato, e segnatamente, all'occorrenza, la durata del suo matrimonio ed altri fattori che testimonino l'effettività di una vita familiare in seno alla coppia; la circostanza che il coniuge fosse a conoscenza del reato all'epoca della creazione della relazione familiare; il fatto che dal matrimonio siano nati figli e la loro età; le ripercussioni che il coniuge e i figli (se ve ne siano) rischiano di trovarsi ad affrontare in caso di espulsione, anche in considerazione delle difficoltà che costoro incontrerebbero nel Paese di allontanamento dello straniero; l'interesse e il benessere dei figli; la solidità dei legami sociali, culturali e familiari con il Paese ospite<sup>40</sup>.

L'attenzione che l'art. 8 della CEDU – come applicato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – rivolge alla situazione concreta dello straniero e dei suoi familiari assicura pertanto un livello di tutela dei rapporti familiari equivalente alla protezione accordata alla famiglia nel nostro ordinamento costituzionale.

La Corte costituzionale è più volte intervenuta, anche in anni recenti, per ribadire che lo scrutinio sulla complessiva ragionevolezza e proporzionalità delle previsioni normative che comportano

---

<sup>37</sup> Ivi richiama espressamente, *ex plurimis*, Corte EDU, sent. 7 aprile 2009, Cherif e altri c. Italia.

<sup>38</sup> Si veda ancora, *ex plurimis*, Corte EDU, sent. 7 aprile 2009.

<sup>39</sup> Così, Corte EDU, sent. Grande Camera, 18 ottobre 2006, Ünner contro Olanda.

<sup>40</sup> Tali criteri sono stati ripresi dalla successiva giurisprudenza della Corte EDU: si veda, fra le numerose, anche la recente sentenza della Quarta Sezione, 27 settembre 2022, Otite contro Regno Unito.

l'allontanamento dal territorio nazionale di uno straniero presuppone «*un conveniente bilanciamento*» tra le ragioni che giustificano la misura di volta in volta prescelta dal legislatore (come, nel caso di specie, la commissione di reati da parte dello straniero) «*e le confliggenti ragioni di tutela del diritto dell'interessato, fondato appunto sull'art. 8 CEDU, a non essere sradicato dal luogo in cui intrattenga la parte più significativa dei propri rapporti sociali, lavorativi, familiari, affettivi*»<sup>41</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, la Corte costituzionale del 2013 ha ravvisato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 5, t.u.i. anche sotto il profilo della violazione dell'art. 8 della CEDU, confermando l'indirizzo della giurisprudenza costituzionale che affida alla Corte europea il compito di assicurare una valutazione «*sistemica e non frazionata*» dei diritti fondamentali, in modo da assicurare la «*massima espansione delle garanzie*» esistenti a tutela dei diritti e dei principi, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca<sup>42</sup>.

II. La seconda rilevante pronuncia della Consulta è invece recentissima (2023)<sup>43</sup>. Nel caso di specie, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il combinato disposto degli artt. 4, comma 3, e 5, comma 5, t.u.i. per violazione degli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo con riferimento all'art. 8 della CEDU, segnatamente nella parte in cui detto combinato ricomprende due particolari fattispecie di condanna automaticamente ostative al rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro: trattasi, da un lato, dell'ipotesi di condanna (anche non definitiva) per il reato del c.d. "piccolo spaccio" di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990, e, dall'altro, dell'ipotesi di condanna (definitiva) per il reato di commercio di prodotti con segni falsi di cui all'art. 474, secondo comma, cod. pen., senza prevedere che l'autorità competente verifichi in concreto la pericolosità sociale del richiedente.

Per quanto riguarda l'ipotesi di reato di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990, che punisce la produzione, il traffico e la detenzione di sostanze stupefacenti o psicotrope «*di lieve entità*», si tratta di una fattispecie che rientra tra i reati ostativi previsti dall'art. 4, comma 3, t.u.i., per i quali è impedito il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno.

Richiamando un precedente indirizzo, la Corte ha ritenuto manifestamente irragionevole che il provvedimento di diniego del permesso di soggiorno consegua automaticamente alla sentenza di condanna per uno dei reati che, ai sensi dell'art. 381 cod. proc. pen., «*non siano necessariamente sintomatici della pericolosità di colui che li ha commessi*»<sup>44</sup>, atteso che l'applicabilità della misura dell'arresto in flagranza è «*subordinata ad una specifica valutazione di elementi ulteriori rispetto a quelli consistenti nella mera prova della commissione del fatto*»<sup>45</sup>, come si evince dall'art. 381, comma 4, cod. proc. pen. («*Nelle ipotesi previste dal presente articolo si procede all'arresto in flagranza soltanto se la misura è giustificata dalla gravità del fatto ovvero dalla pericolosità del soggetto desunta dalla sua personalità o dalle circostanze del fatto*»).

Pertanto, secondo la Corte è oggi possibile rilasciare un permesso di soggiorno ad uno straniero condannato per uno dei reati di cui all'art. 381 cod. proc. pen. (fra cui il reato *ex art.* 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990), se l'Amministrazione ravvisa, con valutazione discrezionale da compiersi caso per caso, che non sussistano minacce per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato.

La Consulta ha poi precisato che la presunzione di pericolosità introdotta dalla norma impugnata può confliggere con un giudizio di *pericolosità attuale*, qualora lo straniero, dopo aver commesso il reato (di lieve entità) di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990, abbia seguito un

<sup>41</sup> Così [Corte cost., ord. 18 novembre 2021, n. 217](#), di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.

<sup>42</sup> Si vedano, conformemente, sentt. [Corte cost. nn. 85 e 170 del 2013](#), nonché [n. 264 del 2012](#).

<sup>43</sup> Il riferimento è a [Corte cost. sent. 8 maggio 2023, n. 88](#).

<sup>44</sup> [Corte cost., sent. n. 172 del 2012](#).

<sup>45</sup> *Ibidem*.

percorso rieducativo successivo alla condanna, magari dopo un notevole lasso di tempo dalla commissione del reato. La presunzione di pericolosità risulta pertanto contraria al *principio di proporzionalità*, anche ai sensi dell'art. 8 CEDU, che, come è noto, prescrive che l'Amministrazione valuti la situazione concreta, in relazione al percorso di inserimento nella società. È pertanto necessario che nel caso in esame l'Amministrazione, in sede di disamina della domanda di rinnovo del permesso, compia una valutazione in concreto, caso per caso, sulla pericolosità dello straniero, senza limitarsi ad accertare la mera sussistenza di una sentenza di condanna penale, analogamente a quanto già avviene nel caso di rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo<sup>46</sup>.

Sul punto, si rammenta inoltre che la Corte ha recentemente affermato il principio secondo cui, nel giudizio di legittimità costituzionale delle norme che limitano, nei confronti degli stranieri, il godimento di diritti fondamentali della persona, non sia ammissibile una differenziazione tra la situazione di coloro che godono dello *status* di soggiornanti di lungo periodo rispetto a quella di coloro che siano legalmente residenti sul territorio nazionale in forza di un ordinario permesso di soggiorno<sup>47</sup>.

Infine, secondo la Corte possono estendersi le medesime argomentazioni anche alla previsione ostativa di cui alla fattispecie *ex art. 474*, secondo comma, c.p. (commercio di prodotti con segni falsi), trattandosi a rigore di fattispecie meno grave della precedente, giacché la pena edittale massima di soli due anni di reclusione è di entità tale da non prevedere neppure l'arresto facoltativo in flagranza *ex art. 381* cod. proc. pen., che, come è noto, richiede, in caso di delitto non colposo, la pena della reclusione superiore, nel massimo, a tre anni.

#### 4. La pronuncia del TAR parmense in commento come monito ad una maggiore responsabilizzazione del migrante accolto: riferimenti all'istituto dell'accordo di integrazione di cui all'art. 4-bis, t.u. immigrazione 1998

Come già evidenziato, la sentenza in epigrafe, pur non significativamente innovativa sotto il profilo giurisprudenziale, offre tuttavia spunti per sollecitare riflessioni di carattere generale sul tema, di grande attualità, afferente al *dovere di integrarsi* nella comunità accogliente, gravante sui beneficiari di un permesso di soggiorno nel territorio nazionale.

La decisione, come numerose altre di analogo tenore rintracciabili in giurisprudenza, sembra in effetti collocarsi nel solco di quelle punte avanzate della dottrina amministrativistica<sup>48</sup>, e non solo<sup>49</sup>, tese ad orientare l'attenzione – senza pregiudizi ideologici – dal (solo) piano dei *diritti* ad (anche) quello dei *doveri* e delle *responsabilità*. In altri termini, essa coniuga sostanzialmente il tema dei *diritti* dei migranti – assolutamente pacifico e viepiù coperto da garanzie costituzionali e da vincoli internazionali ed europei – con la logica del *dovere d'integrarsi* nella comunità accogliente e dunque con la necessità di attribuire ai migranti un preciso *obbligo di partecipazione attiva al percorso d'integrazione*, tali da renderli direttamente responsabili del proprio destino.

---

<sup>46</sup> Ai sensi dell'art. 9, comma 4, t.u.i., il permesso di soggiornante di lungo periodo «non può essere rilasciato agli stranieri pericolosi per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato», precisando tuttavia che, in sede di valutazione della pericolosità, «si tiene conto» anche di eventuali condanne «per i reati previsti dall'articolo 380 del codice di procedura penale, nonché, limitatamente ai delitti non colposi, dall'articolo 381 del medesimo codice».

<sup>47</sup> Corte cost., sent. 4 marzo 2022, n. 54.

<sup>48</sup> Ci si riferisce, in particolare, al già citato contributo di F. FRACCHIA, *Integrazione, eguaglianza, solidarietà*, in Atti del convegno internazionale «Diritti dell'immigrazione e diritti dei migranti» (Agrigento, 22-23 maggio 2013), cit., ampiamente richiamato nel prosieguo della trattazione.

<sup>49</sup> Si pensi, tra gli altri, all'ecclesiastico C. CARDIA, *Carta dei valori e multiculturalità alla prova della Costituzione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 12/2008, nonché ID., *Laicità, diritti umani, cultura relativista*, *ivi*, 11/2009.

Trattasi di impostazione non sempre condivisa – soprattutto nella dottrina di stampo sociologico o comunque di matrice metagiuridica<sup>50</sup> –, ma che si sta via via diffondendo e, in effetti, meriterebbe una più attenta considerazione.

Sotto il profilo prettamente giuridico questa logica di maggiore responsabilizzazione degli stranieri soggiornanti nel territorio nazionale trae ispirazione (in particolare, ma non solo) dall'istituto dell'accordo di integrazione<sup>51</sup> e dalla Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione, in ordine ai quali è necessario dedicare una sosta di approfondimento.

Quanto all'accordo di integrazione, si tratta di un istituto innestato poco più di dieci anni fa, tra molte polemiche, nel tessuto normativo del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (testo unico in materia d'immigrazione) e che i migranti – *di regola* – sono tenuti a sottoscrivere al momento del loro ingresso nel territorio nazionale, onde ottenere il rilascio del permesso di soggiorno: tale adempimento costituisce dunque requisito essenziale per assicurare la permanenza nel territorio nazionale<sup>52</sup>. Più in particolare, l'accordo consiste nell'impegno, assunto formalmente innanzi allo Stato italiano (nella specie, in Questura), ad acquisire determinate conoscenze linguistiche e culturali nonché a svolgere attività aggiuntive, in ogni caso sintomatiche della volontà di integrarsi nella società italiana, da accertarsi attraverso un singolare sistema di crediti, la cui perdita comporta la risoluzione dell'accordo e la revoca del permesso di soggiorno, con conseguente espulsione dal territorio nazionale. Attraverso questa sorta di contratto – *rectius*: di *accordo amministrativo*<sup>53</sup> –

<sup>50</sup> Tra i molti, cfr.: E. GARGIULO, *Integrazione o esclusione? I meccanismi di selezione dei non cittadini tra livello statale e livello locale*, in *Dir., immigrazione e cittadinanza*, XVI, (1), 2014; ID., *Discorsi che dividono: differenzialismo e attacchi al legame sociale nell'Accordo di integrazione*, in *Rass. it. sociologia*, LIII, (3), luglio-settembre 2012; ID., *Dall'inclusione programmata alla selezione degli immigrati: le visioni dell'integrazione nei documenti di programmazione del Governo italiano*, in *Polis*, XXVIII, 2 agosto 2014, 221 ss.; M. Russo Spina, V. Carbone (a cura di), *Il dovere di integrarsi – Cittadinanze oltre il logos multiculturalista*, Roma, 2014.

<sup>51</sup> Sulla disciplina dell'accordo d'integrazione cfr., *ex multis*: N. ZORZELLA, *L'accordo di integrazione: ultimo colpo di coda di un governo cattivo?* in *Dir., immigrazione e cittadinanza*, 2011, (4), 58 ss.; E. DAL CANTO, *Commento all'art. 1, comma 25, in Commentario al «Pacchetto sicurezza»*, L. 15 luglio 2009, n. 94, a cura di G. De Francesco, A. Gargani, D. Manzione, A. Pertici, Torino, 2011, 159 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Entra in vigore l'accordo (stonato) di integrazione*, in *Gli stranieri*, 2011, 7 ss.; M.C. LOCCHI, *L'accordo di integrazione tra lo Stato e lo straniero (art. 4-bis t.u. sull'immigrazione n. 286/98) alla luce dell'analisi comparata e della critica al modello europeo di "integrazione forzata"*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2012; F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNNA, *L'accordo di integrazione ovvero l'integrazione per legge*, in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013, 253 ss.; M. CALABRÒ, *L'amministrazione di fronte all'immigrato: tra inclusione, esclusione e integrazione*, Relazione al Convegno *Mondi immaginati. Il concetto di resilienza nella biopolitica*, Università degli Studi di Napoli Federico II, settembre 2014; G. Cerrina Feroni, V. Federico (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, 2018; A. GIUFFRIDA, *L'accordo di integrazione ex art. 4-bis, t.u. immigrazione: luci ed ombre a dieci anni dall'entrata in vigore*, in *Dir. e proc. amm.*, 3/2020, 821 ss.

<sup>52</sup> L'introduzione dell'accordo di integrazione nell'ordinamento giuridico italiano si deve alla l. 15 luglio 2009, n. 94 (rientrante nel c.d. "Pacchetto sicurezza" del 2009), che ha innestato nel tessuto normativo del t.u. immigrazione del 1998 un apposito articolo (l'art. 4-bis) ad esso dedicato. Tale disciplina, estremamente laconica, è stata in breve integrata dal relativo regolamento di attuazione approvato con d.P.R. 14 settembre 2011, n. 179, recante i contenuti essenziali dell'accordo: l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione, compresi i casi straordinari di giustificata esenzione dalla sottoscrizione; l'articolazione dei crediti; i casi di proroga e di sospensione dell'accordo; le modalità e gli esiti delle verifiche dell'adempimento; le collaborazioni interistituzionali e l'istituzione dell'Anagrafe nazionale degli intestatari degli accordi d'integrazione. La disciplina regolamentare è altresì arricchita da tre allegati e da svariate circolari ministeriali: i primi recano lo schema-tipo dell'accordo d'integrazione, la tabella dei crediti riconoscibili riguardo alla conoscenza della lingua italiana, della cultura civica e della vita civile in Italia e la tabella dei crediti decurtabili; le seconde, per lo più introducono linee di indirizzo e indicazioni operative per una corretta applicazione a livello locale delle procedure e delle misure introdotte dalla disciplina *de qua* (cfr. la circolare congiunta del Ministro dell'interno e del Ministro per la cooperazione internazionale e l'integrazione n. 21542 del 2 marzo 2012, nonché quattro circolari del Ministero dell'interno n. 1.583 del 5 marzo 2012, n. 176 del 7 marzo 2012, n. 6.831 del 6 novembre 2012 e n. 824 del 10 febbraio 2014).

<sup>53</sup> Sulla natura giuridica dell'accordo d'integrazione e alla sua ricostruzione in chiave giuspubblicistica, sia consentito rinviare a A. GIUFFRIDA, *L'accordo di integrazione ex art. 4-bis, t.u. immigrazione: luci ed ombre a dieci anni dall'entrata in vigore*, cit., con la numerosa dottrina ivi richiamata.

viene così imposto ai migranti uno specifico *dovere d'integrazione*, puntualmente sanzionato, qualora disatteso.

In buona sostanza, lo straniero che vanti determinati requisiti – ossia, un adeguato livello di conoscenza della lingua italiana e delle regole fondamentali del nostro ordinamento giuridico e che aderisca alla *Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione* (su cui v. *infra*) – si vede concesso da subito dieci punti di credito. Al momento del rinnovo del permesso di soggiorno egli può allegare nuovi crediti rispetto a quelli iniziali, dichiarando, sotto la propria responsabilità, l'assenza di violazioni di norme civili, penali, amministrative e tributarie, l'avvenuto superamento di un corso organizzato che attesti il raggiungimento di un livello adeguato d'integrazione sociale e culturale ed infine la partecipazione alla vita economica e sociale della comunità nazionale e locale<sup>54</sup>.

Di contro, si prevede l'eventuale recupero dei crediti perduti attraverso l'esercizio di attività socialmente utili, e, nel caso di azzeramento dei punti iniziali, la revoca del permesso di soggiorno e la conseguente espulsione. Lo straniero può infatti subire una decurtazione dei punti qualora incorra in una condanna penale non definitiva, o commetta un illecito amministrativo o tributario, o sia sottoposto a misure di sicurezza personale; anche la mancata partecipazione ai corsi di educazione civica incide negativamente sull'entità dei crediti.

Ma è sempre possibile – ed anzi auspicabile – che i crediti inizialmente attribuiti aumentino, ad esempio perché il migrante raggiunge un significativo livello di conoscenza della lingua italiana e dell'educazione civica, o consegue titoli di studio, o è impegnato nel volontariato, o abbia acquistato un'immobile per la sua abitazione.

Il regime giuridico dell'accordo di integrazione non è applicabile a tutti gli stranieri che fanno ingresso nel nostro territorio. Ne sono infatti esenti coloro che si soffermano per un breve lasso di tempo per motivi di turismo oppure i cittadini europei, per i quali è sufficiente una semplice attestazione anagrafica, potendo beneficiare del regime di libera circolazione introdotto dagli Accordi di Schengen, ormai entrati a pieno titolo nell'*acquis* comunitario con la sottoscrizione del trattato di Amsterdam (1997).

L'obbligo del permesso di soggiorno, e della sottoscrizione dell'accordo di integrazione, grava pertanto *solo sui cittadini di Paesi terzi* – ossia non appartenenti all'Unione europea –, che sono i destinatari predestinati alla rigida disciplina di controllo delle frontiere, fissata dalla normativa interna, dagli accordi di Schengen e dalle successive fonti europee di attuazione. La rigidità degli ingressi alle frontiere viene tuttavia temperata a vantaggio di talune categorie di individui per ragioni umanitarie o per alti meriti personali<sup>55</sup>.

Attraverso l'introduzione dell'accordo d'integrazione il legislatore si propone di forgiare uno strumento operativo per favorire l'*inclusione* dei migranti nella nostra comunità nazionale. Invero,

---

<sup>54</sup> Si pensi alla partecipazione a tirocini formativi e di orientamento svolti all'estero, propedeutici all'ingresso e svolti anche nell'ambito di programmi regionali (v. art. 23 t.u. 1998), alla sottoscrizione, registrazione e trascrizione di un contratto di locazione, all'eventuale accensione di un mutuo (All. B, n. 14), alla scelta del medico iscritto nell'Asl di zona (All. B, n. 12) e all'assolvimento dell'obbligo scolastico per i minori.

<sup>55</sup> Sono esonerati dalla sottoscrizione dell'Accordo i minori, i quali, anche se entrati clandestinamente nel territorio italiano, conservano comunque la titolarità di tutti i diritti loro riconosciuti dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989. Inoltre, è sciolto dall'incombenza chi sia affetto da patologie o da disabilità che limitino gravemente l'autosufficienza o causino gravi difficoltà d'apprendimento linguistico e culturale (patologie da attestare mediante certificazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale: v. art. 3, comma 8, d.P.R. n. 179/2011). Infine, sono esonerate anche le vittime della tratta di persone, di violenza o di grave sfruttamento: in tali casi, l'accordo d'integrazione è sostituito dal completamento del programma di assistenza e d'integrazione sociale, ora contemplato nell'art. 18 t.u. 1998 (v. anche l'art. 2, comma 9, lett. b, d.P.R. n. 179/2011). Quanto poi alle deroghe *per alti meriti personali*, la principale è quella disposta in favore dei ricercatori e dei lavoratori altamente qualificati, il cui ingresso nel nostro territorio è anzi fortemente agevolato. L'agevolazione è contemplata anche a livello europeo, come attestato – tra l'altro – dalla direttiva 2009/50/CE, che favorisce tali ingressi attraverso un meccanismo accelerato di ammissione al territorio europeo (c.d. «*carta blu*»: cfr. la circolare n. 2777/2016 del Ministero del Lavoro, recante «*Istruzioni per l'ingresso dei lavoratori qualificati*»).

uno degli aspetti caratterizzanti (e più discussi) della disciplina dell'accordo d'integrazione attiene al ribaltamento dell'impianto originario del t.u. immigrazione del 1998, laddove il c.d. permesso a punti impone ai migranti un preciso *obbligo di partecipazione attiva al percorso di integrazione*, rendendoli direttamente responsabili del proprio destino. Il suo obiettivo primario consiste appunto nel promuovere il conseguimento dell'*integrazione* dello straniero attraverso una più responsabile convivenza con i cittadini italiani, nel rispetto dei valori sanciti dalla Carta costituzionale e con il *reciproco impegno* a partecipare alla vita economica, sociale e culturale della società.

Il processo di integrazione costituisce dunque il frutto di un mutuo impegno delle parti coinvolte in questo percorso: non solo chi accoglie deve farsi carico di sostenere l'onere dell'accoglienza, in virtù del dovere di solidarietà sancito nell'art. 3 Cost., ma anche chi sia beneficiario (ossia il migrante che entra nel territorio italiano) deve in qualche misura contraccambiare il beneficiario (ossia chi lo accoglie) e ciò in forza di una sorta di «*principio di reciprocità*»<sup>56</sup>.

Attraverso la sottoscrizione dell'accordo di integrazione, lo Stato italiano offre allo straniero l'opportunità di acquisire gli elementi essenziali di conoscenza della cultura e della lingua italiana, nella consapevolezza che il loro apprendimento costituisca non solo un passaggio obbligato per facilitare il processo d'integrazione nella comunità di accoglienza, *ma anche un indicatore del successo del percorso migratorio e della capacità dei migranti di inserirsi professionalmente e socialmente nella comunità italiana*. Quanto richiesto allo straniero rappresenta non solo un'opportunità, ma un vero e proprio impegno da assumere con *piena responsabilità e consapevolezza*, sì da essere sanzionato nel caso in cui gli obiettivi *minimi* d'integrazione richiesti non siano raggiunti<sup>57</sup>.

Tuttavia, l'impianto generale di questo complesso *iter* procedimentale è stato, da subito, severamente censurato dalla dottrina maggioritaria.

Anzitutto, si è messa in discussione la stessa definizione di *integrazione* contemplata nell'art. 4-bis, t.u. 1998, definizione che peraltro ormai assume una specifica valenza giuridica<sup>58</sup>.

In secondo luogo, si è ritenuta inaccettabile la previsione della sottoscrizione autoritativa di un accordo amministrativo quale condizione necessaria per il rilascio del permesso di soggiorno e il sistema di crediti e debiti per la valutazione del conseguimento di specifici obiettivi di integrazione, il cui esito negativo, come è noto, può sfociare nella perdita del permesso di soggiorno e nell'espulsione dal territorio nazionale<sup>59</sup>. In particolare, secondo questa opinione dottrinale, la conoscenza

---

<sup>56</sup> Per una trattazione generale sul principio di responsabilità cfr. il celebre volume di H. Jonas, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1979, in cui si evidenzia, fra l'altro, il carico di responsabilità che investe le generazioni presenti verso le generazioni future e il sostanziale antagonismo che sovente contrappone il mondo di oggi al mondo di domani giacché il problema della responsabilità coinvolge non solo la sopravvivenza, ma la stessa dignità dell'esistenza umana. Trattasi di conclusioni che ben possono traslarsi nella complessa tematica afferente alla gestione dei fenomeni migratori: si veda, significativamente, lo spunto offerto da F. FRACCHIA, *Integrazione, eguaglianza, solidarietà*, cit., 229 ss., per il quale «*i temi dell'integrazione hanno a che fare con l'assetto futuro delle nostre società, nel senso che la fisionomia delle generazioni successive alla nostra dipende anche dalla nostra capacità di gestire oggi i processi di integrazione, tenendo anche conto del fatto che è moralmente assai difficile giustificare l'impegno di farsi carico delle esigenze di chi non è ancora nato, dimenticando però quelle di chi già solca il palcoscenico della storia e chiede aiuto «qui e adesso»*.

<sup>57</sup> Sul test di conoscenza della lingua italiana e sulle modalità di svolgimento del test, cfr. l'art. 9, comma 2-bis, t.u. 1998, introdotto dalla l. n. 94/2009, nonché il d.m. 4 giugno 2010, del Ministro dell'interno di concerto col Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, e la circolare 16 novembre 2010, n. 7589, della Direzione centrale per le politiche dell'immigrazione e dell'asilo.

<sup>58</sup> Sul punto, si vedano R. MIELE, *L'accordo di integrazione Stato/immigrati*, cit., 466, e N. ZORZELLA, *L'accordo di integrazione: ultimo colpo di coda di un governo cattivo?* cit., 64, il quale ultimo, in particolare, contesta l'uso del termine «*integrazione*» da parte del legislatore, in quanto l'art. 4-bis, t.u. 1998, sembrerebbe legare il concetto d'integrazione ad un percorso di conoscenza che esclude *a priori* l'adesione effettiva a tale processo da parte di chi intenda integrarsi.

<sup>59</sup> Contestano con vigore l'intento del legislatore, *ex multis*: N. ZORZELLA, *op. ult. cit.*, 64; F. BIONDI DAL MONTE-M. VRENNA, *L'accordo di integrazione ovvero l'integrazione per legge*, cit., 253 ss.; E. GARGIULO, *Integrazione o*

della lingua italiana e la frequenza di corsi di formazione civica costituirebbero non tanto prestazioni ascrivibili all'esercizio dei diritti sociali all'istruzione e alla formazione dello straniero, quanto piuttosto l'adempimento di uno specifico *dovere d'integrazione*, volto principalmente all'ottenimento di un programmato numero di crediti che lo straniero deve conseguire per scongiurare l'espulsione dal territorio nazionale. Ma soprattutto si è ritenuta inaccettabile la configurazione del processo d'integrazione non tanto come il progressivo e *volontario* radicamento sul territorio di accoglienza, quanto piuttosto come l'*adempimento di un vero e proprio obbligo giuridico* a carico dello straniero sottoscrittore dell'accordo, vieppiù pesantemente sanzionato in caso di trasgressione<sup>60</sup>.

Si è poi scritto che l'indirizzo politico sotteso all'introduzione dell'accordo di integrazione, nel tramutare i diritti sociali – o almeno taluni di essi – in obblighi a carico dello straniero, finirebbe per mettere in secondo piano le inevitabili difficoltà che accompagnano ogni processo d'integrazione, “scaricando” di fatto sulle spalle dello straniero – soggetto normalmente debole e bisognoso di soccorso – la fatica e gli oneri del processo d'integrazione<sup>61</sup>.

Infine, si è sottoposta a critica persino la scelta di collocare l'art. 4-bis, t.u. 1998, nel Titolo II («*Disposizioni sull'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dal territorio dello Stato*») anziché nel Titolo V («*Disposizioni in materia sanitaria, nonché di istruzione, alloggio, partecipazione alla vita pubblica e integrazione sociale*»). Siffatta “ubicazione” della norma nel *corpus* del testo unico lascerebbe trasparire la finalità di un'ineludibile integrazione dell'immigrato, quale requisito essenziale per garantirgli la permanenza nel territorio italiano<sup>62</sup>. E ciò segnerebbe un profondo mutamento di prospettiva rispetto alla versione originaria del t.u. del 1998: mentre allora il legislatore affidava unicamente allo Stato (e alle regioni e agli enti locali) il compito di promuovere iniziative tese a favorire i percorsi di integrazione dei cittadini stranieri, ora l'art. 4-bis prescrive espressamente una *partecipazione attiva* del migrante al proprio percorso di integrazione e a *responsabilizzarsi* in tal senso<sup>63</sup>.

In effetti si tratta di riflessioni critiche molto serie, in particolare laddove paventano profili di illegittimità costituzionale della disciplina *de qua*<sup>64</sup>. Si avrà modo di ritornare sul punto in sede di conclusioni. Per ora appare necessario, come accennato, dedicare un'altra sosta di approfondimento sulla Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione, al fine di completare il quadro normativo di riferimento sotteso alla sentenza in commento e alla copiosa giurisprudenza da quest'ultima richiamata.

##### 5. (segue): *richiami alla Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione*

Come già chiarito, la sottoscrizione dell'accordo d'integrazione impone espressamente al migrante, che intende risiedere stabilmente in Italia, una *partecipazione attiva* al proprio percorso di integrazione ed una ben definita *responsabilizzazione* in tal senso.

---

*esclusione? I meccanismi di selezione dei non cittadini tra livello statale e livello locale*, 43 ss. e *passim.*; M. CALABRÒ, *L'amministrazione di fronte all'immigrato: tra inclusione, esclusione e integrazione*, cit.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> Sul punto, si vedano B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, 2010, 211 ss., nonché M. D'ALBERTI, *L'Unione europea e i diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 761 ss.

<sup>62</sup> Così, R. MIELE, *L'accordo di integrazione Stato/immigrati*, cit., 466, e P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Entra in vigore l'accordo (stonato) di integrazione*, cit., 7 s.

<sup>63</sup> Così, R. MIELE, *L'accordo di integrazione Stato/immigrati*, cit., 466, e P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Entra in vigore l'accordo (stonato) di integrazione*, cit., 7 s.

<sup>64</sup> Per una disamina di questi temi, sia nuovamente consentito rinviare a A. GIUFFRIDA, *L'accordo di integrazione ex art. 4-bis, t.u. immigrazione: luci ed ombre a dieci anni dall'entrata in vigore*, cit.

Si è altresì anticipato che è stato proprio con l'approvazione della Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione, sottoscritta durante il Governo Prodi II con decreto del Ministro dell'interno del 23 aprile 2007 (dunque antecedentemente all'introduzione dell'accordo d'integrazione)<sup>65</sup> che, per la prima volta, si è fissato il principio di coinvolgere direttamente lo straniero nel processo d'integrazione, quale *attore consapevole e responsabile*, capovolgendo così l'impostazione generale del t.u. del 1998.

La Carta dei valori è stata concepita in un periodo storico contraddistinto da forti affluenze migratorie, che da allora hanno fatto assumere al fenomeno un carattere di massa, tale da investire la vita quotidiana di noi cittadini. L'idea che ha animato i suoi compilatori era di definire, con la partecipazione attiva delle rappresentanze religiose, etniche e istituzionali presenti nel nostro Paese, una sorta di proiezione dei principi costituzionali ritenuti *non negoziabili* nei rapporti con i migranti facenti ingresso nel territorio. Si è cercato, in altri termini, di confermare il significato più autentico della nostra Costituzione, tendente all'apertura verso il futuro e a una valenza universalistica. Com'è noto, i Padri costituenti, pur agendo in un particolare contesto storico, piuttosto che ricorrere a categorie contingenti, hanno scelto di introdurre valori generali, rivolti alle *persone* in quanto tali, viste cioè nella loro essenza o identità ontologica: si parla, quindi, di diritti inviolabili dell'uomo, di eguaglianza giuridica che supera le condizioni personali e sociali, di diritti della famiglia, della libertà della (e nella) scuola, e così via<sup>66</sup>.

Traendo spunto dai principi e dai valori espressi dalla Costituzione italiana e da svariate Carte europee e internazionali di tutela dei diritti umani, la Carta dei valori enuclea, secondo le sue stesse parole, «*i principi ispiratori dell'ordinamento e della società italiana nell'accoglienza e regolazione del fenomeno migratorio in un quadro di pluralismo culturale e religioso*» attraverso un articolato distribuito in sette sezioni che richiamano svariati valori e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano, come la dignità della persona e i diritti inviolabili (artt. 1-5), i diritti sociali (artt. 6-10), i diritti della famiglia (artt. 16-19), la laicità e la libertà religiosa (artt. 20-26) e gli impegni internazionali dell'Italia contro la guerra e il terrorismo (artt. 27-29)<sup>67</sup>.

Sotto un profilo strettamente giuridico, la Carta – di cui esistono traduzioni ufficiali in lingua inglese, francese, spagnola, araba, cinese, russa, romena e tedesca – all'epoca della sua introduzione (2007) era priva di qualsiasi forza normativa, rivestendo soltanto «*valore di direttiva generale per l'Amministrazione dell'interno*»<sup>68</sup>.

Nonostante tale limite applicativo, il documento ha acceso un animato dibattito, suscitando opinioni spesso contrapposte, soprattutto in merito alla valenza da attribuire al concetto di *integrazione*<sup>69</sup>. Ma, a prescindere da tali letture, non di rado indotte da pregiudizi ideologici e/o

---

<sup>65</sup> Il decreto del Ministro dell'interno 23 aprile 2007, recante la Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione (v. *G.U.* 15 giugno 2007, n. 137), è il frutto dell'elaborazione di un Comitato scientifico, composto di cinque esperti nominati dal Ministro con d.m. 13 ottobre 2006, con cui si è inteso realizzare un nuovo strumento di politica migratoria e di risoluzione del complesso fenomeno dell'integrazione con la consultazione delle principali comunità di immigrati e associazioni religiose.

<sup>66</sup> Così, C. CARDIA, *Carta dei valori e multiculturalità alla prova della Costituzione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 12/2008, 1.

<sup>67</sup> Dalla Relazione di accompagnamento alla Carta dei valori emerge che, durante i lavori preparatori, furono molteplici le voci scettiche sulla necessità di elaborare tale documento, soprattutto sollevate da rappresentanti di talune associazioni islamiche e organizzazioni italiane, laiche e confessionali. In particolare, si osservava che la Costituzione italiana e le Carte fondative dell'Unione Europea contemplano già l'enunciazione di principi e valori, rendendo perciò superflua una loro rielaborazione in altro documento.

<sup>68</sup> Così si esprime più volte il sito ufficiale del Ministero dell'interno. Nel decreto ministeriale di adozione della Carta era inoltre previsto che «*Il Ministero dell'interno, nell'esercizio delle proprie attribuzioni, si ispira alla Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione*» (art. 1, comma 1) e che il Ministero «*orienta le relazioni con le comunità degli immigrati e religiose al comune rispetto dei principi della Carta dei valori, nella prospettiva dell'integrazione e della coesione sociale*» (art. 1, comma 2).

<sup>69</sup> Fra i molteplici rilievi critici sollevati alla Carta, forti discussioni e polemiche ha suscitato il richiamo alle c.d. *radici giudaico-cristiane* (v. Preambolo della Carta): se, infatti, per un verso, la Carta proclama che la dimensione culturale e valoriale della civiltà greco-romana e delle tradizioni ebraica e cristiana ha favorito nel corso della Storia



politici, e nonostante gli scarsi effetti concreti suscitati dalla Carta, non se ne può sottacere la rilevanza dal punto di vista ricostruttivo, specialmente laddove introduce un nuovo modello d'integrazione, teso a fondare le relazioni sociali tra cittadini italiani e nuovi arrivati come essenzialmente gravitanti attorno alla *cultura* e ai *valori* autoctoni sopra richiamati, fra cui spiccano la dignità della persona, i principi di libertà e di eguaglianza (e l'eguaglianza tra uomo e donna), la solidarietà, la libertà religiosa e, in generale, la laicità dello Stato italiano<sup>70</sup>.

Ebbene, in questo contesto l'accordo d'integrazione costituisce un ulteriore salto in avanti, finanche rispetto agli obiettivi prefigurati dai sottoscrittori della Carta: quest'ultima, infatti, come si è accennato, al momento della sua formulazione era concepita non già come documento vincolante per i migranti, ma solo quale mera linea di indirizzo rivolta al Ministero dell'interno onde accompagnare il cittadino straniero – che *spontaneamente* lo desiderasse – nell'*iter* di acquisto della cittadinanza italiana.

L'accordo d'integrazione si spinge ben oltre, giacché attribuisce alla Carta dei valori un *vero e proprio carattere cogente*, in quanto, nel subordinare la regolarità del soggiorno alla contestuale sottoscrizione della Carta e all'accettazione di un percorso di conoscenza degli elementi fondanti la vita civile in Italia, finisce per imporre allo straniero la condivisione del sistema valoriale *minimo* ivi contenuto, e ciò tanto se egli sia intenzionato all'acquisto della cittadinanza, quanto se sia semplicemente interessato a soggiornare (anche solo temporaneamente) nel territorio italiano<sup>71</sup>.

La disciplina dell'accordo d'integrazione manifesterebbe dunque una svolta “culturalista” nella politica migratoria del nostro Paese, confermando l'adesione alla c.d. «*civic integration*»<sup>72</sup>, ossia ad una visione dell'integrazione – da tempo in auge in svariati Paesi europei ed extraeuropei – secondo la quale il superamento di corsi di lingua e/o di orientamento civico deve costituire una condizione necessaria per l'ottenimento del permesso di soggiorno e per l'accesso ad alcune prestazioni sociali, convertendo il processo d'integrazione in un vero e proprio *obbligo* a carico del migrante<sup>73</sup>.

Riservando in sede di conclusioni talune valutazioni sui contenuti della Carta dei valori, per ora è sufficiente ribadire che le forti opposizioni che questo documento ha suscitato, sovente in ambito non squisitamente giuridico, erano più che altro concentrate sulla “filosofia” sottesa alla Carta, imperniata sulla necessità di introdurre nel processo di integrazione profili di maggior

europea lo sviluppo della modernità e dei principi di libertà e giustizia, per altro verso, taluni commentatori affermano che siffatto richiamo costituirebbe il segnale di una svolta culturalista delle politiche di integrazione italiane, costituendo uno dei momenti più critici del documento (così, E. GARGIULO, *Integrazione o esclusione? I meccanismi di selezione dei non cittadini tra livello statale e livello locale*, in *Dir., immigr. e cittadinanza*, 41 ss., in particolare 44, nota 6), tanto da intravedere una sorta di attentato alla stessa laicità dello Stato italiano (così, N. ZORZELLA, *L'accordo di integrazione: ultimo colpo di coda di un governo cattivo?* cit., spec. 59-71).

<sup>70</sup> Per una rivalutazione della Carta, cfr. C. CARDIA, *Carta dei valori e multiculturalità alla prova della Costituzione*, cit., e V. BALDINI, *Introduzione: Diritto, pluralismo culturale, Costituzione. La prospettiva storico-filosofica quale “precomprensione” per l'interpretazione dei valori costituzionali*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), 2012, 8 s.

<sup>71</sup> Per una disamina di questo passaggio evolutivo del legislatore, cfr. Loprieno, *L'evoluzione normativa della condizione giuridica dello straniero in Italia*, cit.

<sup>72</sup> Sulla c.d. *civic integration*, cfr. E. GARGIULO, *Dall'inclusione programmata alla selezione degli immigrati: le visioni dell'integrazione nei documenti di programmazione del Governo italiano*, cit., 225 ss.

<sup>73</sup> Il sistema di valutazione a punti del livello di integrazione raggiunto dallo straniero al momento della presentazione della domanda di permesso di soggiorno riecheggia esperienze di svariati Stati europei, che prevedono analoghe formule vincolanti (ad es., Germania, Regno Unito, Francia, Belgio, Paesi Bassi, Svezia, Danimarca, Finlandia, Estonia, Austria, Spagna e Ungheria). Al sistema dei crediti per la valutazione del grado di integrazione raggiunto si ricorre anche in Paesi extraeuropei caratterizzati da forti flussi migratori, come l'Australia e la Nuova Zelanda. Tutte queste esperienze, pur con diverse sfaccettature, adottano veri e propri «*contratti di integrazione*», in forza dei quali lo straniero, al momento di fare ingresso nel territorio dello Stato di approdo, si assume l'obbligo di conoscere e rispettare la legge e i valori fondamentali nonché di apprendere la lingua della comunità accogliente. Trattasi di istituti giuridici non di rado accomunati dall'intento di agevolare flussi migratori “di qualità”. Per un'ampia disamina del quadro comparato nella gestione dei c.d. accordi di integrazione, si veda G. Cerrina Feroni, V. Federico (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, cit.

responsabilizzazione (anche) a carico dell'immigrato nonché sull'accettazione di un nucleo forte del nostro sistema valoriale.

6. *Il rinnovo del permesso di soggiorno quale sorta di “premio” per l'accertata integrazione dello straniero nella comunità accogliente nella prospettiva di una solidarietà biunivoca*

La letteratura non giuridica definisce efficacemente la crisi esistenziale che si accompagna ai processi migratori come il «*dramma della doppia assenza*»<sup>74</sup>, espressione efficacemente conosciuta per mettere in evidenza la complessa situazione in cui spesso si viene a trovare l'emigrato-immigrato: da un lato, perché è considerato dalla comunità d'origine come una sorta di “traditore” per averla abbandonata; dall'altro, perché è ben difficile che riesca ad integrarsi completamente nel Paese di destinazione. La sua è dunque una posizione ambigua: non del tutto assente dov'è assente e non pienamente presente dov'è presente. E il suo essere “senza luogo” o “fuori luogo” lo priva, più di altri, del «*diritto di avere diritti*»<sup>75</sup>, essendo «*più esposto a ingiustizie, discriminazioni e, in ultima analisi, a lasciarsi attrarre da isolamento e illegalità*»<sup>76</sup>. La posizione di «*doppia assenza*» può quindi ripercuotersi negativamente non solo sui migranti, ma sulla stessa comunità che li accoglie.

Nelle contemporanee società multiethniche viene perciò sempre più avvertita la necessità di ricercare una soluzione all'annosa questione dell'integrazione degli stranieri, ossia alla ricerca di un modo che assicuri un'accoglienza dignitosa e, al contempo, un'efficace integrazione; e ciò non solo per indubbe ragioni di solidarietà (in Italia imposte *in primis* dall'art. 2 Cost., interamente dedicato all'uomo in quanto tale e dunque anche allo straniero), ma vieppiù in base a valutazioni squisitamente utilitaristiche giacché una piena integrazione delle comunità immigrate dovrebbe assicurare una significativa riduzione delle situazioni di marginalità sociale che sovente accompagnano l'esistenza dei “nuovi arrivati”.

Ebbene, l'accordo d'integrazione, pur con tutti i suoi limiti, offre una definizione giuridica (peraltro la prima in tal senso) di «*integrazione*» e una “filosofia” di fondo che – ad avviso di chi scrive – contengono elementi di interesse perché contribuiscono in qualche misura ad arricchire il dibattito attorno all'individuazione dei presupposti necessari per *includere* e *integrare* un soggetto in una comunità a lui estranea.

Premesso che è compito di ogni ordinamento (di cui la comunità includente è espressione) individuare siffatti presupposti a livello generale, è in effetti possibile – e, in fondo, anche ragionevole – che il legislatore imponga al migrante, che intende integrarsi nella società di approdo, la sopportazione di taluni sacrifici di natura economica e la compressione di taluni valori in cui crede, qualora, come talvolta accade, accoglienti e accolti siano portatori di differenti orientamenti religiosi, morali e filosofici.

Nelle complesse dinamiche sociali che vedono contrapposti i nuovi arrivati ai cittadini autoctoni è infatti difficile sottrarsi dall'applicare una sorta di *principio di reciprocità* in virtù del quale chi è beneficiario (ossia chi entra) debba in qualche misura contraccambiare il beneficiario (ossia chi accoglie), riconoscendosi beneficiario<sup>77</sup>. Trattasi, invero, di esigenza che emerge in tutto il suo

---

<sup>74</sup> Cfr. A. SAYAB, *La doppia assenza. Dalle illusioni dell'emigrato alle sofferenze dell'immigrato*, Milano, 2002 (la prima edizione in lingua francese è del 1999).

<sup>75</sup> L'espressione «*diritto ad avere diritti*», risalente a H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Milano, 1999, 404 (*The Origins of Totalitarianism*, Schcken Books, 1951), è stata successivamente ripresa da S. RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, 2013.

<sup>76</sup> Così, D. FIUMICELLI, *Spunti di riflessione in tema di cittadinanza: l'azione di integrazione degli stranieri extracomunitari tra profili comparatistici, progetti in discussione e best practices*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), 2013, fasc 3.

<sup>77</sup> L'espressione «*principio di reciprocità*» è qui utilizzata in senso filosofico e antropologico e richiama la c.d. *etica della reciprocità*, in base alla quale nei rapporti intersoggettivi deve sussistere una “giusta” complementarità sicché il diritto di ciascuno necessariamente coesiste con un dovere per l'altro. A tale etica si ispirano le c.d. “regole d'oro”, ben presenti sia nella filosofia dell'antica Grecia, sia nelle principali religioni (ebraismo, cristianesimo, buddismo,

vigore allorquando si sia chiamati ad affrontare il tema gravoso della ripartizione dei costi del processo di inclusione/integrazione, ad oggi in gran parte sbilanciato a sfavore di chi accolga e a vantaggio di chi sia accolto<sup>78</sup>.

E allora, se, com'è vero, il complesso processo di integrazione impone di necessità sacrifici e costi (economici, sociali e valoriali), appare vieppiù ragionevole domandarsi se sia ineludibile, dal punto di vista squisitamente giuridico, che gli stessi debbano essere sopportati (esclusivamente o in misura preponderante) da una sola delle parti coinvolte nel processo. O se, al contrario, non sussistano margini affinché *entrambe le parti* si accollino l'onere di tale percorso, chiedendo così anche al migrante di concorrere – in una qualche misura e con le più svariate modalità – a sostenerne il carico economico e a rendersi disponibile a sacrificare parte della propria sfera valoriale, qualora entri in conflitto con quella propria della società accogliente.

Il tema (vastissimo) della compatibilità dei valori della società accogliente e di chi sia accolto è ricco di implicazioni, anche di ordine metagiuridico. In questa sede, ragionando in termini strettamente giuridici, è necessario rintracciare un ragionevole bilanciamento tra eventuali opposte posizioni “valoriali”, anche perché queste spesso tendono ad acuirsi non solo in presenza di contrapposti orientamenti religiosi, morali e filosofici tra chi accolga e chi sia accolto, ma soprattutto qualora, come nei tempi odierni, esistano ampie sacche di povertà nella società accogliente che non ricevono analoghe attenzioni da parte dello Stato.

L'idea di richiedere a chi desideri d'essere integrato l'impegno a rispettare taluni valori e, al contempo, di farsi carico – in varia misura e con le forme più disparate, lasciate al libero apprezzamento del legislatore – di parte dei costi legati al suo processo d'integrazione (idea che emerge in modo prorompente dalla disciplina dell'accordo d'integrazione) non è in effetti da censurare *a priori*: in effetti, appare ragionevole richiedere a chi aspiri ad essere integrato, non già di rinnegare *in toto* il proprio sistema valoriale, ma quantomeno di assumere formalmente l'impegno di rispettare i valori essenziali su cui si fonda la comunità che lo ospita e lo accoglie, atteso che siffatta richiesta è essenzialmente finalizzata alla ricerca di una comune e accettabile forma di convivenza.

D'altro canto, non di rado gli individui «preferiscono cedere spazi di libertà pur di ottenere garanzie di inclusione, di rispetto e di riconoscimento come membri di un gruppo»<sup>79</sup>, sino a rendersi disponibili ad accettare e a condividere quantomeno «una sorta di base minima comune»<sup>80</sup> di valori della comunità di accoglienza, il che è la premessa necessaria per gettare le basi per una pacifica convivenza. Non di rado, infatti, i “nuovi arrivati” decidono di lasciarsi alle spalle la terra d'origine e finanche la propria cultura nella convinzione che il proprio successo (e, di riflesso, quello dei propri figli) dipenderà soprattutto dalla capacità di raggiungere un buon livello d'integrazione nella società che li accoglie.

Essi sono quindi propensi, o anche ben disponibili, a rinunciare a taluni diritti espressivi della propria identità culturale se ciò li agevola nell'inclusione nella società di accoglienza.

D'altro canto, non può negarsi che le possibilità di successo nel percorso d'integrazione si accrescano nella misura in cui il Paese di accoglienza si dimostri favorevole a tutelare e a

---

confucianesimo e islamismo) e che si esprimono in aforismi del tipo: «Fai agli altri quello che vorresti che fosse fatto a te» e «Non fare agli altri quello che non vorresti fosse fatto a te» (precetto quest'ultimo meno esigente del primo e perciò definito anche “regola d'argento”). La reciprocità – felice sintesi tra libertà e uguaglianza – costituisce il fondamento per ogni convivenza pacifica e per l'affermazione del senso di giustizia e dignità della persona; non a caso, su di essa affonda le proprie radici la moderna ricostruzione dogmatica dei diritti umani.

<sup>78</sup> Il tema dei costi legati alla gestione dei flussi migratori e dei processi d'integrazione dei migranti è quantomai complesso e foriero di discussioni animate, specialmente in ordine all'effettivo carico sulla comunità accogliente, ed investe a pieno titolo il tema gravoso dei c.d. «diritti finanziariamente condizionati», ossia dei diritti la cui tutela è subordinata alla sussistenza di adeguate coperture finanziarie e al rispetto della compatibilità di bilancio.

<sup>79</sup> F. FRACCHIA, *Integrazione, eguaglianza, solidarietà*, cit., 232.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

valorizzare le culture d'origine dei migranti, sempre che queste non confliggano con i valori essenziali della cultura dominante<sup>81</sup>.

Tale «*base minima comune*» di valori della comunità di accoglienza consiste – a nostro avviso – nell'accettazione dei diritti fondamentali dell'uomo e nei valori espressi nelle dichiarazioni e nei documenti formulati in sede internazionale, europea e nella nostra Carta costituzionale, i quali costituiscono nel loro complesso i capisaldi valoriali della nostra civiltà. La loro *incondizionata* accettazione deve poter costituire il *minimum* necessario richiesto dal nostro Stato (e dalla nostra comunità) ai migranti che intendano soggiornare nel nostro Paese, anche se ciò – lo si ripete – possa costare il sacrificio di parte del proprio sistema di valori, qualora questi non corrispondano (in tutto o in parte) ai valori della comunità accogliente<sup>82</sup>.

Sotto questo profilo, appaiono condivisibili le ragioni sottintese all'approvazione della Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione – che, com'è noto, costituisce il fulcro del processo integrativo messo in moto dall'accordo d'integrazione –, nella quale Carta si chiarisce, sin dal suo esordio, l'affermazione secondo cui costituisce un obiettivo essenziale «*enucleare i valori e i principi validi per tutti coloro che desiderano risiedere stabilmente in Italia, di qualsiasi gruppo o comunità facciano parte, di natura culturale, etnica o religiosa*»<sup>83</sup>.

### *7. Il diniego e la revoca del permesso di soggiorno quale sorta di misura afflittiva per la mancata integrazione nella comunità accogliente dello straniero socialmente pericoloso*

In sede di disamina del processo d'integrazione si è più volte messo l'accento sulla necessità di porsi nell'ottica non solo dei diritti, ma anche dei *doveri* e delle *responsabilità* dello straniero coinvolto in tale percorso.

---

<sup>81</sup> Significativa al riguardo è Cass. pen., sez. I, 31 marzo 2017, n. 24084, che ha statuito che la libertà religiosa garantita dall'art. 19 Cost. incontra dei limiti, stabiliti dalla legislazione in vista della tutela di altre esigenze, tra cui quelle della pacifica convivenza e della sicurezza, di ordine pubblico, sicché nessun credo religioso può legittimare il porto in luogo pubblico di armi o di oggetti atti ad offendere (la Suprema Corte ha confermato la condanna del ricorrente per il reato di porto abusivo di oggetti atti ad offendere ex art. 4, l. 18 aprile 1975, n. 110, perché trovato dalla polizia locale in possesso di un coltello, indossato alla cintura, con la giustificazione che ciò fosse conforme ai precetti della sua religione, essendo un indiano *sikh*).

<sup>82</sup> Secondo la succitata Cass. pen., sez. I, n. 24084/2017, «*il simbolismo legato al porto del coltello non possa comunque costituire la scriminante posta dalla legge. In una società multietnica, la convivenza tra soggetti di etnia diversa richiede necessariamente l'identificazione di un nucleo comune in cui immigrati e società di accoglienza si debbono riconoscere. Se l'integrazione non impone l'abbandono della cultura di origine, in consonanza con la previsione dell'art. 2 Cost. che valorizza il pluralismo sociale, il limite invalicabile è costituito dal rispetto dei diritti umani e della civiltà giuridica della società ospitante. È quindi essenziale l'obbligo per l'immigrato di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale, in cui ha liberamente scelto di inserirsi, e di verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano e quindi della liceità di essi in relazione all'ordinamento giuridico che la disciplina. La decisione di stabilirsi in una società in cui è noto, e si ha consapevolezza, che i valori di riferimento sono diversi da quella di provenienza ne impone il rispetto e non è tollerabile che l'attaccamento ai propri valori, seppure leciti secondo le leggi vigenti nel paese di provenienza, porti alla violazione cosciente di quelli della società ospitante. La società multietnica è una necessità, ma non può portare alla formazione di arcipelaghi culturali confliggenti, a seconda delle etnie che la compongono, ostandovi la unicità del tessuto culturale e giuridico del nostro paese che individua la sicurezza pubblica come un bene da tutelare e, a tal fine, pone il divieto del porto d'armi e di oggetti atti ad offendere».*

<sup>83</sup> L'accentuazione «culturalista» della Carta dei valori – e del successivo accordo di integrazione – è stata (ed è tuttora) oggetto di critiche animate, soprattutto da parte di chi muove da una prospettiva c.d. *interculturalista*: da taluni si ritiene infatti inaccettabile la logica, sottesa a tali documenti, secondo cui chi decida di andare incontro all'altro, anziché limitarsi a presentare se stesso, intenda chiarire da subito su quali basi sia disposto a praticare l'incontro, ponendo così in primo piano i principi ritenuti irrinunciabili. Significativa, al riguardo, è stata la risposta del Ministro, resa alla Camera dei deputati l'11 ottobre 2006, in occasione di una interrogazione parlamentare in cui ha chiarito che, attraverso la Carta, si è inteso prendere posizione sulla pratica della infibulazione e, in generale, sulla condizione della donna.

L'autorevole dottrina più volte richiamata<sup>84</sup> precisa che il tema delicatissimo in esame non può essere affrontato nella sola prospettiva (pur essenziale ed insopprimibile) dei diritti fondamentali dei migranti e del principio di eguaglianza *ex art. 3 Cost.*, come invece tende a focalizzare la propria attenzione gran parte degli studiosi in materia, seguendo non di rado solchi già arati da altri saperi, *in primis* in ambito sociologico. È invero necessario estendere l'orizzonte prospettico coinvolgendo la sfera dei *doveri* e delle *responsabilità* di *tutti i soggetti coinvolti* nel processo di integrazione, e dunque anche degli stessi migranti che aspirino ad essere accolti nella comunità.

La progressiva estensione del novero dei diritti fondamentali e sociali anche agli stranieri, pur essenziale, non è infatti da sola sufficiente ad assicurare il felice esito del processo di integrazione.

Da un lato, è infatti sempre possibile (come l'esperienza di svariati Paesi europei dimostra ampiamente) che, nonostante il riconoscimento formale dei diritti fondamentali, larghi strati di comunità immigrate faticino ad integrarsi o addirittura si isolino e rifiutino recisamente di riconoscersi nella comunità integrante, finendo per travolgerla.

Dall'altro, è altrettanto possibile (come dimostra, anche in questo caso, la realtà) che certe legittime pretese finiscano per scontrarsi con pretese, altrettanto legittime, dei cittadini autoctoni, essendo queste ultime parimenti espressione di diritti fondamentali della persona ed in ordine alle quali lo strumento del bilanciamento può persino risultare assai difficile da gestire.

Si tratta di una sfida che coinvolge direttamente i pubblici poteri (e, segnatamente, le Amministrazioni interessate), allorquando siano chiamati a gestire e a rendere effettivi i processi di integrazione, che pur sempre si muovono entro situazioni di riconoscimento formale di diritti, come quelli afferenti all'abitazione, all'assistenza e all'istruzione<sup>85</sup>.

D'altro canto, come accennato, non può ritenersi esaustivo il ricorso al valore dell'eguaglianza, nonostante nel tempo esso abbia contribuito in misura essenziale alla costruzione dello *status* dello straniero immigrato. Rimandando alla dottrina giuspubblicistica per ogni necessario approfondimento, in questa sede è sufficiente osservare che, al pari di quanto sopra rilevato a proposito dei diritti fondamentali della persona, è sempre possibile che talune comunità, aspiranti ad essere incluse, in realtà non siano affatto interessate al mero riconoscimento formale di una propria posizione di eguaglianza rispetto agli altri componenti della collettività, ma piuttosto a partecipare proficuamente ai processi di integrazione che assicurino parimenti una piena partecipazione alla vita della collettività, sebbene in posizione meno responsabilizzante rispetto al riconoscimento della cittadinanza politica<sup>86</sup>.

Constatata l'insufficienza del solo richiamo al tema dei diritti fondamentali e del principio di eguaglianza, si è così rintracciato nell'art. 2 Cost. un forte ancoraggio costituzionale a sostegno dell'idea di impostare il processo d'integrazione dello straniero anche nella prospettiva dei *doveri* e delle *responsabilità*, rendendo possibile configurare, persino a livello costituzionale, un espresso *obbligo di integrazione* a carico dei migranti.

---

<sup>84</sup> Ci si riferisce a F. FRACCHIA, *Integrazione, eguaglianza, solidarietà*, cit., *passim*.

<sup>85</sup> Per un'introduzione sul ruolo delle amministrazioni pubbliche nella tutela dei diritti sociali di tutti (cittadini e non), cfr. *ex multis*: M.C. CAVALLARO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: appunti sul saggio di Massimo Monteduro*, in *PA persona e amministrazione*, 8/2021; M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, *ivi*, 12/2020; A.G. OROFINO, *La solidarietà in diritto amministrativo: da strumento di protezione dell'individuo a parametro di disciplina del rapporto*, in *Il diritto dell'economia*, anno 66, n. 102 (2/2020), 571 ss.; A. ZITO, *Beni primari, diritti sociali degli immigrati e ruolo delle pubbliche amministrazioni*, in *Atti del convegno internazionale «Diritti dell'immigrazione e diritti dei migranti»* (Agrigento, 22-23 maggio 2013), a cura di M. Immordino e C. Celone, in *Nuove Autonomie*, Anno XXII, (2-3), 2013, 223 ss. Per una disamina generale del tema, cfr. F. MANGANARO, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo e responsabilità delle amministrazioni e delle comunità locali e subnazionali*, in *Il diritto dell'economia*, 2003, 273 ss.; A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare State*, in *Dir. amm.*, 2009, 1 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 359 ss.

<sup>86</sup> Il profilo testé accennato s'intreccia con il tema della c.d. *cittadinanza amministrativa*, su cui cfr. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, cit., e POLICE, *Federalismo "asimmetrico" e dequotazione dell'eguaglianza: le fragili fondamenta della cittadinanza amministrativa*, cit.

La norma testé richiamata, infatti, laddove enuncia che «*La Repubblica [...] richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*», non solo riconosce, al più elevato livello ordinamentale, il valore della *solidarietà* con i relativi *doveri inderogabili*, ma è rivolta all'*uomo* in quanto tale, dunque anche allo straniero e non esclusivamente ai cittadini.

D'altro canto, la stessa struttura della norma (la prima parte è dedicata al riconoscimento dei diritti, mentre la seconda all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) lascia intendere che tra i diritti fondamentali e l'adempimento dei doveri di solidarietà sussista quasi una sorta di rapporto di sinallagmaticità o, comunque, di diretta consequenzialità.

Il richiamo all'art. 2 Cost. consente poi di superare un limite insito nella formulazione del secondo comma dell'art. 3 Cost., laddove quest'ultimo, da un lato, configura un impegno solo unilaterale a carico della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che impediscono «*il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*», e, dall'altro, sembra trascurare il ruolo e l'impegno da richiedersi alla *persona* in quanto tale, elementi che risultano essenziali per assicurare una più ampia integrazione.

Secondo la prospettiva che qui si accoglie, i processi di inclusione/integrazione non costituiscono solo l'espressione di un diritto in favore di una sola delle due parti (ossia di chi sia accolto) con la contestuale assunzione di impegni ad esclusivo carico dell'altra parte (chi accoglie), ma debbono intendersi e configurarsi alla stregua di dinamiche più complesse e fluide, tali da postulare, in ogni caso, l'attivazione di *impegni reciproci* a carico di entrambi i soggetti coinvolti, pur nel rispetto delle specificità del caso.

In altri termini, il dovere di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., implica una *potenziale bilateralità degli impegni*, essendo esso imputabile tanto a carico della comunità accogliente (in misura senz'altro maggiore, ma *non esclusiva*), quanto a carico di colui che aspiri all'integrazione, al quale non può non richiedersi una partecipazione attiva e una responsabilizzazione in tal senso. Si è infatti osservato che numerose operazioni giuridicamente rilevanti messe in atto in costanza dei processi di integrazione siano in effetti meglio inquadrabili nella prospettiva della *solidarietà biunivoca*, piuttosto che nella logica del puro diritto<sup>87</sup>.

Questa ricostruzione, incentrando l'attenzione sui doveri e le responsabilità, ha poi il pregio di non irrigidire il processo d'integrazione e di porre un freno alle pericolose forme d'isolamento, sopra segnalate, giacché non è sempre vero che al dovere si contrapponga un diritto.

Rispetto alla prospettiva legata al solo riconoscimento dei diritti, la logica (o l'etica) del dovere di solidarietà e della conseguente responsabilità personale sembra soddisfare meglio le esigenze dell'inclusione e dell'integrazione perché, ponendo al centro dell'attenzione la necessità di "preoccuparsi" dell'altro, facilita la ricerca di punti di convergenza in caso di conflitti di valori e culture differenti e, al contempo, tende a ripartire su entrambe le parti i costi (sociali, economici ed etico-religiosi) connessi al processo di integrazione, dando così valore alla ricerca del dialogo tra le parti. Non solo, ma il principio di solidarietà deve altresì illuminare lo stesso agire delle amministrazioni pubbliche e di ogni altro soggetto (finanche legato al mondo del volontariato), chiamati a vario titolo a gestire i processi d'integrazione.

---

<sup>87</sup> In tal senso, F. FRACCHIA, *Integrazione, eguaglianza, solidarietà*, cit., 239. Al riguardo va osservato che il nostro ordinamento, anche costituzionale, contempla molteplici ipotesi di solidarietà biunivoca (o bilaterale). Sul concetto di solidarietà biunivoca e sulla centralità degli aspetti relazionali, cfr. F. FRACCHIA, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, in *Dir. economia*, 2004, 41 ss. e, con riferimento al settore dell'istruzione, v. sempre ID., *Istruzione e differenziazione: la centralità dello studente tra solidarietà intergenerazionale e sviluppo della persona*, in F. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Torino, 2006, 158 ss., nonché ID., *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, 2008. Sulla solidarietà biunivoca nell'ambito dei servizi sociali, cfr. V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali – Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008, *passim*, ma spec. 51 ss., 72 ss. e 275 ss.

Se dunque ci si pone nella prospettiva qui vaticinata, ben presto si dovrà prendere atto della limitatezza di un approccio al fenomeno migratorio rigidamente ancorato al (solo) rispetto dei diritti fondamentali e del principio di eguaglianza. La problematica non può infatti essere “appiattita” in modo uniforme per tutti i soggetti interessati, ma deve necessariamente ricercare soluzioni differenziate – anche in relazione ai singoli profili di responsabilità – giacché le situazioni di rischio non sono uniformi, né standardizzabili.

Seguendo questo ragionamento, si può *a fortiori* sostenere che, sempre sotto un profilo giuridico, appare inaccettabile (oltre che irragionevole) che lo Stato e la comunità accogliente si assumano l’onere di accogliere e integrare gruppi d’individui che – *a priori* – rifiutino di accollarsi il dovere di rispettare i valori *minimi* del nostro ordinamento: in tale eventualità, lo stesso sistema deve poter reagire, spingendosi fino a negare ogni possibilità di integrazione e ad applicare le gravi misure sanzionatorie dell’espulsione dal territorio nazionale e dell’accompagnamento alla frontiera.

In questa prospettiva sembra collocarsi la copiosa giurisprudenza amministrativa (e non solo), *supra* richiamata, che ripetutamente giudica legittima la revoca e il diniego del permesso di soggiorno, qualora lo straniero si sia nel tempo rivelato un soggetto socialmente pericoloso o, comunque, indisposto ad integrarsi compiutamente nella comunità accogliente<sup>88</sup>.

Sotto questo profilo, può dunque affermarsi che le misure della revoca o del mancato rinnovo del permesso di soggiorno assumano la funzione di una sorta di sanzione per il mancato adempimento del dovere di integrazione gravante sul migrante soggiornante nel territorio italiano, come in effetti pare emergere dalle motivazioni dei provvedimenti adottati dalle questure italiane e, soprattutto, dalla giurisprudenza amministrativa che, sistematicamente, respinge le impugnative avverso provvedimenti che accertano la mancata integrazione dello straniero<sup>89</sup>.

## 8. Considerazioni conclusive

In conclusione, l’impostazione di fondo che traspare dalla sentenza in commento – e dall’ampia giurisprudenza richiamata – evidenzia il profilo essenziale dei *doveri* e delle *responsabilità*, che, nell’ambito del processo di integrazione dello straniero, si affianca al profilo (insopprimibile) della tutela dei *diritti fondamentali*, essendo – lo si ripete – del tutto pacifico che i diritti umani e sociali costituiscano una sorta di *diritti morali universali*, attribuiti a tutte le persone indipendentemente dalla nazionalità, dalla razza, dalla religione, dal sesso e dalla posizione sociale e a prescindere dalla circostanza che gli stessi siano espressamente riconosciuti negli ordinamenti dei Paesi di appartenenza<sup>90</sup>.

È dunque fuori discussione che, di fronte ai profughi che fuggono dalle guerre e dalle persecuzioni politiche, il più elementare principio di solidarietà impone ad ogni Paese (e alla relativa comunità nazionale) di assicurar loro il soccorso e la piena tutela dei diritti. Il momento di assunzione delle responsabilità dello straniero emergerà solo successivamente, allorquando, una volta superata la situazione di pericolo o di stato di bisogno, si dovrà improntare la progressiva integrazione del profugo nel tessuto sociale della comunità accogliente. «*Nessuna politica di controllo della immigrazione consente a una comunità internazionale di lasciare una barca carica*

---

<sup>88</sup> Sul punto si rimanda ancora alla significativa Cass. pen., sez. I, n. 24084/2017. Si veda anche la recente Cass. civ., sez. I, 21 settembre 2022, n. 27592, per la quale va respinta una richiesta di permesso di soggiorno umanitario per lo straniero che ha ancora la propria famiglia nel Paese d’origine e che in Italia è riuscito solo ad ottenere una occupazione irregolare, saltuaria e con un salario modesto, come quella di bracciante agricolo, giacché tali elementi escludono una ipotesi di sradicamento totale, apprezzabile sotto il profilo della condizione soggettiva di vulnerabilità.

<sup>89</sup> Sul carattere sanzionatorio della revoca delle misure di accoglienza, si veda anche, *ex multis*, il recente Tar Molise, Campobasso, sez. I, 12 dicembre 2022, n. 476.

<sup>90</sup> Così, E. D’ORAZIO, *Una introduzione all’analisi e alla giustificazione dei diritti nella prospettiva dell’etica pubblica*, in *Immigrazione e diritti di cittadinanza*, Conferenza nazionale dell’immigrazione – Università Bocconi Milano-Cnel, 1991, 15 ss.

*di naufraghi al suo destino. Esiste una legge del mare, e ben più antica di quella pure codificata dai trattati. E questa legge ordina: in mare si soccorre. Poi, a terra, opereranno altre leggi: diritto d'asilo, accoglienza, respingimento»<sup>91</sup>.*

Ma in ben altra situazione versa colui che si trovi nel nostro Paese per ragioni puramente economiche o in situazioni d'irregolarità o di illegalità: in tal caso non appare irragionevole richiedere, sin dal suo primo ingresso nel territorio nazionale, un più elevato grado di responsabilizzazione e l'assunzione di determinati obblighi nei confronti della comunità in cui vive e che lo accoglie.

Come è noto, la condizione giuridica dello straniero non è univoca, ma è caratterizzata da una pluralità di regimi a seconda delle specifiche situazioni. Ebbene, come esistono nel nostro ordinamento significative differenziazioni finanche in tema di esercizio dei diritti sociali, è *a fortiori* possibile prospettare una diversificazione del piano dei doveri e delle responsabilità: non sarebbe infatti accettabile, prima ancora che dal punto di vista giuridico, sotto un profilo etico, "livellare" il piano delle responsabilità e dei doveri d'integrazione, parificando chi fugge dalle guerre e dalle persecuzioni di governi dispotici a chi, meno drammaticamente, sia un migrante c.d. economico, che tenti la fortuna scegliendo di soggiornare, magari in condizioni di irregolarità, nel nostro Paese.

Sotto questo profilo appare pertanto ragionevole richiedere al migrante, una volta stabilito nel territorio nazionale, un maggior sforzo di integrazione nella comunità accogliente, pur con tutte le cautele del caso e graduando i gradi di responsabilità a seconda delle particolari situazioni soggettive.

A questo riguardo risultano illuminanti i significativi segnali provenienti dalla più recente giurisprudenza amministrativa sopra richiamata e che si affiancano a certe conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza ordinaria, specialmente penale, anch'essa già segnalata.

Con riguardo alla sentenza in commento – che, come è noto, giudica legittima la revoca e il mancato rinnovo di un permesso di soggiorno ad un soggetto socialmente pericoloso –, i giudici emiliani pongono a fondamento della decisione l'assunto, espresso da altra decisione del tribunale parmense, che detto permesso costituisce una sorta di "premio" per i cittadini di Paesi terzi, i quali, una volta stabiliti in uno degli Stati dell'Unione europea, sono tenuti ad osservare un comportamento irreprensibile, tanto sotto il profilo dell'osservanza delle leggi dello Stato accogliente, quanto dal punto di vista di un loro *effettivo* inserimento sociale e lavorativo nella comunità<sup>92</sup>.

A sostegno del legittimo operato dell'Amministrazione dell'interno, il Tribunale amministrativo parmense pone a carico del migrante il rispetto del principio di responsabilità e, segnatamente, il suo "*dovere di integrarsi*" compiutamente nel tessuto sociale che lo accoglie. Sotto questo profilo, non rileva la sola allegazione dell'inserimento sociale, comprovato da una stabile occupazione lavorativa e dalla disponibilità di un alloggio in cui lo straniero risieda con la propria famiglia, composta da moglie e due figlie minori: siffatte circostanze, infatti, costituiscono solo condizioni necessarie *ma non sufficienti* a comprovare l'effettiva volontà di integrazione dello straniero beneficiario di un permesso di soggiorno e l'effettivo adempimento del suo dovere di integrarsi nel nostro Paese. Nel caso di specie, lo straniero ha infatti dimostrato una ben scarsa propensione ad integrarsi nel tessuto sociale nazionale, giacché, pur in presenza di fattori favorevoli all'integrazione, ha preferito dedicarsi alla commissione di reati gravi, generando una situazione di pregiudizio sociale sotto il profilo dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza.

Ad avviso di chi scrive, appare dunque ragionevole richiedere allo straniero accolto nel nostro Paese un maggiore sforzo di integrazione nella comunità accogliente.

---

<sup>91</sup> Così, M. CORRADI, *Chi non vuole vedere e chi muore*, in *Avvenire*, 21 agosto 2009. Su questa linea, v. il recente Tar Molise, Campobasso, sez. I, 9 novembre 2022, n. 413.

<sup>92</sup> Così, Tar Parma, sez. I, n. 31/2016, cit. Negli esatti termini, Tar Parma, sez. I, 23 maggio 2017, n. 173.



Sulla scorta dell'autorevole dottrina più volte richiamata, si potrebbe così concludere: «*Forse perché figli dell'era dei diritti, ci siamo disabituati ai doveri e alle nostre responsabilità, sicché può essere salutare ricordare (anche sul piano giuridico) che le dinamiche sociali non sono dominate esclusivamente da pretese e da facoltà, ma si nutrono di solidarietà e responsabilità [...]*» e che «*molto spesso l'altro va "aiutato ad aiutarsi" e, quindi, può a sua volta essere gravato di doveri*»<sup>93</sup>, con tutte le conseguenze che ne possono derivare, anche sotto il profilo sanzionatorio.

---

<sup>93</sup> F: FRACCHIA, *Integrazione, eguaglianza, solidarietà*, cit., 239.

Valentina Milanese

## Lavoro pubblico “contrattualizzato”: responsabilità per ritardata assunzione\*

**ABSTRACT:** *The purpose of this essay is to address the issue of damage from delay in hiring of a public employee. The delay may be due to the adoption of unlawful administrative measures in the course of the procedure or to the lack of funds to be able to proceed with recruitment.*

*The majority jurisprudence qualifies the liability of the public administration for delayed hiring of public employee as non-contractual liability, to which, however, it applies the schemes of pre-contractual liability, since, generally, in the terms that will be illustrated, it grants compensation for negative interest only. It should be kept in mind that delayed recruitment of a public employee does not only result in harm to the candidate placed in service with delay. In fact, this particular case involves the onset of additional problems, such as the possible violation of the articles 3 and 51 of the Constitution and increased workload for other public employees working at the same public entity that has delayed hiring a new employee, with the possibility that, due to the failure to achieve the objectives ascertained by the performance evaluation procedure, managerial liability also arises.*

SOMMARIO: 1. Il danno da ritardata assunzione dei dipendenti pubblici. – 2. Danno da ritardata assunzione: diritto soggettivo o interesse legittimo? – 3. La ritardata assunzione cagionata da illegittimità poste in essere dall'amministrazione nel corso della procedura concorsuale pubblica. – 4. (*Segue*): l'assunzione del candidato vincitore del concorso. – 5. Problematiche del danno da ritardo nell'assunzione del pubblico dipendente.

### 1. Il danno da ritardata assunzione dei dipendenti pubblici

Nell'ambito delle procedure concorsuali<sup>1</sup> volte al reclutamento dei pubblici dipendenti, laddove si verifichi un ritardo nell'assunzione, dovuto all'adozione di atti o provvedimenti amministrativi illegittimi, la dottrina e la giurisprudenza ritengono che l'amministrazione pubblica incorra in responsabilità extracontrattuale<sup>2</sup> ex art. 2043 cod. civ., a causa della violazione del principio generale del *neminem laedere*<sup>3</sup>.

---

\* 

<sup>1</sup> L'accesso al pubblico impiego mediante concorso costituisce il sistema normale di reclutamento degli impiegati, in quanto consente l'assunzione dei soggetti più capaci e meritevoli, nel rispetto dei principi di uguaglianza e di imparzialità. Fatta salva l'eventualità che vengano banditi concorsi interni, il pubblico concorso è aperto a tutti e può essere svolto per esami, per titoli o per titoli ed esami. Sul pubblico concorso si vedano: AA.VV., *Concorsi pubblici. Procedure di assunzione e costituzione del rapporto di impiego pubblico*, Milano, 2021; AA.VV., *Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni: profili problematici*, in *Atti dell'incontro di studio svoltosi nell'Aula magna del Palazzo dell'Università degli Studi di Genova*, 2020, in [Giustamm](#); G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, II, Milano, 2020, 3337 ss.; P.M. VIPIANA, *L'organizzazione amministrativa e i suoi mezzi*, Milano, 2019; P. VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, 2002.

<sup>2</sup> La giurisprudenza qualifica la responsabilità della pubblica amministrazione per ritardata assunzione di un proprio pubblico dipendente come responsabilità extracontrattuale alla quale applica gli schemi della responsabilità precontrattuale, accordando, generalmente, la sola risarcibilità dell'interesse negativo. In questo senso S. TORTINI, *I pubblici concorsi: vincitori e vinti*, in *Lav. giur.*, 2012, 1038. L'Autore osserva che, con riguardo, in particolare, alla ritardata costituzione del rapporto di pubblico impiego dovuta all'emanazione di atti o provvedimenti illegittimi, l'orientamento prevalente sostiene che si configuri in capo alla Pubblica Amministrazione una responsabilità di natura extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c., derivante dalla violazione del principio generale del *neminem laedere*, a cui consegue l'obbligo dell'Amministrazione di risarcire i danni patiti dai soggetti assunti in ritardo. Prosegue, poi, ricordando che la giurisprudenza riconduce la determinazione del danno risarcibile per violazione del diritto soggettivo all'assunzione al risarcimento dell'*id quod interest contractus initium non fuisse*, ovvero al risarcimento del mero interesse negativo, analogamente a quanto la giurisprudenza prevede in generale in tema di responsabilità precontrattuale. Cfr. S. BAIONA, *La responsabilità della P.A. per il ritardo nell'assunzione in servizio: presupposti dell'azione e i criteri di quantificazione del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2103; in questo senso anche Cons. Stato, Sez. IV, 12 settembre 2009, n. 5350, in [Giustizia Amministrativa](#); Cons. Stato, Sez. III, 25 gennaio 2018, n. 510, ivi;

Ne consegue che l'onere di provare la sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano grava sul privato che, avendo partecipato al concorso, ritenga di essere stato ingiustamente pregiudicato dall'ente pubblico precedente.

Prima di affrontare le questioni connesse al risarcimento del danno e all'onere della prova, è opportuno spendere alcune parole sulle circostanze al ricorrere delle quali si possa effettivamente parlare di danno da ritardata assunzione di un dipendente pubblico.

In primo luogo, il procrastinarsi dell'assunzione può dipendere dall'illegittimità, accertata in sede giurisdizionale, degli atti posti in essere dall'amministrazione nello svolgimento della procedura selettiva. Tale eventualità può consistere, a titolo esemplificativo, in una valutazione scorretta, da parte dell'ente pubblico precedente, dei requisiti o dei titoli necessari per partecipare al concorso, la quale non sia riconducibile ad un errore scusabile dell'amministrazione, oppure nell'illegittima esclusione dalla partecipazione alla procedura concorsuale di uno dei candidati in possesso dei requisiti richiesti.

In secondo luogo, il suddetto danno può ricorrere al manifestarsi di una peculiare ipotesi, nella quale si profila con particolare evidenza l'inerzia della pubblica amministrazione nel procedere all'assunzione. Il riferimento è al caso in cui il candidato, nonostante sia risultato vincitore in seguito all'approvazione, da parte dell'amministrazione, della graduatoria definitiva, venga assunto dall'ente pubblico datore di lavoro soltanto a distanza di tempo. Si tratta di un'eventualità che, nella pratica, si verifica principalmente a causa di una mancanza di fondi pubblici per poter procedere all'assunzione.

Sul punto, occorre rilevare che le pubbliche amministrazioni, prima di bandire un concorso, dovrebbero verificare, sulla base delle risultanze del Piano integrato di attività e organizzazione (di seguito anche denominato PIAO)<sup>4</sup>, di disporre delle risorse economiche necessarie per procedere all'assunzione di nuovi pubblici dipendenti.

Infatti, il PIAO, oltre ad indicare gli obiettivi programmatici e strategici della performance, le strategie di gestione del capitale umano, gli strumenti per giungere alla piena trasparenza dell'attività amministrativa, le procedure da semplificare e le modalità per realizzare la piena accessibilità alle amministrazioni, contiene anche la programmazione del fabbisogno di personale<sup>5</sup>.

Ciò che concretamente accade è che le pubbliche amministrazioni, talvolta, bandiscano concorsi per assumere nuovi pubblici dipendenti o non tenendo in considerazione i dati che emergono dal PIAO o, addirittura, senza aver prima adottato quest'ultimo. In tal caso, il rischio è quello che gli

---

Cons. Stato, Sez. III, 9 dicembre 2015, n. 5608, *ivi*; Cons. Stato, Sez. III, 2 marzo 2015, n. 1029, *ivi*. Mette conto, infine, di rammentare il diverso regime della responsabilità contrattuale della Pubblica Amministrazione generata dalla violazione di un rapporto obbligatorio già sorto tra le parti in base, appunto, ad un contratto, od anche per atto unilaterale o *ex lege*, trovandovi applicazione le regole previste dal codice civile: sul tema, cfr. G.M. RACCA, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione*, in R. GAROFOLI, G. M. RACCA, M. DE PALMA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno dinanzi al giudice amministrativo*, Milano 2003, 194; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 203; C. CASTRONOVO, *La "civilizzazione" della pubblica amministrazione*, in *Europa e diritto privato*, 2013, 637 ss.; A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in AA.VV., *Colloquio sull'interesse legittimo*, a cura di Travi, Milano 2014; V. LOPILATO, *Modelli di responsabilità della pubblica amministrazione e riparto di giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 2021/1.

<sup>3</sup> Nota in tema di responsabilità per ritardata assunzione, nota a TAR Veneto, Venezia, Sez. II, 12 maggio 2010, n. 1941, in *Giur. it.*, 2020, 2439; P. COSMAI, *Il danno da ritardo: tra risarcimento ed indennizzo*, nota a Cons. Stato, Sez. IV, 7 marzo 2013, in *Corr. merito*, 2013, 1200; S. BAIONA, *La responsabilità della P.A.*, cit.; ID., *Nota sulla responsabilità della P.A. per i danni cagionati dal ritardo nell'assunzione in servizio per l'illegittimità della graduatoria*, nota a Cons. giust. amm. Sicilia, 20 aprile 2007, n. 361, in *Giur. it.*, 2007, n. 2334.

<sup>4</sup> Il PIAO è stato recentemente introdotto dall'art.6, d.l. n. 80/2021, conv., con modif., nella l. n. 113/2021. Come si avrà modo di approfondire *infra* al §5, il legislatore ha previsto che le amministrazioni con più di cinquanta dipendenti - esclusi gli istituti scolastici - debbano riunire nel PIAO tutta la programmazione relativa alla gestione delle risorse umane, all'organizzazione dei dipendenti nei vari uffici e alla formazione e alle modalità di prevenzione della corruzione, prima contenuta in diversi documenti.

<sup>5</sup> F. BRUNO, *Enti locali: gestione e bilancio*, in *Azienditalia*, 2023, 198.

enti pubblici che hanno bandito il concorso non dispongano dei fondi necessari per procedere all'assunzione dei candidati che abbiano superato la selezione. Quando tale eventualità si verifica, l'amministrazione interessata si trova nella condizione di non poter procedere alla tempestiva assunzione dei vincitori del concorso, con la conseguenza di arrecare loro un danno risarcibile.

La differenza sostanziale tra le due circostanze che sono poco sopra state descritte riguarda la tipologia di situazione giuridica soggettiva facente capo all'aspirante pubblico dipendente. Nel secondo caso, quest'ultimo, in quanto vincitore del concorso, vanta un vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione, che può essere fatto valere dinanzi al giudice ordinario. Nel primo caso, di converso, il candidato è, generalmente, ritenuto titolare di un interesse legittimo pretensivo a che l'amministrazione si comporti correttamente nel corso della fase improntata alla selezione dei partecipanti.

Infatti, nell'eventualità in cui l'amministrazione abbia indicato come vincitore del concorso un soggetto diverso da quello che avrebbe dovuto selezionare se avesse agito legittimamente, al candidato escluso è riconosciuta la possibilità di impugnare la graduatoria dinanzi al giudice amministrativo e farne accertare l'illegittimità. Laddove la pronuncia del giudice accolga il ricorso<sup>6</sup>, verrà annullata la graduatoria definitiva e l'amministrazione, in esecuzione del giudicato, sarà tenuta ad assumere, anche se con ritardo, il candidato ricorrente che abbia allegato prove sufficienti a dimostrare che, in una procedura correttamente svoltasi, avrebbe dovuto risultare vincitore del concorso.

In entrambe le ipotesi, di fronte al ritardo con il quale l'amministrazione ha proceduto ad assumere un proprio dipendente, si configura un danno, risarcibile a titolo di responsabilità extracontrattuale, il quale, stando a quanto affermato dall'orientamento giurisprudenziale maggioritario<sup>7</sup>, dovrebbe ricomprendere, oltre alla retrodatazione degli effetti giuridici

---

<sup>6</sup> Come previsto dall'art. 34, lett. e), d.lgs. n. 104/2010, il giudice dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese. Si tratta di misure che vengono adottate pur sempre dal giudice della cognizione e che risultano necessarie al fine dell'attuazione del giudicato. Come è stato recentemente ricordato da Cons. Stato, Sez. II, 12 maggio 2023, n. 4800, la "cognizione ad esecuzione integrata", di cui all'art. 34, lett. e), d.lgs. n. 104/2010, costituisce uno degli elementi più innovativi del codice del processo amministrativo. Sul punto, il Consiglio di Stato, con la pronuncia sopra citata, ha affermato che «è ben possibile che la tutela giurisdizionale si sviluppi attraverso una successione continua di attività che vanno dall'accertamento della pretesa sino alla soddisfazione della stessa, dove il giudice non si "spoglia" dell'affare all'esito della cognizione, bensì sovrintende alla definizione anche materia della lite. A fini di accelerazione e di effettività della tutela, le misure sollecitorie e surrogatorie delle sentenze esecutive e del giudicato possono essere disposte già con la sentenza che definisce la fase di cognizione. Quando il giudice amministrativo si avvale di questa facoltà, la tutela giurisdizionale esecutiva non deve essere introdotta da una ulteriore domanda, specifica e autonoma (la verifica dell'interesse ad agire e della legittimazione, del resto, sono impliciti nel fatto che la pretesa è stata già accertata come eseguibile). Un'autonoma domanda sarà necessaria soltanto per la dichiarazione di nullità e inefficacia di atti sopravvenuti adottati in violazione o elusione del provvedimento amministrativo satisfattivo che non sia stato possibile definire già in sede di cognizione: a differenza che nell'esecuzione forzata civile (in cui, presupponendosi il già avvenuto accertamento del diritto, il titolo esecutivo costituisce la condizione necessaria e sufficiente per procedere alla stessa), nel sistema della giustizia amministrativa può accadere che la sentenza di annullamento non possa dettare una compiuta disciplina del rapporto tra amministrazione e cittadino "sostitutiva" dell'atto annullato (ad esempio, quando il vizio accertato consiste nella violazione di una norma che assicura all'istante soltanto la possibilità di conseguire il bene finale); in questi casi, il giudizio di ottemperanza, ricorrendone i presupposti, è chiamato a "completare" la cognizione mediante l'individuazione del contenuto della prestazione o attività cui è tenuta l'amministrazione, in sostanza qui è l'esecuzione ad essere "a cognizione integrata" (nel processo civile, invece, la contestazione del diritto a procedere ad esecuzione forzata richiede sempre l'instaurazione di un autonomo giudizio di cognizione, che costituisce un incidente di esecuzione)».

<sup>7</sup> S. TORTINI, *I pubblici concorsi*, cit.; P. COSMAI, *Il danno da ritardo*, cit., 1200; Cons. Stato, Sez. V, 14 febbraio 2022, n. 1058, in [Giustizia Amministrativa](#); TAR Lazio, Roma, Sez. I bis, 4 gennaio 2021, n. 9, in [One LEGALE](#); Cass. civ., Sez. lav., 4 agosto 2020, n. 16665, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1212 (quest'ultima pronuncia, peraltro, resa con riferimento alla responsabilità della p.a. in chiave contrattuale); Cons. Stato, Sez. VI, 2 dicembre 2021, n. 8042, in [Giustizia Amministrativa](#); Cons. Stato, Sez. IV, 8 ottobre 2018, n. 5762, *ivi*.

dell'assunzione, il solo interesse negativo e non anche le somme che il dipendente pubblico avrebbe percepito a titolo di retribuzione se fosse stato tempestivamente assunto<sup>8</sup>.

Com'è già stato accennato, l'onere di fornire la prova dell'esistenza degli elementi costitutivi del fatto illecito incombe sul candidato che assuma di essere stato ingiustamente danneggiato dall'amministrazione, autrice di una tardiva assunzione. In particolare, il privato è tenuto a dimostrare l'esistenza tanto di un danno ingiusto quanto del nesso di causalità tra la condotta dell'amministrazione e il pregiudizio subito. Per quanto, invece, riguarda l'elemento soggettivo della colpa attribuibile all'ente pubblico, occorre precisare che, secondo l'orientamento giurisprudenziale oggi prevalente<sup>9</sup>, laddove la responsabilità della pubblica amministrazione derivi dall'adozione di un provvedimento illegittimo, il privato può giovare di una presunzione semplice di colpevolezza. Quanto da ultimo scritto significa che è sufficiente che venga fornita la prova dell'illegittimità dell'atto amministrativo affinché si ritenga sussistente anche la colpa dell'amministrazione. In altre parole, si verifica un'inversione dell'onere della prova: non è più il privato a dover dimostrare la negligenza o l'imperizia della pubblica amministrazione, ma è quest'ultima che, per evitare di essere ritenuta responsabile a causa dell'adozione di un provvedimento asseritamente illegittimo, è tenuta a fornire la prova di essere incorsa in un errore scusabile<sup>10</sup>. Siffatto errore si configura a fronte di un'erronea interpretazione, da parte dell'amministrazione, delle norme giuridiche, la quale sia, in un certo senso, giustificata. Ipotesi generalmente riconosciuta di errore scusabile si riscontra allorché sussista un contrasto giurisprudenziale sul significato attribuibile alle disposizioni interpretate dall'ente pubblico o laddove si tratti di enunciati normativi dalla formulazione incerta o da poco entrati in vigore<sup>11</sup>.

## 2. *Danno da ritardata assunzione: diritto soggettivo o interesse legittimo?*

In relazione al danno da ritardata assunzione di un pubblico dipendente, uno dei problemi che si sono posti è quello relativo all'individuazione del giudice munito di giurisdizione<sup>12</sup>.

Con il d.lgs. n. 165/2001, il legislatore ha operato una devoluzione al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, di tutte le controversie concernenti i rapporti di impiego alle dipendenze di una pubblica amministrazione<sup>13</sup>, fatta eccezione per quelle relative a particolari

---

<sup>8</sup> L'integrale ricostruzione della carriera, sia sotto il profilo economico sia sotto quello giuridico, è possibile solo nei casi di illegittima sospensione o interruzione di un rapporto di impiego già in corso presso una pubblica amministrazione.

<sup>9</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 19 marzo 2019, n. 1815, in [Giustizia Amministrativa](#); Cons. Stato, Sez. III, 23 dicembre 2019, n. 8668, ivi; Cons. Stato, Sez. VI, 28 giugno 2019, n. 4454, ivi.

<sup>10</sup> Come affermato da Cons. Stato, n. 1815/2018, cit., in caso di acclarata illegittimità di un atto amministrativo asseritamente foriero di danno, al privato non è richiesto un particolare sforzo probatorio in relazione al profilo dell'elemento soggettivo della colpa; ciò perché egli può limitarsi a dimostrare l'illegittimità dell'atto, mentre, per quanto riguarda la prova della colpa dell'amministrazione, si deve fare rinvio alle regole della comune esperienza e della presunzione semplice di cui all'art. 2727 cod. civ., spettando all'ente pubblico provare di essere incorso in un errore scusabile.

<sup>11</sup> G. GIOIA, *Osservatorio sulla giustizia amministrativa – Danni da ritardata assunzione*, nota a Cons. Stato, Sez. VI, 28 agosto 2013, n. 4210, in *Danno e resp.*, 2014, 104.

<sup>12</sup> L. OLIVIERI, *La giurisdizione relativa alle assunzioni alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in [Giustamm](#), 2021, 7.

<sup>13</sup> Art. 63, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165: «[1] Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi. L'impaginazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo. [...] [3] Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le

categorie di dipendenti pubblici, indicate dall'art. 3 del suddetto decreto legislativo<sup>14</sup>, nonché per quelle in materia di procedure concorsuali<sup>15</sup> per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni<sup>16</sup>.

La ragione sottostante la devoluzione al giudice amministrativo delle controversie concernenti le procedure concorsuali pubbliche risiederebbe nel fatto che le contestazioni sorte in tale ambito avrebbero a che fare con situazioni giuridiche soggettive aventi la consistenza di interesse legittimo, in relazione al quale, generalmente, il giudice munito di giurisdizione è, appunto, quello amministrativo. Questo perché, nel corso della procedura di selezione del personale pubblico, l'amministrazione agisce non *iure privatorum*, ma esercitando i propri poteri autoritativi, idonei ad incidere sull'interesse legittimo pretensivo dei candidati al corretto esercizio del potere medesimo.

Il momento a partire dal quale la situazione giuridica soggettiva facente capo agli aspiranti pubblici dipendenti da interesse legittimo si tramuta in un vero e proprio diritto all'assunzione è individuato, tanto dalla dottrina<sup>17</sup> quanto dalla giurisprudenza<sup>18</sup> nell'approvazione della graduatoria da parte dell'amministrazione. A partire da quel momento il candidato, collocatosi in graduatoria in una posizione utile per essere assunto, vanta, nei confronti dell'amministrazione procedente, un diritto soggettivo all'assunzione, rispetto al quale, quindi, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro.

Per queste ragioni, come si avrà modo di scrivere nel prosieguo, laddove il candidato risultato vincitore in seguito all'approvazione della graduatoria, non venga tempestivamente assunto dall'amministrazione, il giudice competente per un'eventuale controversia sorta tra il lavoratore e l'ente pubblico suo datore di lavoro che abbia tardato ad assumerlo dovrà essere instaurata innanzi al giudice ordinario, in quanto si rientra nell'ambito di quelle controversie che l'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001 devolve a tale giurisdizione<sup>19</sup>.

Laddove, invece, la ritardata assunzione di un lavoratore sia dovuta ad illegittimità insorte nel corso della fase pubblicistica ed il lavoratore venga assunto in quanto, in sede giurisdizionale, sia stato riconosciuto che, se l'ente pubblico avesse agito correttamente, egli avrebbe dovuto superare il

---

controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi».

<sup>14</sup> L'art. 3, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 statuisce che restano disciplinati dai rispettivi ordinamenti i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, nonché i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate dall'art. 1 del d.lgs. del C. provv. St. 17 luglio 1947, n. 691, e dalle leggi 4 giugno 1985, n. 281 e 10 ottobre 1990, n. 287.

<sup>15</sup> L. LEVA, *La giurisdizione del giudice amministrativo sulle procedure concorsuali interne nel pubblico impiego contrattualizzato*, in *Foro amm.*, 2004, fasc. 1, 243 ss. L'Autore osserva che la dicitura "procedure concorsuali", utilizzata dall'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165/2001, farebbe riferimento a qualsiasi tipo di procedura selettiva che possa comportare una nuova assunzione, un avanzamento di carriera o, più in generale, la conclusione di un contratto di lavoro al quale corrisponda un trattamento economico diverso e l'attribuzione di mansioni e funzioni superiori.

<sup>16</sup> G. ASTEGIANO - S. PETRELLI, *Osservatorio giurisprudenziale - Principi generali per le controversie relative al pubblico impiego privatizzato*, in *Azienditalia*, 2022, 1795; A. MURATORIO, *Le controversie nel pubblico impiego ed il riparto di giurisdizione - Commento*, in *Lav. giur.*, 2006, 568; A. MURATORIO, *La qualificazione del lavoro pubblico e privato ai fini della giurisdizione*, in *Lav. giur.*, 2006, 954; D. BORGHESI, *La giurisdizione del giudice ordinario*, in *AA.VV., Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commentario*, a cura di F. Carinci e L. Zoppoli, Milano, 2004, 1215; M. ROSSETTI, *Pubblico impiego e giurisdizione del giudice ordinario: il regime transitorio*, in *Lav. giur.*, 2001, 623.

<sup>17</sup> G. PENDOLINO, *Ancora dubbi sulla giurisdizione nel pubblico impiego: il caso paradigmatico delle graduatorie del personale della scuola*, in *Lav. giur.*, 2010, 447; L. ZAPPALÀ, *Le trasformazioni del lavoro pubblico nel prisma delle politiche di reclutamento. Il caso del "diritto all'assunzione"*, in *Lav. pub. amm.*, 2000, 279.

<sup>17</sup> Cons. Stato, Sez. V, 29 novembre 2018, n. 6779, in *Guida al diritto*, 2019, 90

<sup>18</sup> Cons. Stato, n. 6779/2018, cit.

<sup>19</sup> S. TORTINI, *I pubblici concorsi*, cit., 1038. L'Autore osserva come, nel quadro normativo attuale, il risarcimento del danno per ritardata assunzione può essere richiesto innanzi al giudice ordinario per la lesione del diritto soggettivo all'assunzione, laddove, dopo l'approvazione della graduatoria da parte dell'amministrazione, quest'ultima abbia ritardato la conclusione del contratto di lavoro con il vincitore.

concorso, il danno da ritardo potrà essere fatto valere innanzi al giudice amministrativo<sup>20</sup>. Siffatta soluzione trova giustificazione sia perché si versa nell'ambito di quelle controversie concernenti le procedure concorsuali, le quali sono sottratte alla regola generale in materia di giurisdizione nel lavoro pubblico "contrattualizzato"<sup>21</sup>, sia perché, in tal caso, ad avviso della giurisprudenza, non è configurabile un diritto soggettivo all'assunzione, ma solo un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri pubblicistici spettanti all'amministrazione<sup>22</sup>.

### 3. La ritardata assunzione cagionata da illegittimità poste in essere dall'amministrazione nel corso della procedura concorsuale pubblica

Terminate le necessarie premesse in ordine al tipo di situazione giuridica soggettiva facente capo al pubblico dipendente assunto con ritardo dall'ente pubblico datore di lavoro e all'individuazione del giudice munito di giurisdizione, occorre, in questa sede, affrontare più approfonditamente il caso relativo al ritardo nell'assunzione di un pubblico dipendente, intervenuto a causa di atti illegittimi posti in essere dall'amministrazione procedente nel corso della fase pubblicistica.

A fronte dell'adozione di atti amministrativi illegittimi, durante lo svolgimento della fase di valutazione delle domande presentate dai candidati e dei titoli in loro possesso, l'aspirante pubblico dipendente, che ritenga di essere stato ingiustamente scartato dall'amministrazione, può impugnare, dinanzi al giudice amministrativo, la graduatoria finale e chiederne l'annullamento. Nell'eventualità in cui l'autorità giurisdizionale accolga il ricorso e riconosca che, se l'ente pubblico avesse agito correttamente, il candidato ricorrente avrebbe dovuto essere indicato quale vincitore del concorso, l'amministrazione, in esecuzione del giudicato, normalmente adotta un provvedimento costitutivo del rapporto di lavoro, avente efficacia retroattiva limitatamente agli effetti giuridici<sup>23</sup>. Dal momento che l'aspirante pubblico dipendente viene assunto soltanto in seguito all'annullamento in sede giurisdizionale della graduatoria stilata dall'amministrazione, si può sostenere che la sua immissione in servizio sia intervenuta con ritardo rispetto a quanto sarebbe accaduto a fronte di un andamento regolare della procedura selettiva.

In circostanze siffatte, la giurisprudenza<sup>24</sup> ritiene che il danno subito dal candidato consista nel pregiudizio arrecato al suo interesse legittimo al corretto svolgimento della procedura concorsuale. Infatti, se quest'ultima non fosse stata affetta da illegittimità, il ritardo nell'assunzione non si sarebbe verificato.

Accolta, nei termini indicati nel paragrafo precedente, la tesi che qualifica come interesse legittimo la situazione giuridica soggettiva facente capo al candidato che, nelle circostanze sopra

---

<sup>20</sup> Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2002, n. 5174, ha osservato che laddove l'assunzione del candidato avvenga solo in seguito all'annullamento in sede giurisdizionale della graduatoria e, in esecuzione del giudicato, alla successiva adozione, da parte dell'amministrazione, di un provvedimento costitutivo del rapporto di lavoro, il danno subito dal candidato non è costituito dalla lesione di un diritto soggettivo all'assunzione, ma dal pregiudizio arrecato al suo interesse legittimo al corretto svolgimento della procedura concorsuale, la quale, se avesse avuto un andamento regolare, non avrebbe comportato il ritardo nell'assunzione.

<sup>21</sup> M. P. VIPIANA - V. FANTI - M. TRIMARCHI, *Giustizia amministrativa*, Milano, 2019; G.P. CIRILLO, *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2017, 121; D. BORGHESI - L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro e della previdenza*, Milano, 2013, 65 ss.; A. TRAVI, *La giurisdizione nelle controversie di pubblico impiego, Relazione alla Giornata di studio sulle controversie del pubblico impiego dedicate a Massimo D'Antona*, 1999, 16.

<sup>22</sup> V. CARBONE, *Osservatorio - Corte di Cassazione - Sezioni Unite e Sezioni Semplici - Danni da ritardata assunzione nella P.A.*, nota a Cass. civ., Sez. Un., 14 ottobre 2008, n. 25117, in *Corr. giur.*, 2009, 22; Cass. civ., Sez. lav., 4 agosto 2008, n. 16665, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1212; nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. IV, 9 novembre 2020, n. 6892, in *Giustizia Amministrativa*, Cons. Stato, Sez. II, 24 aprile 2020, n. 4042, *ivi*.

<sup>23</sup> Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2002, n. 5174, in *Foro amm.*, 2002, 3227; Cons. Stato, Sez. V, 31 marzo 2017, n. 1497, in *Foro amm.*, 2017, 585; Cons. Stato, Ad. Plen., 12 dicembre 1991, n. 10, in *Giustizia Amministrativa*; Cons. Stato, Sez. IV, 3 luglio 2001, n. 3669, *ivi*.

<sup>24</sup> Cons. Stato, 5174/2002, *cit.*; TAR Campania, Napoli, Sez. II, 28 febbraio 2006, n. 2476, in *Foro amm.*, 2006, 676.

descritte, viene assunto con ritardo dalla pubblica amministrazione, occorre chiarire in cosa consista il danno arrecato al pubblico dipendente e come questo possa essere ristorato.

Innanzitutto, va preliminarmente evidenziato che la retrodatazione degli effetti giuridici dell'assunzione, di per sé, costituisce una reintegrazione in forma specifica dell'interesse legittimo pregiudicato<sup>25</sup>. Per quanto, invece, riguarda il risarcimento per equivalente<sup>26</sup> del danno patito dal dipendente pubblico assunto con ritardo, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario sostiene che non sia possibile conferire al danneggiato le retribuzioni che egli avrebbe percepito se fosse stato assunto tempestivamente, in quanto è solo dalla concreta attuazione del rapporto di lavoro che può derivare l'obbligo della pubblica amministrazione di corrispondere il relativo trattamento economico<sup>27</sup>.

Recentemente il Consiglio di Stato<sup>28</sup> ha, però, osservato che, in caso di ritardo nell'assunzione di un pubblico dipendente dovuta all'adozione di provvedimenti amministrativi illegittimi, la pretesa relativa alla corresponsione delle retribuzioni non percepite va scomposta a seconda che si riferisca al periodo precedente ovvero successivo rispetto al giudicato che abbia accertato l'illegittimità dell'atto amministrativo.

Per quanto riguarda il periodo posteriore alla declaratoria giudiziale di illegittimità del provvedimento, le somme spettanti al lavoratore avrebbero natura retributiva e non risarcitoria. Ciò in quanto dal rapporto di lavoro – il ripristino della cui funzionalità è imposto dalla pronuncia giudiziale – discende l'obbligo per il datore di lavoro di pagare la retribuzione, e ciò anche in caso di mancanza della prestazione lavorativa per rifiuto di riceverla.

Pertanto, in relazione al periodo successivo al giudicato, il candidato ricorrente non chiederebbe il risarcimento di un "danno" quanto piuttosto l'adempimento dell'obbligazione retributiva che gli spetta<sup>29</sup>.

Con riferimento al periodo anteriore alla pronuncia del giudice amministrativo, la pretesa al pagamento delle retribuzioni avrebbe, invece, natura risarcitoria, in quanto prima del giudicato le reciproche prestazioni, sia retributive sia lavorative, non erano esigibili<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/1991, cit.; Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 517, in *Foro amm.*, 2007, 601; TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 27 aprile 2016, n. 697, in [Giustizia Amministrativa](#).

<sup>26</sup> F. MERUSI, *La tutela risarcitoria come strumento di piena giurisdizione*, Napoli, 2021.

<sup>27</sup> Cons. Stato, n. 517/2007, cit.; Cons. Stato, n. 1497/2017, cit. Come osservato dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 1497 del 2017 la ricostruzione della carriera anche agli effetti economici esula dalla stretta esecuzione della sentenza che abbia annullato la graduatoria stilata dall'amministrazione e riconosciuto che il candidato ricorrente avrebbe dovuto essere indicato quale vincitore del concorso; ciò perché, in mancanza della prestazione lavorativa, non matura il diritto retribuzione.

<sup>28</sup> Cons. Stato, n. 4800/2023, cit., in [Giustizia Amministrativa](#).

<sup>29</sup> Cons. Stato, n. 4800/2023, cit., punto 4: «La pretesa alle retribuzioni non percepite a causa degli atti illegittimi va scomposta a seconda che si riferisca al periodo precedente ovvero successivo al giudicato. In definitiva, le somme spettanti al lavoratore – il quale, dopo la declaratoria giudiziale dell'illegittimità dell'atto che ha inciso sulla funzionalità del rapporto di lavoro, abbia offerto le proprie energie lavorative ma non sia stato riammesso in servizio – ha natura retributiva e non risarcitoria. Dal rapporto di lavoro – il ripristino della cui funzionalità è imposto dalla pronuncia giudiziale – discendono gli ordinari obblighi a carico di entrambe le parti e, in particolare, con riguardo al datore di lavoro, quello di pagare la retribuzione, e ciò anche nel caso di *mora credendi* e, quindi, di mancanza della prestazione lavorativa per rifiuto di riceverla (in tal senso la giurisprudenza del lavoro, a partire dalla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione 7 febbraio 2018, n. 2990, secondo cui, ai fini che qui rilevano, non può farsi riferimento alle norme sul licenziamento illegittimo, che riconducono tutti i compensi dovuti al datore di lavoro nell'ambito del risarcimento del danno, in quanto si tratta di una disciplina specifica e derogatoria rispetto al diritto delle obbligazioni). Il principio di diritto appena richiamato – secondo cui il datore di lavoro, che rifiuti senza giustificato motivo di ricevere la prestazione offerta dal lavoratore dopo la sentenza che ha accertato il vincolo giuridico del rapporto, deve sopportare il peso economico delle retribuzioni – si attaglia anche alla fattispecie per cui è causa [...]. In definitiva, con riguardo al periodo successivo al giudicato, l'istante non chiede il risarcimento di un "danno" (né quello derivante, ai sensi dell'art. 300 c.p.a., dall'illegittima esclusione dal concorso, né quello sopravvenuto ai sensi dell'art. 112, comma 3, del c.p.a.), bensì l'adempimento dell'obbligazione retributiva».

<sup>30</sup> Cons. Stato, n. 4800/2023, cit., punto 5: «La pretesa al pagamento delle retribuzioni, per il periodo anteriore al giudicato del 2016, ha invece natura risarcitoria. Prima della pronuncia giudiziale (che ha accertato la fondatezza della



In più occasioni, la giurisprudenza amministrativa ha qualificato il pregiudizio arrecato all'interesse legittimo del candidato non tempestivamente assunto a causa dell'adozione, nel corso della procedura selettiva, di atti amministrativi illegittimi, come un danno c.d. da "perdita di chance"<sup>31</sup>, la cui risarcibilità è ormai pacificamente ammessa<sup>32</sup>.

Il c.d. "danno da perdita di chance"<sup>33</sup>, in generale, si verifica laddove un soggetto perda, a causa di un comportamento illecito altrui, la probabilità o anche solo la mera possibilità di conseguire un determinato vantaggio.

Sul punto, occorre ricordare che, per quanto attiene alla risarcibilità del danno da perdita di chance, si sono sviluppate due diverse teorie: la teoria eziologica e la teoria ontologica.

Secondo i sostenitori della teoria eziologica<sup>34</sup> la chance è assimilabile al lucro cessante<sup>35</sup> poiché in entrambi i casi l'evento dannoso non sottrae al patrimonio un'entità già esistente e sulla quale il

pretesa al reclutamento) le reciproche prestazioni, retributive e lavorative, non erano esigibili. Il ricorrente può quindi, in relazione al periodo pregresso, evocare soltanto la compensazione del danno economico subito per effetto dell'attività amministrativa illegittima (da quantificarsi, soltanto in parametrica, all'importo delle retribuzioni non percepite)».

<sup>31</sup> Cons. Stato, 5174/2002, cit.; TAR Campania, Napoli, n. 2476/2006, cit.

<sup>32</sup> La Corte di Cassazione ha riconosciuto per la prima volta la possibilità di accordare la tutela risarcitoria in caso di danno da perdita di chance con le sentenze n. 6906 del 19 novembre 1983 e n. 6506 del 19 dicembre 1985. Con entrambe le pronunce è stato concesso il risarcimento del danno subito a causa della perdita della *chance* in relazione allo svolgimento di concorsi per l'accesso a determinate occupazioni lavorative, indetti da enti di diritto privato.

Con la sentenza n. 6906/1983 (reperibile in *Foro it.*, 1984) la Suprema Corte aveva ritenuto che alcuni candidati, che erano stati sottoposti alle prove fisiche ma non alle successive prove psico-attitudinali, fossero stati privati della chance, risarcibile, di essere assunti. In tale sentenza, la Corte di Cassazione aveva affermato che «il concetto di perdita e di guadagno di cui all'art. 1223 c.c. non si riferisce solo ad entità pecuniarie, ma a qualsiasi utilità economicamente valutabile» e che «costituisce un bene suscettibile di valutazione patrimoniale anche una situazione cui è collegato un reddito probabile: il valore economico è offerto dall'entità di questo reddito e dal grado di probabilità che il reddito sia effettivamente prodotto»; inoltre, aveva statuito che la situazione fosse idonea a produrre solo probabilmente e non con assoluta certezza il reddito ad essa riannodato, influisse non sull'esistenza ma sulla valutazione di un danno risarcibile. La ricostruzione della Corte era fondata sulla violazione, da parte del datore di lavoro, dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nel corso delle trattative in forza di quanto stabilito dall'art. 1337 del codice civile. Nel testo della sentenza, infatti, si legge che «l'attività delle parti in causa per giungere alla conclusione del contratto di lavoro si è arrestata alla fase preparatoria, senza dar luogo ad una stipulazione vincolativa, per l'inosservanza del dovere di comportarsi secondo buona fede da parte dell'azienda, che, avendo dato, col suo originario contegno, alle controparti fondata ragione di fare affidamento sulla conclusione del contratto, ha interrotto senza giustificato motivo il perseguimento della procedura di assunzione». L'obbligo di risarcire i danni subiti dal lavoratore a causa della perdita della possibilità di essere assunti era stato, pertanto, fondato dalla Corte sul riconoscimento di una responsabilità per *culpa in contrahendo* dell'azienda datrice di lavoro.

Con la successiva pronuncia n. 6506/1985 (reperibile in *Foro it.*, 1986), considerata da molti (tra cui, in particolare: P.G. Monateri, V. Zeno Zencovich, A. De Cupis, S. Trivelloni) *leading case* in materia di responsabilità per perdita di chance, la Corte di Cassazione aveva riconosciuto il diritto ad essere risarcito ad un soggetto che aveva partecipato a due concorsi indetti dallo stesso ente e, dopo aver vinto il primo e aver superato le prove scritte del secondo, non era stato ammesso a sostenere la prova orale di quest'ultimo. Tale preclusione era prevista da una disposizione del contratto collettivo di lavoro, poi dichiarata illegittima, che prevedeva un divieto, per chi era già dipendente, di partecipare a concorsi indetti dallo stesso ente. Con tale pronuncia la Suprema Corte aveva affermato che «la probabilità, effettiva e congrua, di conseguire un certo bene è anch'essa un bene patrimoniale, economicamente e giuridicamente valutabile, la cui perdita produce un danno attuale e risarcibile qualora ne sia provata la sussistenza anche secondo un calcolo di probabilità o per presunzioni se, cioè, possa essere dimostrata con certezza pur soltanto relativa, e non assoluta, ma come tale sufficiente».

<sup>33</sup> Sul danno da perdita di chance si vedano: L. VIOLA, *Il danno da perdita di chance nel diritto amministrativo*, in *Foro amm.*, 2020, 574-614; G. CRICENTI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, Torino, 2019; S. TRIVELLONI, *Danno da perdita di chance e lesione dell'interesse legittimo*, in *Temi di diritto privato e di diritto pubblico*, collana diretta da G. Alpa, 2016; F. TRIMARCHI BANFI, *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 874; M.G. STANZIONE, *Il danno da perdita di chance*, in *Responsabilità extracontrattuale*, II, Padova, 2012, 1182; M.J. DEL GIUDICE, *I concorsi e la perdita di chance*, in *Danni da reato e responsabilità processuale della pubblica amministrazione*, Padova, 2011, 356; D. CHINDEMI, *Il danno non patrimoniale da perdita di chance dopo le sentenze di San Martino*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 454; M. FEOLA, *Il danno da perdita di chance*, Napoli, 2004, 41; T. TORRESI, *Il "danno da perdita di chance" tra contratto e torto: diritto all'integrità patrimoniale? Danno meramente patrimoniale?* in *Giur. it.*, 1999, 2073.

danneggiato vantava un diritto attuale, ma impedisce soltanto una probabilità di lucro. In particolare, i fautori della teoria eziologica qualificano la chance – intesa come il venir meno della possibilità di ottenere un risultato utile – in termini di mancato guadagno.

Com'è noto, per accordare il risarcimento, sia per il danno emergente sia per il lucro cessante, è necessario dimostrare di aver subito un danno che si ponga in rapporto di causalità con il suo fatto produttivo<sup>36</sup>. In particolare, per quanto riguarda il risarcimento del lucro cessante, il danneggiato è tenuto a provare che, in assenza del fatto dannoso, l'utilità sperata si sarebbe realizzata.

Il grado di probabilità ritenuto sufficiente a provare la sussistenza del nesso causale in ambito civile fa riferimento alla regola del “più probabile che non”<sup>37</sup>, la quale richiede che il danneggiato dimostri che, in assenza della condotta illecita, il risultato atteso si sarebbe realizzato con un grado di probabilità superiore al 50%.

Ora, se riteniamo che la perdita di chance si differenzi dal lucro cessante e assuma una propria autonomia esclusivamente per la maggiore incertezza che la caratterizza, sarebbe preclusa la possibilità di ottenerne il risarcimento. Infatti, nel caso di danno da perdita di chance non è possibile dimostrare quale sarebbe stato il corso degli eventi se non fosse stato posto in essere il comportamento dannoso. Verrebbe così a mancare il requisito imprescindibile della certezza del pregiudizio subito<sup>38</sup>.

In definitiva, ad avviso di chi scrive, seguendo la teoria eziologica non si consentirebbe alcuna reale e concreta applicazione della figura della chance, perché, se le probabilità di realizzazione dell'utilità finale, in assenza dell'illecito, sono superiori al 50%, è il lucro cessante ad essere risarcito, mentre, se le probabilità sono inferiori al 50%, il nesso di causalità non sussiste e conseguentemente non è possibile accordare il risarcimento neppure della perdita di chance.

Al contrario, i sostenitori della teoria ontologica<sup>39</sup> ricostruiscono la chance in termini di danno emergente, ovvero come bene autonomo rispetto al vantaggio finale, consistente nella perdita della possibilità di ottenere il risultato utile<sup>40</sup>. Questa tesi consente di superare i problemi connessi alla

<sup>34</sup> S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 49; F. CARINGELLA, *Obbligazioni e Responsabilità, Studi di diritto civile*, Milano, 2004, 267.

<sup>35</sup> M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2010, 80: «Con riferimento al lucro cessante, la prova della certezza del relativo pregiudizio presenta profili di maggiore difficoltà rispetto a quella relativa al danno emergente (che richiede la dimostrazione dell'avvenuta diminuzione della sfera patrimoniale del danneggiato a causa dell'illecito) tenuto conto che il lucro cessante si riferisce ad un guadagno che non è mai esistito, e che sarà, pertanto, generalmente soggetto ad una valutazione equitativa ai sensi del comma 2 dell'art. 1226 c.c., espressamente richiamato dall'art. 2056 c.c.».

<sup>36</sup> M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 66.

<sup>37</sup> Cass. civ., Sez. III, 29 settembre 2021, n. 26304, in *CED Cassazione, 2021*: «Il criterio del “più probabile che non” è suscettibile di essere utilizzato (come modello di ricostruzione dei fatti nell'ambito della responsabilità civile) unicamente con riguardo all'indagine sul nesso di causalità (ossia con riguardo all'indagine sullo statuto epistemologico di un determinato rapporto tra fatti o eventi), là dove, con riferimento ad ogni altra indagine sulla valutazione dell'idoneità rappresentativa di un determinato compendio probatorio (e quindi anche con riguardo all'indagine sulla diligenza di un determinato comportamento umano), deve ritenersi legittimamente utilizzabile la più elastica categoria dell'attendibilità».

<sup>38</sup> M. BOCCHIOLA, *Perdita di una chance e certezza del danno*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1976, 59: «Se si potesse stabilire senza ombra di dubbio che la situazione favorevole avrebbe avuto esito positivo, si sarebbe raggiunta la prova della certezza del danno; al contrario, se si potesse dimostrare che essa non si sarebbe in alcun caso realizzata, si avrebbe la certezza della inesistenza del pregiudizio».

<sup>39</sup> F. CARINGELLA, *Obbligazioni e Responsabilità*, cit.; S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita*, cit.; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit.; M. BOCCHIOLA, *Perdita di una chance*, cit.; F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008, 184; A. PONTECORVO, *La responsabilità per perdita di chance*, in *Giust. civ.*, II, 1997, 449; F. MASTROPAOLO, *Danno: III) Risarcimento del danno*, in *Enc. giur. Treccani*, 1991, 13; A. DE CUPIS, *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1964, 154; A. DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di chance*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1183; P. CALAMANDREI, *Limiti di responsabilità del legale negligente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, II, 1931, 260.

<sup>40</sup> In questo senso, D. CHINDEMI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 454. Ad avviso dell'Autore il danno da perdita di chance consiste in un danno emergente da perdita di una possibilità attuale, ricompreso nel patrimonio del soggetto passivo fin dal momento dell'illecito e non di un futuro risultato, il cui avveramento è indipendente dal riconoscimento

prova del nesso causale e alla certezza del danno che si sono poco sopra evidenziati nell'ambito della teoria eziologica. Se si considera la chance come un bene autonomo, già presente nel patrimonio del danneggiato nel momento in cui viene posto in essere il comportamento dannoso, è sufficiente dimostrare la sussistenza del nesso eziologico tra l'illecito e la perdita della possibilità di conseguire l'utilità sperata<sup>41</sup>. È infatti quest'ultima ad essere di per sé suscettibile di tutela risarcitoria.

Descritto in questi termini il danno da perdita di chance si configura quale danno presente e non futuro, dal momento che si presenta come compiutamente realizzato al momento della decisione giudiziale<sup>42</sup>.

Mentre nel diritto privato le fattispecie nell'ambito delle quali viene riconosciuto il danno da perdita di chance riguardano la responsabilità medica, nel campo del diritto amministrativo la lesione della chance viene invocata per riconoscere una forma di tutela alle aspettative irrimediabilmente deluse a causa dell'illegittimo espletamento di un procedimento amministrativo<sup>43</sup>.

Con specifico riferimento agli interessi legittimi pretensivi<sup>44</sup>, la giurisprudenza ricorre alla figura della chance quando, a fronte di un'attività puramente discrezionale della pubblica amministrazione, sia impossibile per il giudice accertare se, in assenza del provvedimento amministrativo illegittimo, il privato che si è interfacciato con l'ente pubblico avrebbe certamente conseguito il bene della vita al quale egli aspirava. L'impossibilità di giungere ad un'affermazione certa circa la spettanza del suddetto bene è dovuta al fatto che, nel formulare il suo giudizio prognostico, il giudice non può entrare nel merito del provvedimento amministrativo, perché, altrimenti, finirebbe per sostituirsi alle considerazioni discrezionali che, nella valutazione relativa alla possibilità di concedere il bene della vita al privato, spettano soltanto alla pubblica amministrazione.

Occorre, inoltre, considerare che, in tale ipotesi, per valutare se, al privato, titolare dell'interesse, spetti o meno il risarcimento del danno, non è sufficiente dimostrare che il provvedimento adottato dall'amministrazione sia affetto da illegittimità. Ciò in quanto, quando si tratta di interessi legittimi pretensivi, è fisiologico che la formale illegittimità del provvedimento possa non coincidere con la sostanziale ingiustizia del medesimo<sup>45</sup>. Questo significa che possono darsi casi in cui un

---

della chance di ottenerlo, venendo risarcita la perdita della possibilità, che deve essere concreta e non meramente aleatoria di conseguire il risultato; nello stesso senso, A. CATTE, *Perdita di chance di guarigione o di maggiore sopravvivenza*, in *Resp. civ.*, II, Torino, 2020, 2752.

<sup>41</sup> D. CAVICCHI, *Aspettative e chances*, in *Resp. civ.*, I, 2020, 174: «Se il danno individuato nella perdita (attuale) della probabilità di conseguire un vantaggio, la prova della chance non riguarderà il nesso di causalità tra la condotta e l'evento ma la presenza di detta probabilità o, come si è detto, la consistenza percentuale di un bene già presente nel patrimonio del soggetto»; S. TRIVELLONI, *Danno da perdita di chance*, cit., 26: «In altri termini, si facilita la prova a carico del danneggiato, il quale dovrà dimostrare esclusivamente il nesso eziologico fra l'illegittimità e la perdita della possibilità di conseguire il risultato sperato, sul presupposto per cui il risultato mancato e la chance persa rappresentano beni del tutto autonomi e distinti».

<sup>42</sup> S. TRIVELLONI, *Danno da perdita di chance*, cit., 25: «La teoria ontologica supera l'obiezione relativa alla mancanza di certezza del danno, tenuto conto che il pregiudizio di cui si chiede il risarcimento non riguarda il mancato conseguimento del risultato utile, ma la perdita della possibilità di ottenere tale risultato, che può e deve essere dimostrata dal danneggiato».

<sup>43</sup> Cons. Stato, n. 4800/2023, cit.

<sup>44</sup> L'interesse legittimo pretensivo è una situazione giuridica soggettiva che sorge in capo a colui che aspira ad ottenere un bene della vita in conseguenza dell'adozione di un provvedimento da parte della pubblica amministrazione. In tale circostanza il privato non è ancora titolare del bene della vita al quale si correla l'interesse legittimo, ma mira ad ottenerlo. In caso di diniego illegittimo del provvedimento amministrativo o di ingiustificato ritardo nella sua adozione, l'interesse legittimo pretensivo risulta pregiudicato dall'azione della pubblica amministrazione.

<sup>45</sup> Cons. Stato, Sez. IV, novembre 2022, n. 10346, in *Giustizia Amministrativa*: «In materia di responsabilità della pubblica amministrazione, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria ma non sufficiente per il risarcimento del danno, in quanto non basta la mera lesione dell'interesse legittimo ma è altresì necessario il sacrificio effettivo del bene della vita cui aspira il suo titolare. Occorre a tal fine un giudizio prognostico sul bene della vita, trattandosi di interessi pretensivi, in merito ai quali è fisiologico che la formale illegittimità del provvedimento possa

provvedimento, illegittimo dal punto di vista formale, risulti, invece, legittimo sostanzialmente e di conseguenza non pregiudichi la posizione giuridica soggettiva del privato.

In relazione al pregiudizio arrecato all'interesse legittimo del lavoratore a causa della sua ritardata assunzione, la giurisprudenza, anche laddove qualifica il suddetto pregiudizio come un danno da perdita di chance, precisa comunque che l'entità della somma corrisposta a titolo di risarcimento non può mai essere equivalente all'ammontare delle retribuzioni non erogate durante il periodo in cui si è verificato il ritardo.

La ricostruzione dell'istituto sopra riportato merita, in relazione alla tardiva assunzione del dipendente, taluni ulteriori approfondimenti.

Ad avviso di chi scrive, infatti, il ricorso alla figura della chance potrebbe non essere del tutto convincente in riferimento alle fattispecie di ritardata assunzione di un pubblico dipendente. Nonostante la giurisprudenza, riferendosi al caso di un candidato che venga assunto con ritardo a causa di atti illegittimi della pubblica amministrazione procedente, parli di interesse dell'aspirante pubblico dipendente al corretto svolgimento della procedura concorsuale, laddove sia intervenuta una pronuncia del giudice amministrativo che abbia accertato che il suddetto candidato, in assenza di provvedimenti illegittimi, avrebbe dovuto essere indicato come vincitore della selezione, la spettanza del bene della vita, costituito dall'assunzione, appare certa. Tale certezza discenderebbe sia dai vincoli derivanti dall'idoneità a passare in giudicato della pronuncia sia dalla successiva stipulazione del contratto di lavoro. Infatti, com'è già stato chiarito, normalmente, la pubblica amministrazione, in esecuzione della sentenza, adotta un provvedimento costitutivo del rapporto di lavoro con il candidato che, stando all'accertamento operato dal giudice amministrativo, avrebbe dovuto assumere fin dall'inizio. Pertanto, se l'assunzione, a seguito della pronuncia del giudice amministrativo, si è verificata, non sembra opportuno qualificare il pregiudizio subito come un danno da perdita di chance, in quanto il bene al quale il privato aspirava – vale a dire la costituzione del rapporto di lavoro – è stato da quest'ultimo concretamente conseguito.

Al contrario, nel danno da perdita di chance manca la certezza in ordine all'ottenimento del bene atteso e il pregiudizio subito viene riconnesso proprio alla perdita della probabilità o possibilità di ottenerlo.

In realtà, sembrerebbe più opportuno parlare di danno da perdita di chance in relazione alle occasioni contrattuali alternative che il pubblico dipendente assunto con ritardo abbia perso in attesa che l'amministrazione si determinasse a concludere il contratto di lavoro. Questo perché il danno da perdita di chance è ricompreso nell'ambito del c.d. "interesse negativo", il quale è considerato dalla giurisprudenza maggioritaria l'unica voce di danno risarcibile in caso di ritardata assunzione di un pubblico dipendente<sup>46</sup>.

#### 4. (Segue): *l'assunzione del candidato vincitore del concorso*

Il danno da ritardata assunzione può sorgere anche nell'eventualità in cui a non essere tempestivamente assunto dalla pubblica amministrazione sia il candidato risultato vincitore in seguito all'approvazione della graduatoria. Com'è già stato ricordato, la giurisprudenza ritiene che

---

non coincidere con la sostanziale ingiustizia del medesimo»; nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. III, 9 marzo 2023, n. 2492, ivi: «In tema di responsabilità della pubblica amministrazione il risarcimento del danno non è una conseguenza automatica e costante dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo, ma richiede la verifica di tutti i requisiti dell'illecito (condotta, colpa, nesso di causalità, evento dannoso) e, nel caso di richiesta di risarcimento del danno conseguente alla lesione di un interesse legittimo pretensivo, è subordinato alla dimostrazione, secondo un giudizio prognostico, con accertamento in termini di certezza o, quanto meno, di probabilità vicina alla certezza, che il provvedimento sarebbe stato rilasciato in assenza dell'agire illegittimo della pubblica amministrazione».

<sup>46</sup> In questo senso, *ex multis*, Cons. Stato, n. 1058/2022, cit.; Cons. Stato, n. 8042/2021, cit.; Cons. Stato, n. 5762/2018, cit.

il momento a partire dal quale l'aspirante pubblico dipendente diventa titolare di un vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione coincide con l'adozione dell'atto mediante il quale l'amministrazione approva la graduatoria definitiva. Dopo la conclusione del procedimento concorsuale il candidato che sia risultato vincitore non è più soggetto all'esercizio dei poteri discrezionali della pubblica amministrazione e la costituzione del rapporto di impiego assume natura di atto dovuto. Laddove l'ente pubblico non assuma tempestivamente il candidato che, nella graduatoria, si è collocato in posizione utile per essere assunto, si configura un danno risarcibile<sup>47</sup> a titolo di responsabilità extracontrattuale, il quale può essere fatto valere innanzi al giudice ordinario.

Come per il lavoratore assunto con ritardo a causa di un'illegittimità provvedimentoale, anche in questo caso, secondo quanto sostenuto dall'orientamento giurisprudenziale maggioritario, il provvedimento costitutivo del rapporto di lavoro retroagisce al momento in cui l'assunzione avrebbe dovuto concretizzarsi soltanto per quanto riguarda gli effetti giuridici. In merito, invece, alla possibilità di corrispondere a titolo di risarcimento del danno una somma equivalente alla retribuzione dovuta per le prestazioni lavorative, in realtà mai effettuate, il suddetto orientamento sostiene che oggetto del risarcimento del danno possa essere il solo interesse negativo<sup>48</sup>. Quest'ultimo comprende tutti quei pregiudizi patrimoniali e non patrimoniali che rappresentano una conseguenza della tardiva assunzione del pubblico dipendente, quali, ad esempio, le spese affrontate dal candidato in vista dell'immissione in servizio, la frustrazione dovuta al periodo di attesa che il lavoratore ha dovuto attraversare prima di essere concretamente assunto dalla pubblica amministrazione e il danno subito a causa della perdita di altre occasioni lavorative, alle quali il privato non abbia dato seguito in attesa della sua assunzione presso l'amministrazione che aveva indetto il concorso da lui vinto. In particolare, com'è già stato ricordato nel paragrafo precedente, con riferimento a quest'ultimo particolare tipo di pregiudizio si parla di danno da perdita di chance.

La giustificazione del descritto orientamento, che limita il danno risarcibile in caso di ritardata assunzione al solo interesse negativo, si fonda sul fatto che è solo dalla concreta attuazione del rapporto di pubblico impiego che deriva l'obbligo dell'ente datore di lavoro di corrispondere il relativo trattamento economico. Per tale motivo, si ritiene che laddove oggetto di risarcimento del danno fossero anche le retribuzioni non percepite nel periodo in cui si è verificato il ritardo nell'assunzione, si verificherebbe una violazione del principio di corrispondenza tra l'esercizio dell'attività lavorativa e il trattamento economico di riferimento<sup>49</sup>.

L'orientamento giurisprudenziale minoritario, al contrario, sostiene che al candidato assunto con ritardo possano essere corrisposte, a titolo di risarcimento del danno, anche le retribuzioni che egli avrebbe percepito se l'ente pubblico, suo datore di lavoro, gli avesse consentito di prendere servizio nei tempi prestabiliti, nonché la quota di trattamento di fine rapporto che sarebbe maturata in suo favore se fosse stato assunto tempestivamente<sup>50</sup>. Chi aderisce questa tesi sostiene che far rientrare nel danno risarcibile anche le retribuzioni non percepite nel periodo durante il quale si è verificato il ritardo nell'assunzione e la quota di trattamento di fine rapporto che sarebbe maturata nel medesimo arco temporale sia necessario, dal momento che la funzione del risarcimento per equivalente è proprio quella di porre il soggetto danneggiato nella stessa condizione in cui quest'ultimo si sarebbe trovato se l'evento lesivo non si fosse verificato. Inoltre, il descritto orientamento, pur riconoscendo che l'obbligo della pubblica amministrazione di corrispondere le retribuzioni sorge soltanto in caso

---

<sup>47</sup> In caso di ritarda assunzione del candidato vincitore del concorso, potrebbe ipotizzarsi anche una lesione del legittimo affidamento del suddetto candidato. Sul legittimo affidamento si veda, in particolare, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001.

<sup>48</sup> S. TORTINI, *I pubblici concorsi*, cit., 1038.

<sup>49</sup> Cons. Stato, n. 517/2007, cit.

<sup>50</sup> G. FERRARI, *Osservatorio dei tribunali amministrativi regionali – Risarcimento del danno patrimoniale al vincitore di concorso pubblico assunto tardivamente in servizio per colpa dell'amministrazione*, nota a TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 3 maggio 2010, n. 6131, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 748; N. CORBO, *Il danno da ritardata assunzione: prova e criteri di liquidazione*, nota a Cass. civ., Sez. III, 14 dicembre 2007, n. 26282, in *Riv. giur. lav.*, 2008, 589; S. TORTINI, *I pubblici concorsi*, cit.

di concreta attuazione del rapporto di lavoro, evidenzia che la mancata prestazione di attività lavorativa da parte del pubblico dipendente assunto con ritardo non è volontaria, ma imposta a causa di un comportamento illegittimo dell'ente pubblico datore di lavoro. Ciò significa che il lavoratore è stato ingiustamente privato della propria capacità di produrre reddito, il che costituirebbe una giustificazione ulteriore della possibilità di corrispondere a titolo di risarcimento del danno anche le retribuzioni non percepite durante l'arco temporale nel quale si è verificato il ritardo nell'assunzione.

### *5. Problematiche del danno da ritardo nell'assunzione del pubblico dipendente*

Nell'eventualità in cui la pubblica amministrazione che abbia indetto un concorso per reclutare nuovo personale non assuma tempestivamente il pubblico dipendente vincitore della procedura concorsuale, oltre ai profili di danno che sono stati evidenziati nei paragrafi precedenti possono sorgere anche ulteriori problematiche.

Innanzitutto, potrebbe prospettarsi la violazione del principio di uguaglianza, sancito dall'art. 3 della Costituzione. In particolare, una tale violazione si potrebbe verificare laddove due diversi enti pubblici bandiscano contemporaneamente un concorso per ricoprire un incarico identico e, una volta espletata la procedura concorsuale, il primo proceda ad assumere il candidato che abbia superato la selezione, mentre il secondo lasci trascorrere un considerevole lasso di tempo prima di immettere in servizio l'aspirante pubblico dipendente vincitore del concorso.

In una circostanza siffatta, non pare irragionevole parlare di ingiustificata disparità di trattamento dei due candidati che, in esito alla conclusione della procedura concorsuale, si siano entrambi collocati in posizione utile all'assunzione nella graduatoria definitiva.

Com'è noto, l'art. 97, comma 3, Cost. sancisce che la regola per l'accesso all'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è costituita dal pubblico concorso. Infatti, tale disposizione, nel prevedere che «agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvi i casi stabiliti dalla legge», ha voluto improntare il reclutamento del personale delle amministrazioni pubbliche al principio della selezione delle professionalità più preparate, nonché alla regola della parità di trattamento di tutti i soggetti che aspirano al pubblico impiego<sup>51</sup>.

Lo stesso principio, di reclutamento mediante concorso, è sancito, a livello di normativa primaria, sia dall'art. 3, ultimo comma, del d.p.r. n. 3/1957<sup>52</sup>, il quale stabilisce che «salve le eccezioni previste [...], l'assunzione agli impieghi senza il concorso prescritto per le singole carriere è nulla di diritto e non produce alcun effetto a carico dell'Amministrazione, ferma restando la responsabilità dell'impiegato che vi ha proceduto», sia dall'art. 35 del Testo unico del pubblico impiego<sup>53</sup>, il quale prevede che «l'assunzione nelle pubbliche amministrazioni avviene con contratto individuale di lavoro [...] tramite procedure selettive, conformi ai principi del comma 3,

---

<sup>51</sup> G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e processo del lavoro*, cit., 3338: «Per quanto riguarda la disciplina costituzionale in materia di accesso all'impiego pubblico, l'art. 97, comma 3, Cost. dispone che “agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge”; a questo si aggiungono l'art. 106, comma 1, Cost. (“Le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso”), l'art. 51, comma 1, Cost. (“Tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di uguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge”) e l'art. 98, comma 1, Cost. (“I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione”); dal collegamento tra tali disposizioni emerge la realizzazione del principio democratico e di uguaglianza, con riferimento all'apparato amministrativo [...] e alla sua azione [...] nel perseguimento delle finalità pubbliche poste dall'ordinamento; appaio che il legislatore costituente vuole composto da funzionari professionali di carriera, al quale si deve accedere ordinariamente a mezzo del concorso, quale procedura imparziale, comparativa ed aperta, per l'accertamento del possesso della necessaria professionalità tecnica».

<sup>52</sup> Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato.

<sup>53</sup> D.lgs. n. 165/2001.

volte all'accertamento della professionalità richiesta, che garantiscono in misura adeguata l'accesso dall'esterno»<sup>54</sup>.

Dalle disposizioni appena citate emerge che – come è già stato poco sopra ricordato – la necessità del pubblico concorso costituisce la regola per accedere ai rapporti di lavoro presso le pubbliche amministrazioni, regola alla quale è possibile derogare soltanto nei casi espressamente stabiliti dalla legge<sup>55</sup>, di fronte a peculiari e straordinarie ragioni di interesse pubblico o in considerazione di valutazioni discrezionali del legislatore, purché, in ogni caso, nei limiti derivanti dalla necessità di garantire il buon andamento dell'amministrazione o allo scopo di realizzare altri principi di rilievo costituzionale<sup>56</sup>.

È vero che il principio dell'accesso per concorso al pubblico impiego<sup>57</sup> dovrebbe costituire uno strumento idoneo a garantire il rispetto del principio di uguaglianza nella selezione del personale<sup>58</sup>, ma in una circostanza come quella descritta non è sufficiente a scongiurare un'indebita disparità di

---

<sup>54</sup> Il comma 3 dell'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001 stabilisce che le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi: a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e che assicurino economicità e celerità di espletamento; b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; d) decentramento delle procedure di reclutamento; e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso; e-ter) possibilità di richiedere, tra i requisiti previsti per specifici profili o livelli di inquadramento di alta specializzazione, il possesso del titolo di dottore di ricerca o del master universitario di secondo livello o l'essere stati titolari per almeno due anni di contratti di ricerca di cui all'art. 22 della legge n. 240/2010.

<sup>55</sup> M.J. DEL GIUDICE, *I concorsi e la perdita di chance*, in *Danno da reato responsabilità processuale pubblica amministrazione*, Padova, 2011, 356: «Il legislatore ha previsto un'espressa riserva di legge per l'individuazione di quei casi in cui il reclutamento di personale per l'accesso ai pubblici impieghi possa avvenire in assenza di un concorso pubblico. Ciò avviene in tutte quelle ipotesi in cui la legge consente o impone alle pubbliche amministrazioni di assumere personale prescindendo dalla valutazione comparativa tra i candidati, in quanto l'assunzione dipende dall'accertamento della valutazione comparativa tra i candidati, in quanto l'assunzione dipende dall'accertamento della sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge stessa in capo al soggetto interessato; requisiti che, ove sussistenti, radicano in capo a quest'ultimo un diritto soggettivo all'assunzione».

<sup>56</sup> [Corte cost., sent. 12 aprile, 2012, n. 90](#): «La facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio del concorso pubblico deve essere delimitata in modo rigoroso, potendo tali deroghe essere considerate legittime sole quando siano funzionali esse stesse al buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle»; [Corte cost., sent. 15 dicembre 1994, n. 459](#): «Questa Corte ha altre volte avuto occasione di affermare che, in sede di giudizio sulla legittimità costituzionale delle leggi, la violazione dell'art. 97 della Costituzione, sotto il profilo del principio di irragionevolezza della disciplina impugnata rispetto al fine indicato nel precetto costituzionale»; [Corte cost., sent. 4 gennaio 1999, n. 1](#): «La deroga a tale canone fondamentale può ammettersi soltanto in presenza di situazioni differenti e peculiari rispetto a quelle che danno luogo al pubblico concorso, e deve pur sempre assicurare il buon andamento della pubblica amministrazione»; [Corte cost., sent. 12 aprile 1990, n. 187](#): «Questa Corte ha più volte riconosciuto come l'art. 97, terzo comma, della Costituzione disponga per l'accesso al pubblico impiego la regola del concorso quale "sistema preferibile" o, se si vuole, "normale", pur sempre derogabile però da legislatore ordinario nel rispetto dei principi fissati dal primo comma dello stesso art. 97 Cost.»; *Nota redazionale a Corte Cost., n. 459/1994*, in *Riv. giur. scuola*, 1995, 979; G. CONTI, *Progressioni in carriera e selezioni interne*, in *Giustamm.*, 2007, 5, 1057; G. NICOSIA, *L'accesso nelle amministrazioni e la "carriera" dei dipendenti pubblici nel prisma delle procedure selettive e concorsuali*, in *LPA*, 2012, 109; C. PINELLI, *In tema di inquadramento nei ruoli regionali di personale assunto dai gruppi consiliari*, in *Giur. cost.*, 1990, 1112.

<sup>57</sup> Sull'accesso al pubblico impiego mediante pubblico concorso si veda G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e processo del lavoro*, cit., 3338. A. CANNATA, *L'obbligo costituzionale del concorso a pubblici impieghi e le sue prospettive*, in *Riv. amm.*, 1968, 169; P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, Milano, 1973, 229. Sul punto, occorre inoltre rilevare che la Corte costituzionale ha più volte sottolineato che il concorso pubblico, quale meccanismo di selezione del personale nell'ambito del pubblico impiego, risulta essere il metodo migliore per la provvista di personale destinato ad uffici pubblici. In questo senso, le sentenze: [Corte cost., 28 gennaio 2020, n. 5](#); [12 maggio 2017, n. 110](#), [12 aprile 2012, n. 90](#), [18 novembre 1993, n. 333](#), [15 ottobre 1990, n. 453](#).

<sup>58</sup> M.G. GRECO, *La deroga legislativa al principio costituzionale del concorso per l'accesso al pubblico impiego: natura e limiti*, nota a [Corte cost., 9 novembre 2006, n. 363](#), in *Lav. giur.*, 2007, 263. L'Autore osserva che il concorso pubblico, quale meccanismo di selezione dei più capaci e meritevoli, è lo strumento più idoneo a realizzare in modo compiuto il diritto di accesso ai posti di lavoro presso le pubbliche amministrazioni in condizioni di uguaglianza.

trattamento dei lavoratori coinvolti. Una siffatta discriminazione contrasterebbe non soltanto con l'art. 3 Cost., ma anche con l'art. 51 Cost.<sup>59</sup>, dal momento che quest'ultimo sancisce che tutti i cittadini hanno diritto di accedere agli uffici pubblici in condizioni di uguaglianza<sup>60</sup>.

Occorre, in secondo luogo, tenere in considerazione che, talvolta, il ritardo nell'assunzione di un pubblico dipendente è dovuto ad una carenza di fondi dell'ente pubblico, il quale non è in grado di affrontare le spese derivanti dall'immissione in servizio di un nuovo lavoratore.

A tal proposito, è necessario ricordare che, fino a poco tempo fa, le assunzioni dei dipendenti pubblici dovevano avvenire nel rispetto del piano triennale dei fabbisogni di personale, il quale doveva essere a sua volta redatto coerentemente con la pianificazione pluriennale delle attività e della performance e con le linee di indirizzo emanate<sup>61</sup>. Attraverso il piano triennale dei fabbisogni di personale ciascuna pubblica amministrazione<sup>62</sup>, nel rispetto dei vincoli di spesa e di finanza pubblica, individuava in maniera vincolante le professionalità che le occorre per raggiungere i propri fini.

Nel caso in cui le suddette prescrizioni non fossero state rispettate, scattava, per le amministrazioni coinvolte, un divieto di assunzione di qualunque tipologia di personale.

Com'è già stato anticipato, il d.l. n. 80/2021, ha previsto che gli adempimenti sopra descritti siano sostituiti dall'obbligo, per le amministrazioni con più di cinquanta dipendenti – esclusi gli istituti scolastici – di adottare il Piano integrato di attività e organizzazione (c.d. PIAO)<sup>63</sup>. Per gli enti pubblici con meno di cinquanta dipendenti è stata, invece, prevista l'approvazione di un Piano semplificato, il quale dev'essere adottato seguendo lo "schema tipo "predisposto dal Dipartimento di funzione pubblica.

Per le amministrazioni, con più di cinquanta dipendenti, che omettano di adottare il PIAO scatta il divieto di assumere nuovo personale e di affidare incarichi di consulenza o di collaborazione. Inoltre, è prevista l'applicazione di un'ulteriore preclusione, consistente nell'impossibilità, per le suddette amministrazioni, di erogare la retribuzione di risultato ai dirigenti che risultino aver concorso alla mancata adozione del Piano<sup>64</sup>.

Quando, al contrario, le amministrazioni pubbliche, come prescritto dalla legge, abbiano adempiuto ai vari oneri loro imposti in vista dell'assunzione di nuovo personale dipendente, ma ciononostante non assumano tempestivamente i candidati vincitori del concorso per carenza di

---

<sup>59</sup> Art. 51, comma 1, Cost.: «Tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di uguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini».

<sup>60</sup> G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e processo del lavoro*, cit.

<sup>61</sup> A. GUIDUCCI, *Le assunzioni negli enti locali: presupposti, novità e contabilizzazione della spesa di personale*, in *Azienditalia*, 2017, 459.

<sup>62</sup> Art. 6, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165: «Allo scopo di ottimizzare l'impiego delle risorse pubbliche disponibili e perseguire obiettivi di performance organizzativa, efficienza, economicità e qualità dei servizi ai cittadini, le amministrazioni pubbliche adottano il piano triennale dei fabbisogni del personale, in coerenza con la pianificazione pluriennale delle attività e della performance, nonché con le linee di indirizzo emanate ai sensi dell'art. 6-ter. Qualora siano individuate eccedenze di personale, si applica l'art. 33. Nell'ambito del piano, le amministrazioni pubbliche curano l'ottimale distribuzione delle risorse umane attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale, anche con riferimento alle unità di cui all'art. 35, comma 2. Il piano triennale indica le risorse finanziarie destinate all'attuazione del piano, nei limiti delle risorse quantificate sulla base della spesa per il personale in servizio e di quelle connesse alle facoltà assunzionali previste a legislazione vigente».

<sup>63</sup> Il PIAO, secondo quanto stabilito dall'art. 1, del D.P.R. n. 81 del 2022, sostituisce i seguenti documenti: a) del Piano dei Fabbisogni del Personale (PFP) e del Piano delle azioni concrete (PAC); b) del Piano per Razionalizzare l'utilizzo delle Dotazioni Strumentali (PRSD); c) del Piano della Performance (PdP); d) del Piano di Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza (PtPCT); del Piano Organizzativo del Lavoro Agire (POLA); del Piano di Azioni di Positive (PAP). Sul PIAO si vedano: B. SUSIO - E. BARBAGALLO, *Dal PTPCT al PIAO: la strategia di prevenzione della corruzione fa sinergia e si rafforza*, in *Azienditalia*, 2022, 699; A.M. SAVAZZI, *Il Piano Integrato di Attività e Organizzazione (PIAO)*, in *Azienditalia*, 2022, 775; G. ZEPPA, *Il piano triennale dei fabbisogni di personale nel nuovo contesto del PNRR – Il rinnovato ruolo dell'organo di revisione*, in *Azienditalia*, 2022, 526

<sup>64</sup> Le suddette preclusioni sono previste dall'art. 10, comma 5, del d.lgs. n. 150 del 2009.



fondi, si può ipotizzare che vi sia stato un comportamento negligente dell'ente. Infatti, quest'ultimo o ha indetto il concorso prima dell'approvazione del PIAO, intervenuta con ritardo solo successivamente, o, essendo a conoscenza di una disponibilità limitata di risorse finanziarie, non avrebbe dovuto bandire il concorso, oppure in sede di programmazione del fabbisogno di personale è incorso in valutazioni troppo ottimistiche in merito alla propria capacità di assumere nuovi dipendenti<sup>65</sup>.

Il problema delle eccedenze di personale, peraltro, trova compiuta regolamentazione nell'art. 33 del d.lgs. n. 165/2001<sup>66</sup>, il quale, in relazione all'eventualità che le pubbliche amministrazioni rilevino un soprannumero di pubblici dipendenti rispetto alle proprie esigenze funzionali o alla loro situazione finanziaria, prevede diverse possibilità. Innanzitutto, le amministrazioni coinvolte possono scegliere di risolvere il contratto di lavoro, dando un preavviso di sei mesi, laddove sia maturato il requisito di anzianità contributiva, richiesto per il pensionamento. In subordine, dev'essere verificata la possibilità di ricollocare il personale in eccedenza presso la stessa pubblica amministrazione interessata dal problema del soprannumero o presso altri enti pubblici. Solo nel caso in cui ciò non sia possibile, il personale interessato dev'essere collocato in disponibilità, con

---

<sup>65</sup> A. BORGHI - S. POZZOLI, *Revisore degli enti locali 2020*, Milano, 2020: «Il reperimento del personale richiede una corretta programmazione e l'individuazione delle figure professionali da utilizzare in coerenza con le linee guida emanate, la pianificazione pluriennale delle attività e delle *performance*. Il vigente quadro normativo in materia di organizzazione dell'ente locale, con particolare riferimento a quanto dettato dal D.Lgs. n. 267/2000 e del D.Lgs. n. 165/2001, attribuisce alla Giunta specifiche competenze in ordine alla definizione degli atti generali di organizzazione e di determinazione dei fabbisogni di personale. L'atto di programmazione del fabbisogno del personale che le amministrazioni locali sono tenute ad approvare, deve assicurare le esigenze di funzionalità e ottimizzazione delle risorse per il miglior funzionamento dei servizi compatibilmente con le disponibilità finanziarie. Nella quantificazione della spesa si deve tenere conto degli adeguamenti retributivi previsti e prevedibili sulla base delle norme di legge, del contratto collettivo nazionale e dei contratti locali. La previsione annua e pluriennale deve essere coerente con le esigenze finanziarie espresse nell'atto di programmazione del fabbisogno».

<sup>66</sup> Art. 33, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165: «[1] Le pubbliche amministrazioni che hanno situazioni di soprannumero o rilevino comunque eccedenze di personale, in relazione alle esigenze funzionali o alla situazione finanziaria, anche in sede di ricognizione annuale prevista dall'articolo 6, comma 1, terzo e quarto periodo, sono tenute ad osservare le procedure previste dal presente articolo dandone immediata comunicazione al Dipartimento della funzione pubblica. [2] Le amministrazioni pubbliche che non adempiono alla ricognizione annuale di cui al comma 1 non possono effettuare assunzioni o instaurare rapporti di lavoro con qualunque tipologia di contratto pena la nullità degli atti posti in essere. [3] La mancata attivazione di procedure di cui al presente articolo da parte del dirigente responsabile è valutabile ai fini della responsabilità disciplinare. [4] Nei casi previsti dal comma 1 del presente articolo il dirigente responsabile deve dare un'informazione preventiva alle rappresentanze unitarie del personale e alle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo nazionale del comparto o area. [5] Trascorsi dieci giorni dalla comunicazione di cui al comma 4, l'amministrazione applica l'articolo 72, comma 11, del 25 giugno 2007, n. 112, conv. con modif., nella l. 6 agosto 2008, n. 113, in subordine, verifica la ricollocazione totale o parziale del personale in situazione di soprannumero o di eccedenza nell'ambito della stessa amministrazione, anche mediante il ricorso a forme flessibili di gestione del tempo di lavoro o a contratti di solidarietà, ovvero presso altre amministrazioni, previo accordo con le stesse, comprese nell'ambito della regione tenuto anche conto di quanto previsto dall'articolo 1, comma 29, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. con modif., nella l. 14 settembre 2011, n. 148, nonché dal comma 6. [6] I contratti collettivi nazionali possono stabilire criteri generali e procedure per consentire, tenuto conto delle caratteristiche del comparto, la gestione delle eccedenze di personale attraverso il passaggio diretto ad altre amministrazioni al di fuori del territorio regionale che, in relazione alla distribuzione territoriale delle amministrazioni o alla situazione del mercato del lavoro, sia stabilito dai contratti collettivi nazionali. Si applicano le disposizioni dell'articolo 30. [7] Trascorsi novanta giorni dalla comunicazione di cui al comma 4 l'amministrazione colloca in disponibilità il personale che non sia possibile impiegare diversamente nell'ambito della medesima amministrazione e che non possa essere ricollocato presso altre amministrazioni nell'ambito regionale, ovvero che non abbia preso servizio presso la diversa amministrazione secondo gli accordi di mobilità. [8] Dalla data di collocamento in disponibilità restano sospese tutte le obbligazioni inerenti al rapporto di lavoro e il lavoratore ha diritto ad una indennità pari all'80 per cento dello stipendio e dell'indennità integrativa speciale, con esclusione di qualsiasi altro emolumento retributivo comunque denominato, per la durata massima di ventiquattro mesi. I periodi di godimento dell'indennità sono riconosciuti ai fini della determinazione dei requisiti di accesso alla pensione e della misura della stessa. È riconosciuto altresì il diritto all'assegno per il nucleo familiare di cui all'articolo 2 del d.l. 13 marzo 1988, n. 69, conv. con modif., nella l. 13 maggio 1988, n. 153».

sospensione di tutte le obbligazioni inerenti al rapporto di lavoro, fatta salva la corresponsione di un'indennità.

Tuttavia, il suddetto articolo, dal momento che si riferisce soltanto ai lavoratori che già rivestono la qualifica di pubblici dipendenti, non risulta applicabile a chi, avendo partecipato ad un concorso pubblico, sia risultato vincitore della selezione, ma, per mancanza di fondi, non sia ancora stato assunto dall'amministrazione.

Com'è già stato ricordato nei paragrafi precedenti, laddove il candidato, che non sia stato assunto tempestivamente, riesca a dimostrare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano, l'ente pubblico che ha indetto il concorso è tenuto a risarcire al lavoratore i danni derivanti dal ritardo nella sua assunzione a titolo di responsabilità extracontrattuale.

Ulteriore problematica connessa al ritardo nell'assunzione del candidato che abbia superato la selezione riguarda l'aumento del carico di lavoro degli altri dipendenti pubblici che prestano servizio presso l'amministrazione interessata. In particolare, la carenza di personale dovuta alla mancanza di disponibilità economica per assumere nuovi pubblici dipendenti, potrebbe comportare il mancato raggiungimento degli obiettivi accertati con la procedura di valutazione della performance<sup>67</sup>, il quale è causa di responsabilità dirigenziale<sup>68</sup>. Quest'ultima costituisce una fattispecie di responsabilità che dev'essere necessariamente tenuta distinta dalle altre forme di responsabilità – civili, penali e amministrativo-disciplinari – che possono sorgere in relazione allo svolgimento dell'attività delle pubbliche amministrazioni<sup>69</sup>. Essa comporta, a seconda delle circostanze, l'impossibilità di rinnovo dell'incarico dirigenziale ovvero, nei casi più gravi, la revoca dell'incarico o il recesso dal rapporto di lavoro.

In relazione alla fattispecie di responsabilità dirigenziale dovuta al mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati dalla pubblica amministrazione interessata all'assunzione, si è poco sopra osservato che un ruolo determinante, nell'insorgenza della suddetta ipotesi di responsabilità, può essere ricoperto dalla carenza di organico dovuto ad un ritardo nelle assunzioni di nuovi pubblici dipendenti. In tal caso, a monte della condotta "negligente" del dirigente ritenuto responsabile, non pare inopportuno individuare una colpa dell'amministrazione, nella misura in cui quest'ultima abbia concorso a creare la condizione di carenza di personale, dalla quale sia poi derivata la violazione dei suddetti obblighi di risultato.

In circostanze siffatte, potrebbe suscitare qualche perplessità la soluzione di addossare esclusivamente al dirigente la responsabilità per il mancato raggiungimento degli obblighi accertati con la procedura di valutazione della performance.

Per concludere, dalla disamina delle principali problematiche discendenti dal ritardo della pubblica amministrazione nell'assunzione di un pubblico dipendente, è emerso che tale situazione è in grado di determinare conseguenze negative non solo per il lavoratore coinvolto ma anche per l'ente pubblico nel suo complesso. Infatti, se, da un lato, la ritardata assunzione può provocare

---

<sup>67</sup> F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, 457-461. Il ciclo di gestione della performance si articola in vari fasi: a) definizione e assegnazione degli obiettivi che devono essere raggiunti; b) collegamento tra gli obiettivi che si intendono raggiungere e le risorse disponibili; c) monitoraggio in corso di esercizio ed eventuale attivazione di interventi correttivi; d) misurazione e valutazione della performance; e) utilizzo di sistemi premianti che valorizzino il merito; f) rendicontazione dei risultati agli organi di controllo interni e di indirizzo politico-amministrativo, ai vertici delle amministrazioni, nonché ai competenti organi di controllo, ai cittadini, soggetti interessati, utenti e destinatari di servizi.

<sup>68</sup> F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, cit., L a responsabilità dirigenziale si configura sia in caso di violazione delle direttive emanate dal competente organo, la quale sia imputabile al dirigente, sia in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi contenuti nelle direttive e accertati con la procedura di valutazione della performance. Sul punto, l'Autore osserva che, mentre la seconda ipotesi è un tipico esempio di responsabilità dirigenziale, la prima si avvicina, in realtà, più ad un caso di responsabilità disciplinare, quantomeno se si intende l'inosservanza delle direttive come una violazione di un dovere d'ufficio. Se, al contrario, tale inosservanza viene considerata nella prospettiva dei risultati di gestione, allora può essere riferita alla responsabilità dirigenziale.

<sup>69</sup> Sulla responsabilità dirigenziale si veda L. FALDUTO, *Obblighi normativi e responsabilità dei dirigenti: fattispecie e procedure di riferimento*, in *Azienditalia*, 2017, 159.

danni economici e pregiudicare la carriera del dipendente pubblico che l'ha subita, dall'altro lato, può anche avere un impatto negativo sull'efficienza e sul buon funzionamento della pubblica amministrazione e, conseguentemente, riverberarsi sull'efficienza e la qualità dei servizi offerti ai cittadini.

L'ampliamento, in sede giurisprudenziale, della risarcibilità del danno causato dalla ritardata assunzione di un pubblico dipendente potrebbe fungere da stimolo nei confronti dell'amministrazione, la quale, per evitare di essere condannata a risarcire i danni patiti dal lavoratore, potrebbe essere spinta ad agire in maniera più prudente e maggiormente rispettosa del principio del buon andamento.

Dorinda Caccioppo

## Il tentativo fallito di equiparare agricoltura biologica e biodinamica: un caso per riflettere sull'opportunità d'introdurre la consulenza scientifica in Parlamento\*

**ABSTRACT:** *The aim of this paper is to analyse the information imbalance between institutions and practical reality through the study of a concrete case. The law intended to equate the method of biodynamic farming with that of organic farming allows for a cross-cutting investigation. The issue involves themes that are now essential to the constitutional debate: the relationship between politics and science, legislative discretion and the problem of constraints arising from notions borrowed from technology and science. Furthermore, the analysis of the instrument of the informal hearing in the parliamentary enquiry leads the research to question the appropriateness of introducing scientific advice in Parliament. An operation perhaps required to balance the forementioned information asymmetry.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Genesi e approdi della legge sull'agricoltura biologica e biodinamica. – 3. Che “divorzio” tra politica e scienza? Discrezionalità legislativa alla prova dei vincoli delle nozioni tecnico-scientifiche. – 4. Audizioni informali e strumenti innovativi di consulenza scientifica in prospettiva comparata.

### 1. Premessa

La riflessione giuspubblicistica sugli aspetti problematici della normazione a contenuto tecnico scientifico, come noto, costituisce un vero e proprio crocevia della maggior parte delle questioni incidenti sugli ordinamenti giuridici contemporanei<sup>1</sup>.

I profili di ricerca in materia trovano origine, come di consueto, in casi specifici che, pur conservando una necessaria tecnicità di fondo, permettono di veicolare il ragionamento verso un più ampio respiro teorico. Il caso preso in esame e analizzato in questo lavoro (la legge n. 23/2022 recante disposizioni per la tutela, lo sviluppo e la competitività della produzione agricola, agroalimentare e dell'acquacoltura con metodo biologico) rappresenta proprio un esempio di tale percorso di approfondimento trasversale.

Difatti, in primo luogo, consente di indagare il rapporto tra politica e scienza per il profilo della relazione tra discrezionalità legislativa e vincoli derivanti da nozioni mutuata dalla tecnica e dalla scienza. Il fenomeno della c.d. tecnicizzazione della politica, seppur affrontato in questa sede per



<sup>1</sup> La bibliografia sul tema è vastissima. Al fine di tracciarne una prima raccolta essenziale ma non esaustiva si confrontino: M. TALLACCHINI, *Evidenza scientifica e normazione ambientale: la “co-produzione” di scienza e diritto*, in AA.VV., *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, a cura di S. Grassi e M. Cecchetti, Milano, 2006; A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in AA.VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990; M. TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in AA.VV., *Ambiente e diritto*, I, a cura di S. Grassi, M. Cecchetti, A. Andronio, Firenze, 1999, 57 ss.; E. CATTANEO, *Ogni giorno tra scienza e politica*, Milano, 2016; M. CECCHETTI, *Criticità della “normazione tecnica” a tutela dell'ambiente nell'ordinamento italiano. Il caso dell'attuazione delle direttive n. 99/31/CE (sulle discariche di rifiuti) e n. 00/53/CE (sui veicoli fuori uso)*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, I, 2003; E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2017; A. IANNUZZI, *Poteri istruttori e valutazioni tecnico-scientifiche tra discrezionalità legislativa, autonomia della scienza ed esigenze processuali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, Napoli, 2018; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifica*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 16 giugno 2014; S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Trento, 2015; F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001; L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giur. cost.*, 1998. L. VIOLINI, *La tutela della salute e limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *le Regioni*, 2002.

brevi cenni e strumentalmente al caso analizzato, costituisce un tema essenziale del dibattito costituzionale. In particolar modo poiché si lega profondamente, nella prassi, ad una evidente e paradossale marginalizzazione del Parlamento dai processi di decisione politica<sup>2</sup>, sempre più attuale oggi nel dibattito relativo all'adozione e alle evoluzioni attuative del PNRR.

In secondo luogo, l'*iter* della vicenda legislativa in esame permette di riflettere su un ulteriore tema di tenore costituzionale, attinente alla materia disciplinata dai regolamenti parlamentari: l'utilizzo dello strumento delle audizioni informali in Parlamento, le garanzie e le possibilità derivanti da un'istruttoria parlamentare così composita per quanto attiene alle voci ascoltate e alle forme di pubblicità impiegate.

Il caso approfondito è stato, dunque, un punto di osservazione specifico per un ragionamento che, senza alcuna pretesa risolutiva, si propone una ricognizione di superficie dei temi necessari per affrontare analiticamente il controverso tema della normazione a contenuto tecnico scientifico.

Forse proprio un angolo visuale così specifico rende, infatti, sempre più evidente l'esigenza di affrontare concretamente il problema dello "squilibrio" informativo tra istituzioni e realtà pratica da cui muove la necessità di un intervento legislativo; un'asimmetria che potrebbe trovare nell'introduzione della consulenza scientifica in Parlamento un suo possibile bilanciamento.

## 2. *Genesi e approdi della legge sull'agricoltura biologica*

Il 9 marzo 2022 è stata pubblicata la legge n. 23/2022 che ha introdotto disposizioni per la tutela, lo sviluppo e la competitività della produzione agricola, agroalimentare e dell'acquacoltura con metodo biologico.

Dopo un lungo e dibattuto *iter* legislativo l'Assemblea del Senato ha definitivamente approvato<sup>3</sup> il noto disegno di legge 988<sup>4</sup> precisando il tenore di interesse nazionale della produzione biologica nonché riconoscendole una funzione sociale ed ambientale.

L'Assemblea del Senato stessa, il 20 maggio del 2021, aveva modificato il Testo Unificato<sup>5</sup>, risultato dell'approvazione della Camera del dicembre del 2018<sup>6</sup>, a seguito di un intenso dibattito svoltosi all'interno e all'esterno del Parlamento.

---

<sup>2</sup> Per l'analisi sulla caduta di efficienza delle istituzioni parlamentari per quanto attiene alla capacità decisionale ed al profilo della funzione rappresentativa, si rinvia alle riflessioni di G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, Milano, 1973; G. AZZARITI, *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto di mandato imperativo?* in AA.VV., *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, cit., 177 ss., spec. 221 ss.; C. PINELLI, *Ascesa e declino dei partiti* (2000), ora in ID., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti*, 1985-2011, Napoli, 2012, 593 ss.; ID., *Il paradosso di una partecipazione senza partiti. Uno sguardo costituzionale*, ivi, 635 ss.; M. Cavino, L. Conte (a cura di), *Le trasformazioni dell'istituzione parlamentare. Da luogo di compromesso politico a strumento tecnico della divisione del lavoro*, Napoli, 2017; AA.VV., *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, Napoli, 2020.

<sup>3</sup> S.988-B è stato approvato definitivamente il 2 marzo 2022.

<sup>4</sup> Legislatura 18<sup>a</sup> - Disegno di legge n. 988, approvato dalla Camera dei deputati l'11 dicembre 2018, in un testo risultante dall'unificazione dei disegni di legge: d'iniziativa dei deputati Gadda, Moretto, Marco Di Maio, Vazio, Pezzopane, Rizzo Nervo, Morani, D'Alessandro, Cardinale, La Marca, Cantini, Gribaudo E Carnevali (290); Cenni E Incerti (410); Parentela, Maglione, Cadeddu, Cassese, Cillis, Cimino, Del Sesto, Gagnarli, Gallinella, L'abbate, Lombardo, Alberto Manca, Maraia, Marzana, Pignatone e Ianaro (1314); Golinelli, Viviani, Lolini, Coin, Gastaldi, Liuni, Lo Monte, Vallotto e Zanutelli (1386) (V. Stampati Camera nn. 290, 410, 1314 e 1386). Trasmesso dal Presidente della Camera dei deputati alla Presidenza il 13 dicembre 2018.

<sup>5</sup> Il Testo Unificato della Camera (C.290, T. U. con C.410, C.1314, C.1386, approvato in testo unificato l'11 dicembre 2018) riprendeva, ulteriormente aggiornandolo, il contenuto della proposta di legge della scorsa legislatura AC 302, la quale era stata approvata dalla Camera in prima lettura, senza poi terminare il suo *iter* presso il Senato (Atto Senato n. 2811). (Camera dei deputati, [Documentazione parlamentare](#), Tema "Testo unificato sulla produzione agricola con metodo biologico", 30.03.2022).

<sup>6</sup> Il disegno di legge era stato proposto il 23 marzo 2018 l'on. Maria Chiara Gadda, allora deputata del Partito Democratico. È stata membro della XIII Commissione (Agricoltura) dal 21 giugno 2018 al 12 ottobre 2022.

Motivo del contendere era la precedente formulazione del ddl. 988 in cui emergeva espressamente, nell'art. 1, una equiparazione tra agricoltura biologica e agricoltura biodinamica.

Un manifesto ben più che teorico che, di fatto, implicava un'estensione – attraverso una legge dello Stato – del godimento dei benefici e dei vantaggi stabiliti per l'agricoltura biologica. Nel concreto, si tratta di incentivi di non poco momento attinenti: a) alla conversione delle imprese agricole, al consumo di prodotti biologici (perciò anche biodinamici); b) alla diffusione di questi ultimi nel sistema di servizio mense degli enti pubblici; c) all'istituzione di percorsi formativi inerenti specifici temi di ricerca in materia di rilevante interesse (corsi di laurea, dottorati di ricerca, master, corsi di formazione e di aggiornamento); d) alla destinazione di risorse finanziarie del CNR e del CREA<sup>7</sup> a tali attività di ricerca.

Questa proposta si pone in linea con la strategia Farm to Fork<sup>8</sup>, presentata il 20 maggio del 2020 nel quadro del Green Deal europeo, con la quale la Commissione europea si è impegnata, entro il 2030, a supportare con incentivi e finanziamenti la transizione al biologico e a metodi di produzione sostenibili.

L'equiparazione proposta fra agricoltura biologica e biodinamica inizialmente rende necessario proporre qualche breve cenno sull'agricoltura biodinamica. Tale metodo agricolo può essere individuato come una categoria appartenente al biologico (tutte le imprese agricole biodinamiche devono difatti essere preventivamente certificate come biologiche<sup>9</sup>) che si avvale, tuttavia, di tecniche basate sui principi antroposofici della dottrina spirituale di Rudolf Steiner<sup>10</sup>. L'antroposofia è la dottrina base del movimento internazionale promosso dallo stesso Steiner con la fondazione, nel 1913, della *Società antroposofica* presso il Goetheanum di Dornach (Basilea) e si propone di considerare e studiare la realtà fisica come unita indissolubilmente alla dimensione spirituale. Dunque, il metodo biodinamico, nei presupposti antroposofici enucleati da Rudolf Steiner, si sostanzia in una visione olistica della pratica agricola che mette a sistema pratiche comuni al biologico (quali ad esempio la rotazione tra colture e la totale assenza di trattamenti chimici) e tecniche strutturate sull'attenzione ad influenze astrali e ad energie cosmiche<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Il Consiglio per la ricerca in agricoltura e l'analisi dell'economia agraria, istituito con decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 454, così denominato ai sensi dell'articolo 1, comma 381, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, è un Ente di ricerca di diritto pubblico con competenza scientifica generale nel settore agricolo, agroindustriale, ittico, forestale della nutrizione umana e degli alimenti, dello sviluppo rurale e dell'economia agraria. Il CREA, posto sotto la vigilanza del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali e articolato in Centri di ricerca, «sviluppa soluzioni tecnologiche in grado di innalzare, in un contesto di sostenibilità e salubrità delle produzioni, la profittabilità e la competitività delle attività agricole, agroalimentari e forestali, garantendo la tutela e la conservazione delle risorse naturali e della biodiversità degli ecosistemi agrari, forestali ed ittici, sulla base degli obiettivi e degli indirizzi definiti dal Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali. Nel perseguimento delle predette finalità ed in coerenza con i principi della Carta europea dei ricercatori, Raccomandazione 11 marzo 2005 n. 2005/251/CE» (Statuto del CREA Allegato alla Delibera CdA 11-2022 del 16.02.22).

<sup>8</sup> «The Farm to Fork Strategy is at the heart of the European Green Deal aiming to make food systems fair, healthy and environmentally-friendly. Food systems cannot be resilient to crises such as the COVID-19 pandemic if they are not sustainable. We need to redesign our food systems which today account for nearly one-third of global GHG emissions, consume large amounts of natural resources, result in biodiversity loss and negative health impacts (due to both under- and over-nutrition) and do not allow fair economic returns and livelihoods for all actors, in particular for primary producers» (dal [sito](#) ufficiale della Commissione Europea).

<sup>9</sup> Certificazione ai sensi del Reg. CE 834/2007 per l'agricoltura biologica.

<sup>10</sup> Tra i testi di riferimento sul tema R. STEINER, *Impulsi scientifico-spirituali per il progresso dell'Agricoltura*, Editrice Antroposofica Milano, 2017.

<sup>11</sup> Sul punto si riportano alcuni passi esplicativi tratti da una conferenza tenuta da Steiner a Koberwitz il 7 giugno 1924 intitolata «Discorso preliminare e introduzione del corso. L'emancipazione della vita umana e animale dal mondo esteriore»: «Parlando dal punto di vista dell'antroposofia, non si tratta certo di tornare agli antichi istinti, ma di attingere ad una conoscenza spirituale più profonda [...]. Perciò è necessario osservare più ampiamente la vita delle piante, degli animali e della terra stessa, osservare i fenomeni fin nel loro aspetto cosmico»; «[...] guardando un ago magnetico si osserva che è orientato verso nord con una delle estremità e verso sud con l'altra. Cercandone la causa non viene in mente a nessuno di attribuirlo all'ago stesso; la si attribuisce alla terra intera cui si riconosce da un lato un polo nord e dall'altro un polo sud. Direbbe una sciocchezza chi affermasse che le cause dell'orientamento risiedono nell'ago stesso

Il marchio del biodinamico è detenuto dalla multinazionale Demeter, che ha adottato gli standard tecnici internazionali<sup>12</sup> ai quali le aziende aderenti devono conformarsi per utilizzare il marchio.

In Italia, Demeter è un'associazione senza scopo di lucro che unisce produttori, trasformatori e distributori di prodotti agricoli e alimentari biodinamici.

Alle aziende agricole che desiderano utilizzare il marchio Demeter viene richiesta la sottoscrizione di una scrittura privata<sup>13</sup> in cui si impegnano a seguire, dietro la fornitura di un corrispettivo, un *iter di tutoraggio formativo* pedissequamente verificato da tutor i cui interventi vengono pagati dalla stessa azienda richiedente. Ciò al fine di intraprendere l'opera di conversione della propria attività al metodo biodinamico proprio in ragione, come si legge nel *format* della scrittura privata, delle «*finalità specificamente culturali in materia*<sup>14</sup>» dell'Associazione.

Nello specifico, il metodo biodinamico cerca di ricreare un equilibrio tra le varie componenti del sistema produttivo (suolo, piante, animali e uomo) studiando quindi l'influenza del sole, della luna e degli altri pianeti. Secondo tale teoria, per assicurare nell'ecosistema un collegamento tra tutte le forme di materia ed energia, gli elementi produttivi di un'azienda agricola devono essere rivitalizzati e considerati come un organismo agricolo a ciclo chiuso.

Tra le varie pratiche utilizzate, quelle più citate e dibattute riguardano l'uso dei cosiddetti preparati tra cui: il corno-letame (preparato 500), corno di vacca «*che abbia figliato almeno una volta*» farcito di letame o il Preparato di Achillea (preparato 502), una vescica di cervo maschio riempita di fiori «*raccolti in una giornata di pieno sole*»<sup>15</sup>.

Alla luce di questi elementi, la questione in esame assume contorni più nitidi: la proposta di equiparazione tra metodo biologico e biodinamico avrebbe comportato la legittimazione e il sostegno economico pubblico ad un marchio estero registrato le cui pratiche non sono supportate da un riconoscibile e riconosciuto metodo scientifico.

Una tale evenienza ha destato la rivolta della comunità scientifica. L'Accademia Nazionale dei Lincei, in una nota di commento del giugno del 2021 ha definito le pratiche del biodinamico «*insensate credenze esoterico/astrologiche che sembrano uscite da un trattato di stregoneria. Pratiche che non solo non hanno alcuna base scientifica o empiricamente dimostrabile, ma risultano addirittura grottesche e in molti casi ripugnanti*<sup>16</sup>». Il premio Nobel per la Fisica Giorgio Parisi, rivolgendosi a molte testate giornalistiche, ha definito il biodinamico una pratica stregonesca, uno dei simboli di una sfiducia di massa nella scienza insinuatasi fino in Parlamento. Il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella stesso ha espresso la sua posizione a riguardo affermando: «*è una questione che sta in Parlamento e io notoriamente non posso pronunciarmi. Ma posso ben dire, perché diventi legge, che vi sono alcuni altri passaggi, anche parlamentari anzitutto, che rendono lontana questa ipotesi*».

---

[...]» perciò continua «*se abbiamo dinanzi a noi una barbabietola in crescita nel suo terreno, è assurdo considerarla come essa si presenta nei suoi stretti limiti, mentre nel suo crescere essa è forse in quel momento dipendente da innumerevoli fattori esistenti magari non sulla terra, ma nell'intero cosmo circostante*» (R. STEINER, *Impulsi scientifico-spirituali per il progresso dell'Agricoltura*, cit. 28-29).

<sup>12</sup> Demeter International viene creata nel 1997 da organizzazioni Demeter aventi sede in Europa, America, Africa e Australia. Ad oggi Demeter annovera tra le sue collaborazioni circa 4000 produttori in 35 Stati. L'associazione ecologica ha creato nel tempo un network di enti di certificazione che verifichino la conformità alle Norme Internazionali di Produzione e di Lavorazione Demeter conciliandole con le norme organiche applicabili nei rispettivi paesi. I canoni Demeter vengono considerati e definiti "olistici" per il loro spettro di applicazione onnicomprensivo che si estende dalla produzione agricola alla lavorazione del prodotto, dalla produzione vegetale alla lavorazione della carne (sul sito ufficiale di [Demeter](#)).

<sup>13</sup> Per il modello, v. al sito ufficiale di [Demeter](#).

<sup>14</sup> Per rendere maggiormente intellegibile tale espressione si consideri che tra le attività svolte dall'Associazione si annovera specificamente «*la promozione della diffusione del metodo di coltivazione biodinamico, secondo l'insegnamento di Rudolf Steiner*».

<sup>15</sup> Indicazioni ufficiali tratte dal sito di [Demeter](#).

<sup>16</sup> Accademia Nazionale dei Lincei, Commissione ricerca, [Nota di commento sull'agricoltura biodinamica. Presa di posizione della Commissione Ricerca sull'agricoltura biodinamica](#), 13.06.2021.

Ed è proprio nel dibattito parlamentare che la Senatrice a vita Elena Cattaneo è intervenuta per chiedere di espungere dal testo normativo i richiami espliciti e i riconoscimenti preferenziali a quelle che ha definito pratiche antiscientifiche, schiettamente esoteriche e stregonesche<sup>17</sup>. La questione sollevata, secondo la Senatrice, supera i confini specifici della materia agricola e riguarda in generale un rischio concreto di «*divorzio tra politica e scienza*»<sup>18</sup>. La professoressa, ordinaria di farmacologia, da anni si occupa in prima persona delle vicende riguardanti la politica della ricerca scientifica pubblica in Italia, nonché delle controverse relazioni tra scienza e politica italiana nelle diverse declinazioni della gestione della cosa pubblica: sistema sanitario, agricoltura e altri.

Altresì, nel suo scritto, “*Armati di scienza*” pubblicato nel 2021<sup>19</sup>, si era espressa in toni polemici anche nei confronti di alcune posizioni italiane ed europee volte a favorire un potenziamento dell’agricoltura biologica ritenendo che non sembrasse tener conto del contributo che anche altre forme di agricoltura potrebbero portare alla difesa della biodiversità<sup>20</sup>.

Nel vivo di questo dibattito, il testo è passato all’esame della Camera dei Deputati e affidato alla Commissione XIII Agricoltura, in cui l’istruttoria tecnica sul tema è stata portata avanti attraverso il tradizionale strumento delle audizioni parlamentari (in particolare delle audizioni informali).

Delle garanzie e delle possibilità derivanti da un’istruttoria parlamentare così composita per quanto attiene alle voci ascoltate e alle forme di pubblicità impiegate, si tratterà più approfonditamente nell’ultimo paragrafo.

Per quanto attiene, invece, alla legge di risulta, poi definitivamente approvata dal Senato il 2 marzo del 2022, la menzione della dibattuta equiparazione tra biologico e biodinamico è stata effettivamente espunta, sancendo una disciplina rivolta ad assicurare lo sviluppo e la competitività della produzione agricola, agroalimentare e dell’acquacoltura con metodo biologico.

La questione, seppur apparentemente superata, lascia tuttavia, nel dibattito giuspubblicistico, numerose riflessioni in sospeso.

Difatti, quandanche la critica di anti-scientificità mossa al metodo biodinamico fosse superabile, rimarrebbe l’interrogativo sull’opportunità di dedicare ulteriori fondi pubblici alle peculiari attività di privati con disponibilità patrimoniale autonoma consistente (Coldiretti stima che il giro d’affari del biodinamico in Italia potrebbe essere attorno ai 200 milioni di euro). Diverrebbe, inoltre, rilevante il quesito ancor più teorico, ma di primaria importanza, posto in principio: nel caso in cui l’agricoltura biodinamica venisse contemplata in un testo normativo, sarebbe necessario chiarire se i caratteri della pratica agricola siano in ultima istanza quelli definiti dalla legge o dagli standard internazionali del privato cui fa capo il sistema di certificazione.

D’altra parte, però, il riferimento al biodinamico non è completamente assente dal testo normativo: viene citato nell’art. 5 della legge in riferimento alla composizione del “Tavolo tecnico per la produzione biologica”<sup>21</sup> e nell’art. 8 relativamente al coinvolgimento nel “Piano nazionale delle

---

<sup>17</sup> «*Concludo senza nascondervi che da cittadina, prima ancora che da studiosa di scienze della vita, con esperienza ormai trentennale, provo sconcerto, sconforto e, quindi, dissenso di fronte alla legittimazione per via parlamentare nell’ordinamento di uno dei Paesi più avanzati al mondo di pratiche antiscientifiche, esoteriche e stregonesche, specialmente se penso che, a sancire la superiorità del cornoletame sulle evidenze scientifiche, è la Camera alta del Paese che guida il G20, proprio nell’anno in cui per combattere la pandemia da Covid-19 il ruolo indispensabile della scienza è stato universalmente riconosciuto, celebrato e, anche in quest’Aula, osannato*» (Legislatura 18<sup>a</sup> – Aula – Resoconto stenografico della seduta n. 329 del 20/05/2021 – Discussione del disegno di legge (988) – Disposizioni per la tutela, lo sviluppo e la competitività della produzione agricola, agroalimentare e dell’acquacoltura con metodo biologico).

<sup>18</sup> Così ha dichiarato la senatrice Cattaneo in un’intervista di R. BENVENUTO, “*La legge sull’agricoltura biodinamica è il divorzio tra politica e scienza*”. Parla Elena Cattaneo, in *Il Foglio*, 29 maggio 2021.

<sup>19</sup> E. CATTANEO, *Armati di scienza*, Milano, 2021.

<sup>20</sup> Ad esempio, minimizzando il consumo di suolo a favore degli ecosistemi naturali, massimizzando nel contempo la produzione primaria necessaria per i bisogni alimentari della popolazione.

<sup>21</sup> L’articolo 5, della legge 9 marzo 2022, n. 23, istituisce presso il Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali il Tavolo tecnico per la produzione biologica prevedendone la composizione. Al menzionato tavolo è affidato il compito di; delineare indirizzi e definire le priorità del Piano d’azione nazionale per l’agricoltura biologica; esprimere pareri sui provvedimenti di carattere nazionale ed europeo in merito alla produzione biologica; proporre attività di



sementi biologiche”<sup>22</sup>. Considerando le funzioni complesse e articolate degli istituti cui si fa riferimento negli articoli in cui viene coinvolto il metodo agricolo biodinamico, non si può non notare come l’istruttoria parlamentare abbia portato ad un risultato altrettanto composito: un’inclusione del biodinamico che non porta vessilli ma trova il suo ruolo fattivo negli ambiti in cui concretamente si pianifica e decide la produzione e i progetti di sviluppo finanziabili.

### 3. Un “divorzio” tra politica e scienza? La discrezionalità legislativa alla prova dei vincoli delle nozioni tecnico-scientifiche

La questione presa in esame fa emergere con chiarezza attriti e istanze di conciliazione proprie del rapporto tra politica e scienza.

Tuttavia, nel quadro delineato, se la scienza e la tecnica sono preposte ad una puntuale *ars respondendi*<sup>23</sup>, spetta invece alla politica il compito fondamentale di porre le giuste domande.

La scienza rappresenta, senza dubbio, un «problema specifico»<sup>24</sup> per il quale il diritto costituzionale contemporaneo deve necessariamente trovare adeguate soluzioni teorico-applicative.

La specificità si esprime – per alcuni versi – nelle varie declinazioni in cui i contenuti, compresi nell’ampio quadro della “scienza”, si relazionano alle strutture politiche e normative statali.

Al fine di ragionare su un tema tanto dibattuto e approfondito in sede dottrina sembra utile prendere come punto d’avvio l’icastica espressione, spesso utilizzata anche a livello divulgativo e prima citata dal discorso della Senatrice a vita Cattaneo, del *divorzio tra politica e scienza*.

Invero, la correlazione tra scienza e politica è portata, per sua natura, a creare una trama complessa di rapporti di influenza, di interdipendenza nonché in molti casi di conflitto. La contingenza analizzata, così come le vicissitudini degli ultimi anni, hanno mostrato difatti una strenua lotta per la supremazia di una nei confronti dell’altra.

I termini del “divorzio” si innestano nella progressiva enfaticizzazione del carattere neutrale<sup>25</sup> della scienza e della tecnica. Tale considerazione porta a scinderle ontologicamente dalla politica, ad immaginarle come unico antidoto alle carenze della politica stessa e, talvolta, a renderle predominanti

---

promozione del biologico; individuare strategie per favorire l’ingresso e la conversione delle aziende convenzionali al biologico. Le modalità di funzionamento del suddetto Tavolo sono definite con decreto del Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali. Ai partecipanti allo stesso non spettano compensi, indennità, gettoni di presenza, rimborsi di spese o altri emolumenti comunque denominati. (da Camera dei deputati, [Documentazione parlamentare](#), Tema “*Testo unificato sulla produzione agricola con metodo biologico*”, 30.03.2022, temi.camera.it)

<sup>22</sup> L’articolo 8, della legge 9 marzo 2022, n. 23, prevede, al comma 1, l’adozione del Piano nazionale delle sementi biologiche, entro sei mesi dall’entrata in vigore del presente testo unificato, da parte del Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali, previa intesa in sede di Conferenza Stato-regioni, sentito il Tavolo tecnico e con il supporto scientifico del CREA. Esso è finalizzato ad aumentare la disponibilità delle sementi stesse per le aziende e a migliorarne l’aspetto quantitativo e qualitativo con riferimento a varietà adatte all’agricoltura biologica e biodinamica. Il Piano ha durata triennale ed è volto a promuovere il miglioramento genetico partecipativo al fine di selezionare piante che rispondano ai bisogni degli agricoltori e che si adattino alle diversità ambientali, climatiche e culturali. (da Camera dei deputati, [Documentazione parlamentare](#), Tema “*Testo unificato sulla produzione agricola con metodo biologico*”, 30.03.2022)

<sup>23</sup> I. DIONIGI, *Osa Sapere. Contro la paura e l’ignoranza*, Milano, 2019, 60.

<sup>24</sup> A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, cit., 89. Sulla necessità della politica di competenze tecnico scientifiche si veda anche A. SCIORTINO, *Il governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica: atti del Seminario Annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”*, Napoli, 2016, 9 ss.

<sup>25</sup> Si confrontino, tra la copiosa e autorevole dottrina in materia: M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, 1994; S. CASSESE-C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; S. NICCOLAI, *I poteri garanti della costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996; D. SERVETTI, *Brevi considerazioni sulla rilevanza di un adeguato supporto tecnico scientifico al controllo parlamentare*, in G. Grasso (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica*, cit., 168 ss.

rispetto a quest'ultima nel costituire una forma alternativa di legittimazione<sup>26</sup> dei provvedimenti. Una concezione che, tuttavia, storicamente si interseca con la considerazione schmittiana per cui la tecnica proprio perché «strumento ed arma»<sup>27</sup> è al servizio di tutti. In altri termini, dunque, si può dire che la scienza e la tecnica esercitano un condizionamento sulla politica<sup>28</sup> tale per cui la legittimazione tecnica tende capillarmente a imporsi sulla legittimazione democratica, con l'aspirazione a rappresentare il metodo trasversalmente applicabile a qualsiasi fattispecie complessa dell'ordinamento.

D'altra parte, è innegabile che la scienza stessa sia un ambito condizionato dalle ingerenze delle «domande di utilità immediata della politica e dell'economia»<sup>29</sup>.

Dunque, si è portati a interrogarsi sul bilanciamento di questa osmosi e sui termini in cui essa si articola. Infatti, ci si chiede, per esempio, se una decisione politica che necessiti di particolari competenze tecnico-scientifiche possa essere ricondotta alla tradizionale qualifica di esercizio di potere ovvero se rientri sostanzialmente nella qualifica di valutazione tecnico scientifica.

Di fatto, l'emersione dell'elemento tecnico-scientifico, nei termini descritti, ha generalmente condotto verso paradigmi di regolazione appartenenti alla *soft law* come linee guida o codici deontologici<sup>30</sup>. Ciò, dal punto di vista amministrativo, si è tradotto in una moltiplicazione delle Autorità Amministrative Indipendenti con sempre più ampi poteri regolatori (oltre che di controllo, vigilanza e sanzione) attribuiti di fatto in ragione delle più specifiche competenze e conoscenze tecniche<sup>31</sup>.

Ci si può domandare, quindi, se a mutare non siano piuttosto alcuni dei soggetti cui è deputata la decisione e i luoghi in cui si forma la decisione stessa.

Da questo problema concettuale originano conseguenze di concreto rilievo nella discussione sulla legittimità di forme di sostituzione della legittimazione democratica con differenti fonti di legittimazione, quali appunto la validazione tecnico-scientifica. Di fatto, il recente periodo di emergenza sanitaria globale ha messo in luce proprio questa considerazione, già presente nel dibattito costituzionalistico: l'adeguatezza del presupposto scientifico fondante la decisione politica si pone come elemento imprescindibile della sua legittimità<sup>32</sup>.

D'altra parte, se non si può lasciare alla scienza il compito di legittimare nel complesso una decisione è pur vero che l'elemento tecnico-scientifico è contenuto nella maggior parte della produzione normativa.

---

<sup>26</sup> Sul tema, M. CUNIBERTI, *Sull'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in G. Grasso (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica*, cit., 45 ss.

<sup>27</sup> C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spolitizzazioni*, in ID., *Le categorie del politico*, Bologna, Il Mulino, 1972, 178.

<sup>28</sup> Per uno studio approfondito di alcuni aspetti del mutato rapporto tra tecnica e politica si cfr. A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze 1997. Cfr. anche G. LIMONE, *La scienza contemporanea al confronto con le generazioni future*, in L. Chieffi (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000; P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2009, 591 ss., evidenzia come la politica e la democrazia siano oggi condizionate dalla tecnoscienza.

<sup>29</sup> In questi termini A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, cit. 92, parla dei condizionamenti gravanti «sul processo di produzione disinteressata di conoscenze governato da una propria logica evolutiva».

<sup>30</sup> In questi termini, G. FONTANA, *Tecno-scienza e diritto al tempo della pandemia. (Considerazioni critiche sulla riserva di scienza)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Sulla regolazione di tali fonti terziarie si veda E. D'ORLANDO – F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva* in *Corti supreme e salute*, 1/ 2021, 55 e ss.

<sup>31</sup> In tal senso M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1997, 32; M. CUNIBERTI, *Sull'organizzazione*, cit.; A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di Stato e forma di governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021; in termini critici G. DE MINICO, *La regolazione delle Autorità indipendenti. Dalla decisione amministrativa all'azione politica nazionale e sovranazionale*, in P. Carnevale, E. Castorina, G. Grasso, R. Manfredi (a cura di), *L'Europa dei tre disincanti. Liber amicorum per Giovanni Cocco*, Napoli, 2021, 356 ss.

<sup>32</sup> Come sostenuto anche in L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, *BioLaw Journal*, 1, 2020, special issue, 73. Si confronti sul punto A. IANNUZZI, G. PISTORIO, *La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica*, Napoli, 2022.

Nel caso della legge in esame, quindi, il testo da approvare poteva essere inteso come legge a contenuto tecnico-scientifico; tuttavia – per la parte relativa alla biodinamica – si rinviava implicitamente alle norme tecniche appartenenti al disciplinare internazionale del marchio registrato Demeter International. Tuttavia, se anche si volesse legare la legittimazione delle certificazioni e delle presunte norme tecniche al formalismo definitorio sopra descritto, rimarrebbe il problema dell'assenza di un reale accreditamento di Demeter International; di certo non potrebbe essere equiparata ad Istituzioni come l'*Organization for Standardization (ISO)* o l'*International Electrotechnical Commission (IEC)* che sono riconosciute da fonti di diritto internazionale o dell'Unione europea o, ancora, nazionali.

Pertanto, si deve giungere ad una soluzione di carattere meno netto. La legge n. 23/2022 è una legge a carattere tecnico scientifico che, se avesse incluso l'equiparazione dell'agricoltura biologica all'agricoltura biodinamica, avrebbe rinviato a specifiche tecniche non regolarizzate. In virtù di questo rinvio, il meccanismo certificatorio non sarebbe stato monitorabile né contestabile.

Altresì, di rilievo sarebbe la conseguenza di una eventuale equiparazione futura sulla gestione dei fondi pubblici: in virtù di una legge dello Stato, una quota verrebbe dedicata specificamente alla ricerca scientifica e alla formazione nel settore biodinamico equiparato al biologico; enti e portatori di interesse potrebbero mettere a punto progetti, attività, istituire insegnamenti in materia sulla base di fonti mutevoli e provenienti da una multinazionale con sede all'estero a cui si pagano royalty.

Dunque, il cuore della questione si sposta indubbiamente sul tema delle modalità di apertura del procedimento legislativo agli elementi di natura tecnica e delle garanzie che dal metodo prescelto derivino. Una questione largamente dibattuta<sup>33</sup> e rafforzata durante la crisi pandemica in cui l'utilizzo del dato scientifico e il coinvolgimento di organi tecnici sono stati i riferimenti costanti dell'attività legislativa<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Sul rapporto tra scienza e discrezionalità legislativa *ex multis*, si veda L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, cit., 982; ID., *La tutela della salute e limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *le Regioni*, 2002, 1450 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, 85; A. VENTURI, *Questioni tecnoscientifiche e tutela delle posizioni giuridiche*, in *Quad. cost.*, 2006, 536 s.; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008; S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2009, 820 e 830 ss.; R. BIN, *Libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 218 ss.; M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della «vicenda Stamina»*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 1/2013, 83; G. DEMURO, *La ricerca scientifica e il diritto alla salute*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, 4 s.; A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 giugno 2014; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifica*, cit.; G. RAGONE, *Scienza e diritto nell'argomentazione della Corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2015; M. D'AMICO, *Scienza e diritti nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, 718ss; A. IANNUZZI, *Poteri istruttori e valutazioni tecniche*, cit.; E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, cit.; M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *Biolaw Journal*, 1/2017, 9 ss.; A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, in *DPCE Online*, Vol 44(3), 3277-3305. La stessa Corte costituzionale si è molte volte pronunciata su questioni tecnico scientifiche portando alla luce, a più riprese, il problema delle forme di consulenza scientifica parlamentare nel nostro ordinamento. *Ex multis*: Corte cost., [sentt. nn. 282 del 2002](#), [307 del 2003](#), [338 del 2003](#); [116 del 2006](#); [8 del 2011](#), [162 del 2014](#), [274 del 2014](#), [84/2016](#) (sul destino degli embrioni), [69 del 2017](#), e [5/2018](#) (sui vaccini). Altresì, si segnalano le recenti pronunce in materia di obblighi di vaccinazione contro il Covid-19 ([sentt. nn. 14-15-16 del 2023](#)) e in materia di obblighi di vaccinazione nei confronti dei militari e di riserva di legge ([sent. n. 25 del 2023](#)).

<sup>34</sup> Tra la copiosa autorevole dottrina sul tema della interrelazione tra pandemia e consulenza scientifica, A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, 2, 2019, numero speciale, 125; A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in [federalismi.it](#), Osservatorio Emergenza Covid, 29 aprile 2020; A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi di CoViD-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*, in *BioLaw Journal*, 1, 2020, special

Difatti, in questo frangente, si è posto con urgenza il problema del possibile sbilanciamento, in sede di decisione politica, verso una indiscussa fiducia per le risultanze tecnico scientifiche. Le riserve su una devozione eccessivamente salda al dato scientifico sono molteplici: il rischio paradossale di non affrontare un ragionamento sull'affidabilità e la trasparenza dei dati<sup>35</sup> scervo da condizionamenti politici (ad impedirlo è la logica manichea della scienza come “bene” contro il “male” della discussione politica a riguardo, logica che non tiene in considerazione la scienza come sapere non unitario per definizione); il rischio di non dare la giusta importanza al fatto che, nel nostro ordinamento, non siano previste forme procedimentalizzate di istruttoria tecnico-scientifica nell'iter di formazione delle leggi<sup>36</sup> (importanza che si misura nel grado di assicurazione delle garanzie democratiche). Tuttavia, in dottrina, il caso italiano è stato definito finanche un paradigma di «chiusura del potere legislativo all'expertise»<sup>37</sup> e da tempo è stata evidenziata la necessità di una rinnovata impostazione dei rapporti istituzionali fondanti il procedimento di formazione della legge scientifica, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale e internazionale<sup>38</sup>. Alle istituzioni parlamentari è richiesta un'assunzione di responsabilità. Pertanto, si rendono necessari meccanismi di ingresso delle cognizioni tecniche, che trovino applicazione *ex ante* nel procedimento di formazione delle norme ed *ex post* quando sia necessario aggiornare gli elementi modificati dalle più recenti risultanze tecnico scientifiche<sup>39</sup>. Il Parlamento deve avere a disposizione gli strumenti tecnici conoscitivi almeno sufficienti affinché la sua attività di controllo sia effettivamente incisiva, a maggior ragione in un contesto in cui «le scelte politiche vengono spesso contrabbandate sotto le vesti della necessità tecnica»<sup>40</sup>.

#### 4. Audizioni informali e strumenti innovativi di consulenza scientifica in prospettiva comparata

Congiuntamente alle istanze di rinnovamento esposte può essere preso in considerazione un modello operativo «conservativo»<sup>41</sup> che privilegi il rafforzamento e l'adeguamento dei tradizionali

---

*issue*, 150. In termini più critici, L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, ivi, 74; M. TERZI, *Brevi considerazioni sul rapporto tra tecnica e politica nella prospettiva dell'emergenza sanitaria in corso*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2020, 45. In prospettiva comparata, J. WOELK, *La gestione della pandemia da parte della Germania: “Wir schaffen das!”*, in *DPCE Online*, 2, 2020, 1718 ss.; C. SARTORETTI, *La risposta francese all'emergenza sanitaria da Covid-19: Stato di diritto e Costituzione alla prova della pandemia*, *ibid.*, 2, 2020, 1646 ss.; G. C MINGARDO, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza CoViD-19*, in *BioLaw Journal*, 1, 2002, special issue, 90 ss.

<sup>35</sup> A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2021, parte I, 32 ««Si pone, dunque, la questione del rapporto fra politica, diritto e tecnica ed è sottile il crinale fra legittimazione delle scelte sulla base di risultanze scientifiche e rischio di rimettere decisioni politiche a tecnici, dotandole dell'insindacabilità politica connessa alla loro sussunzione nella razionalità tecnica. Si apre, inoltre, la questione dell'affidabilità, della trasparenza e della pubblicità dei dati».

<sup>36</sup> L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021, 132 ss.; A. IANNUZZI, *Istruttoria e valutazioni tecniche*, cit., 9 «Nel panorama normativo italiano mancano ipotesi di procedimentalizzazione formale dell'iter di formazione degli atti normativi in questi ambiti, nonostante sia la giurisprudenza internazionale sia quella della Corte Costituzionale abbiano più volte messo in evidenza la necessità di integrare le valutazioni politiche discrezionali con quelle di natura tecnico-scientifica».

<sup>37</sup> S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico scientifica*, cit., 180-184.

<sup>38</sup> A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione tecnico scientifica e Costituzione*, cit., 179; D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, 2019; S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico scientifica*, cit.

<sup>39</sup> A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto.*, cit., 148.

<sup>40</sup> M. CUNIBERTI, *L'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*: cit., 115.

<sup>41</sup> S. PENASA, *La consulenza scientifica parlamentare: analisi comparata di uno strumento costituzionalmente necessario*, in *Diritti Comparati*, n. 3/2021, 14.

strumenti parlamentari di acquisizione di informazioni, consultazioni e pareri (servizi studi, biblioteche, audizioni, commissioni *ad hoc*<sup>42</sup>). In effetti in molti casi, nella loro versione odierna, questi mezzi di indagine si trovano a non riuscire a contenere l'ingente numero delle questioni oggetto dell'istruttoria ovvero a non riuscire a garantire un adeguato ed autonomo inquadramento della questione.

Alla stessa esigenza rispondevano, infatti, gli interventi ormai risalenti di riforma dei regolamenti parlamentari del 1971. La stessa volontà di valorizzare e arricchire l'istruttoria legislativa in chiave pluralista mediante il potenziamento e la riconfigurazione degli strumenti conoscitivi tradizionali deve essere necessariamente aggiornata e riadeguata alla complessità tecnica delle scelte di politica normativa odierne.

Nel caso specifico analizzato, ad esempio, nella costruzione dell'istruttoria parlamentare sono state largamente utilizzate le audizioni informali nella Commissione permanente dedicata ai temi agricoli. L'audizione parlamentare così come configurata nel regolamento e nella prassi doveva essere uno dei mezzi di miglioramento qualitativo dei lavori parlamentari, punto di contatto diretto tra istituzioni pubbliche e formazioni sociali private. Tuttavia, ad esempio, l'analisi delle audizioni susseguite nell'*iter* di approvazione della legge in questione spinge a porsi qualche interrogativo sulla sua proficua incidenza nell'istruttoria parlamentare. Partendo dal dato normativo, la disciplina del fenomeno delle audizioni – come attività conoscitiva delle Commissioni – è definita nel Regolamento della Camera dei Deputati al Capo XXXIII e nel Regolamento del Senato al Capo VI, in cui si affrontano le procedure di indagine, informazione e controllo nelle Commissioni stesse. In queste sedi, all'art. 143 RC (i cui corrispettivi nel RS sono gli artt. 46, commi 1 e 2; 47; 48-bis; 50, comma 1 e 139-bis) vengono trattate le audizioni formali dei Ministri e dei dirigenti preposti a settori della Pubblica amministrazione e ad enti pubblici anche con ordinamento autonomo<sup>43</sup>. Altresì, viene affrontata la possibilità di indagini conoscitive<sup>44</sup>, cicli di audizioni e di attività informative di un organo parlamentare relative alle materie di propria competenza con un programma e dei tempi definiti. Tuttavia, esulando dalle menzionate procedure, un naturale prosieguo nella prassi del fenomeno auditorio, ha portato ad assegnare sempre maggior rilievo delle c.d. audizioni informali. Le audizioni informali non rientrano nel disposto degli articoli regolamentari, sono «incontri organizzati tra le Commissioni ed altri soggetti estranei all'attività parlamentare mirati a fornire ai commissari utili elementi di conoscenza in un settore di competenza»<sup>45</sup>, con obbligo di dare traccia degli orari in cui avvengono ma senza obblighi di resocontazione scritta<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> R. DI CESARE, *Per una connotazione scientifica della documentazione parlamentare*, in [Future of Science and Ethics](#), 4, 2019, 26; A IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., 181.

<sup>43</sup> Art. 143, comma 2, del Regolamento della Camera dei Deputati come modificato il 25 settembre 2012: le Commissioni «Hanno inoltre facoltà di chiedere l'intervento dei Ministri per domandare loro chiarimenti su questioni di amministrazione e di politica in rapporto alla materia di loro singola competenza e, previa intesa con il Presidente della Camera, hanno facoltà di chiedere che i Ministri competenti dispongano l'intervento dei dirigenti preposti a settori della pubblica amministrazione e ad enti pubblici anche con ordinamento autonomo».

<sup>44</sup> Artt. 144 del Regolamento della Camera dei Deputati e 48-48-bis del Regolamento del Senato; vi si aggiunge la possibilità di chiedere chiarimenti alla Corte dei conti *ex art.* 148 RC, 133 e 76-bis, comma 4, RS.

<sup>45</sup> Definizione tratta dal sito web della Camera dei Deputati. Generalmente, non sono le Commissioni nel loro *plenum*, ma uffici di presidenza, comitati ristretti e i c.d. comitati permanenti a fare ricorso alle audizioni informali. Le prassi, non essendo precisamente regolamentate, variano da Commissione a Commissione; tuttavia, generalmente (pur non essendo questa una procedura obbligatoria) l'ufficio di presidenza che abbia deciso di avvalersi di un'audizione informale stila una lettera apposita per la Presidenza della Camera (firmata dal Presidente della Commissione) con una richiesta di autorizzazione e con l'indicazione dell'assenza della consueta forma di pubblicità dovuta al tenore dell'incontro. L'oggetto dell'audizione viene reso noto ai commissari e agli auditi con apposita lettera a cura della presidenza della Commissione. Una volta vistata dal Presidente della Camera, la lettera di richiesta di autorizzazione viene rimandata alla Commissione di merito (R. SALVATORE, P. DE FILIPPO, C. RAFANIELLO, L. GAGLIARDI e A. IULIANO in collaborazione con THE GOOD LOBBY ITALIA), *Le audizioni informali nelle Commissioni permanenti della Camera dei Deputati. Mappatura e analisi della XVIII Legislatura*, Fisciano, 21.04.2021, in [The Good Lobby](#), 5).

<sup>46</sup> Sul punto si cfr. L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2018, 222.

Il carattere informale si commisura quindi al beneficio sostanziale di poter avere un confronto con interlocutori diversi da quelli previsti dal disposto normativo, senza alcun limite soggettivo<sup>47</sup>, permettendo un più agevole coinvolgimento dei diversi attori nel tessuto sociopolitico sotteso ad un procedimento legislativo, ma d'altro canto anche allo svantaggio in termini di garanzia di pubblicità dei lavori.

A fronte dell'assenza dell'obbligo del resoconto stenografico<sup>48</sup>, a venir meno è proprio la definizione di uno standard di trasparenza degli incontri. D'altro canto, l'estrema flessibilità di questo tipo di audizione la rende uno strumento adattabile a tutte le contingenze ma estremamente limitato nell'efficacia immediata.

È stato osservato, infatti, come questa grande duttilità porti il legislatore ad avere un «quadro troppo articolato delle conoscenze tecniche» che «finisce per non fornire alcun tipo di indicazione al legislatore, e per aggiungere ben poco a ciò che il confronto politico già è in grado di ricavare»<sup>49</sup>. In altri termini, il legislatore non si doterebbe di strumenti effettivamente in grado di ridurre le asimmetrie informative e di rendere intellegibile la complessità tecnico scientifica della questione affrontata.

Nel caso in questa sede analizzato<sup>50</sup>, ad esempio, gli incontri si risolvevano in una esposizione orale di memorie scritte e relazioni depositate poco prima dell'audizione o la cui consegna veniva posticipata ad un momento successivo.

Numerosi sono stati gli auditi: rappresentanti di Agrinsieme (Confagricoltura, CIA, Copagri e Alleanza delle cooperative italiane - agroalimentare), di Coldiretti, dell'Associazione per l'agricoltura biodinamica (Aiab) e della Federazione italiana agricoltura biologica e biodinamica (Federbio).

Cionondimeno, per quanto attiene al metodo biodinamico, l'effettivo esito delle audizioni ha avuto risvolti diversi da quelli superficialmente evidenti. Come già analizzato nei primi paragrafi di questo lavoro, gli approfondimenti conoscitivi sul metodo biodinamico sembravano aver scatenato in Assemblea un acceso dibattito sull'anti-scientificità delle pratiche, nonché sulla necessità che le stesse rimanessero formalmente estranee ad una possibile equiparazione con il metodo biologico poiché garantite solo da privati e di conseguenza non all'altezza di un riconoscimento istituzionale.

Proprio alla luce di ciò, tuttavia, è curioso osservare due questioni.

---

<sup>47</sup> G. MAGGI, *Audizioni formali e indagini conoscitive, audizioni e incontri informali*, in *L'Italia. Disciplina e forme di pubblicità dell'attività parlamentare nell'ordinamento italiano, Saggi dell'Osservatorio sulle fonti*, 2014, fasc. n. 2/2014, 76 ss.; A. D'ALOIA, *Osservazioni sull'attività informativa delle Commissioni parlamentari permanenti*, in V. Cerulli Irelli, M. Villone (a cura di), *Strumenti conoscitivi delle commissioni parlamentari*, Bologna, 1994, 13 ss.; E. CRIVELLI, *Il contrastato recepimento in Italia del Protocollo n. 16 alla Cedu: cronaca di un rinvio*, in [Osservatorio Costituzionale](#), fasc. n. 2/2021, 64.

<sup>48</sup> Vero è che nella prassi viene dapprima riportato il video dell'incontro (sia in *live streaming* sulla piattaforma *Youtube*, canale ufficiale della Camera, che in versione registrata disponibile sul sito web della Camera) e successivamente ne viene presentato un resoconto più o meno sintetico. Nel parere del 26 giugno 2013 della Giunta per il regolamento della Camera dei Deputati si legge che ciascuna Commissione possa disporre, d'intesa con la presidenza della Camera, la trasmissione solo sulla web tv «delle sedute dedicate ad audizioni informali, previa acquisizione del consenso del soggetto audito e con l'assenso, da verificare all'atto dell'inserimento in calendario o all'ordine del giorno dell'audizione stessa, dei rappresentanti dei gruppi pari ad almeno i tre quarti dei membri della Camera». In generale sulle audizioni informali si cfr. G. LETTA, *Le audizioni informali nella prassi della Camera dei deputati*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, n. 1 del 1986, 16; C. GATTI, *Tipologia e disciplina delle audizioni nelle Commissioni permanenti*, in *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, 1998, 59 ss., special. 85.

<sup>49</sup> N. LUPO, *Le audizioni sulla riforma elettorale: rito inutile o contributo della scienza (costituzionalistica) alla formazione della legge?* in *Quad. cost.*, n. 3 del 2017, 603, spec. 605.

<sup>50</sup> Nel complesso, la Commissione Agricoltura ha svolto audizioni relativamente a 18 gli atti, in massima parte disegni di legge ordinari. Di questi, 5 sono stati approvati e pubblicati in *Gazzetta Ufficiale*, 3 decreti-legge e due disegni di legge ordinari, tra cui la Legge di Bilancio. Le audizioni complessive sono state 463, tra i valori più alti; la categoria più ascoltata è quella dei Sindacati e Associazioni di categoria, con 287 audizioni mentre il soggetto specifico più audito è Coldiretti con 35. (dati ricostruiti e aggiornati al 2021 in R. SALVATORE, P. DE FILIPPO, C. RAFANIELLO, L. GAGLIARDI e A. IULIANO in collaborazione con THE GOOD LOBBY ITALIA), *Le audizioni informali*, cit., 20).

In primo luogo, nelle discussioni in Assemblea, anche i sostenitori del metodo biodinamico spesso non basavano i propri discorsi su un dibattito originatosi a partire dai contenuti acquisiti mediante le audizioni, dandoli piuttosto per assodati. Ad esempio, nella Seduta del 9 febbraio 2022, in occasione della votazione del testo in terza lettura, Susanna Cenni (PD), al fine di difendere la causa del biodinamico, faceva leva sulla necessità di recarsi di persona nelle aziende biodinamiche e, ancor più interessante, utilizzava come contraltare delle «esperienze reali» positive il «racconto» dei *media* e dei *social*<sup>51</sup>. O ancora, Silvia Fregolent (It.V) nell'Assemblea del giorno prima 8 febbraio 2022<sup>52</sup>, parlava delle opinioni scettiche espresse dagli esponenti delle comunità scientifiche e, come argomentazione avvalorante la tesi della strumentalità delle polemiche che demonizzavano il biodinamico, citava la dichiarazione di un docente universitario di scienze gastronomiche molto presente nel dibattito su *media* e *social*<sup>53</sup>.

Ecco, forse potrebbe sembrare avventata l'operazione di induzione, a partire da questi dettagli, di un più generale problema di effettiva fruizione dei contenuti delle audizioni. Tuttavia, questi ultimi sembrano essere i segnali di quanto effettivamente il confronto politico abbia la tendenza a fare a meno delle indicazioni fornite attraverso questo tipo di strumenti di indagine. L'ingente quantità di informazioni accumulate durante i cicli di audizioni sembra essere considerata un monolite da aggirare piuttosto che una riserva cui attingere.

In secondo luogo, è curioso osservare come l'esito dell'*iter* legislativo – nonostante i toni e i contenuti del dibattito intercorso – rispecchi esattamente quello che Carlo Triarico, Presidente dell'Associazione dell'Agricoltura biodinamica, aveva richiesto già in una delle primissime audizioni.

Difatti, nell'audizione informale della Commissione XIII della Camera dei Deputati del 24 ottobre 2018 il Presidente dell'Associazione, sottolineando come l'Italia sia uno dei più grandi esportatori del biodinamico europeo, auspicava la creazione di un sistema di controlli e di vigilanza, nonché l'implementazione della formazione e della ricerca (centri di ricerca, cattedre, dottorati). Pertanto, chiedeva che – per scongiurare l'effettiva esclusione di una parte del mercato agricolo così importante – il termine “biodinamica” fosse inserito negli articoli che riguardassero formazione e ricerca da un lato e il Piano nazionale delle sementi biologiche dall'altro.

Così effettivamente è stato, nonostante il dibattito parlamentare sia andato in tutt'altra direzione e fermo restando l'effettivo fallimento del tentativo di equiparazione di biologico e biodinamico nella legge.

A margine di tali osservazioni, è possibile forse ricavare qualche interlocutoria riflessione conclusiva.

Da una parte, l'obsolescenza di alcuni strumenti conoscitivi del Parlamento allontana il dibattito concreto e sostanziale sulle questioni oggetto di proposte legislative dalle sedi deliberative preposte, che avrebbero – invece – il pregio di garantire necessariamente il principio pluralistico e di pubblicità.

---

<sup>51</sup> XVIII LEGISLATURA, *Resoconto stenografico dell'Assemblea*, Seduta n. 635 di mercoledì 9 febbraio 2022, *inter alii* Susanna Cenni (PD) «Credo che oltre a studiare i *dossier* e ascoltare le audizioni, di cui, come è stato ricordato anche dalla collega Gadda, ne abbiamo fatte tantissime, settimane e settimane di audizioni, abbiamo acquisito documenti e approfondito la legislazione degli altri Paesi, ma è anche stato fondamentale conoscere bene le aziende agricole e io vi invito, colleghi, se ne avete ancora curiosità, a farlo, a recarvi nelle aziende che fanno biologico e anche in quelle che fanno biodinamico e a farvi raccontare quello che si fa in queste aziende. Vi garantisco che c'è un abisso fra il racconto che noi abbiamo avuto sui *media* e sui *social* e quello delle esperienze reali fatte di ricerca, innovazione, uso dei droni ed economia circolare».

<sup>52</sup> XVIII Legislatura, *Resoconto stenografico dell'Assemblea*, Seduta n. 634 di martedì 8 febbraio 2022.

<sup>53</sup> Maurizio Gily si è più volte pronunciato sui *social* con opinioni scettiche se non, per la maggior parte, contrarie al biodinamico ma in questo frangente viene citato dalla ex Deputata in quanto «scettico ma obiettivo». Infatti, afferma che il professore «ha ricordato come le aziende biodinamiche non inquinano, sono sostenibili e abbiano un approccio agronomico piuttosto interessante: “Magari le pratiche biodinamiche non servono a molto, ma sicuramente fanno meno danni di molteplici trattamenti chimici nel terreno”».

Dall'altra, alla questione relativa alla modalità di coinvolgimento degli interlocutori delle Camere si aggiunge talvolta anche il problema della scelta degli stessi. In altri termini, sembra sia necessario affrontare, in maniera più incisiva e sistematica, un'etica valutazione sulla qualità dell'apporto di un esperto autorevole nel suo settore di studio, l'opportunità o meno di portare quindi il suo *expertise* a garanzia di opinioni scientifiche in campi esterni al suo settore di studio d'appartenenza.

Pur rimandando ad altra sede una ricognizione più approfondita sul tema della ricerca del criterio più efficace di modulazione della consulenza scientifica da parte del Parlamento, sembra opportuno affrontare per brevi cenni e in prospettiva comparata<sup>54</sup> alcune soluzioni adottate.

Difatti, la dottrina straniera offre una varietà di soluzioni di consulenza scientifica<sup>55</sup>, che prendono come regola classificatoria il tipo di destinatario della consulenza, sede esecutiva o legislativa. Il presupposto logico è differente, l'entità della consulenza viene modulata cosicché le soluzioni pensate per il livello esecutivo non siano esportabili invariate in ambito legislativo<sup>56</sup>.

Altra parte della dottrina straniera<sup>57</sup> stabilisce una forma organizzativa della consulenza più tradizionale ma con la possibilità di evoluzione dei singoli modelli prestabiliti: si prevedono organi di consulenza interni<sup>58</sup> (servizi studi parlamentari o organismi istituiti per consulenze a singoli parlamentari), organi delegati permanenti o *ad hoc* e organi esterni (fondazioni, università o enti di ricerca) che possono mutare nel tempo la loro natura.

Di fatto, dagli studi condotti dallo *European Parliamentary Technology Assessment Network* (EPTA) – organismo europeo che raggruppa i Comitati di valutazione dell'impatto delle questioni scientifico-tecnologiche sulla legislazione (c.d. *technology assessment*) di tutti i principali paesi europei – risulta una varietà di sistemi che valutano *ex ante* oppure *ex post* l'impatto delle scienze e dell'evoluzione tecnologica sulle politiche pubbliche (senza, tuttavia, che se ne possa trovare formalmente un omologo presso il Parlamento italiano)<sup>59</sup>.

Si pensi al britannico POST (*Parliamentary Office of Science and Technology*) dapprima ente esterno poi, su iniziativa del *Parliamentary and Scientific Committee*, organo interno all'istituzione parlamentare<sup>60</sup> preposto allo svolgimento di attività di documentazione, studio e ricerca attraverso personale stabile e personale reclutato in collaborazione con istituzioni e d enti di ricerca competenti nella materia di volta in volta analizzata.

In Germania, *a contrario*, il *Bundestag* si avvale di un'unità indipendente (TAB - *Büro für Technikfolgen-Abschätzung*) presso un ente di ricerca di prestigio che svolge attività di ricerca tecnico-scientifiche seguendo gli indirizzi programmatici dell'organismo direttivo politico interno alla camera bassa<sup>61</sup>.

---

<sup>54</sup> Pur non affrontando tale confronto con un vero e proprio metodo comparatistico.

<sup>55</sup> Ricostruite approfonditamente in S. PENASA, *La consulenza scientifica parlamentare: analisi comparata di uno strumento costituzionalmente necessario*, cit. 15 ss.

<sup>56</sup> C. KENNY – C.-L. WASHBOURNE – C. TYLER – J. BLACKSTOCK, *Legislative science advice in Europe: the case for international comparative research*, in *Palgrave Communications*, 3:17030, 2; OECD, *Scientific Advice for Policy Making: The role and Responsibility of Scientists*, 2015.

<sup>57</sup> K. OLIVER - P. Cairney, *The dos and don'ts of influencing policy: a systematic review of advice to academics*, in *Palgrave Communications*, 5(21), 2019, 3.

<sup>58</sup> EUROPEAN PARLIAMENT RESEARCH SERVICE, *Scientific advice for policy-makers in the European Union, Briefings*, giugno 2015, 2-3.

<sup>59</sup> D. SERVETTI, *Brevi considerazioni sulla rilevanza di un adeguato supporto tecnico scientifico al controllo parlamentare*, cit., 174.

<sup>60</sup> A. HOPKINS – S. FOXEN – K. OLIVER – G. COSTIGAN, *Science Advice in the UK*, 2021, 55. Le forme di *science advice* vengono definite come «*the structures, mechanisms and processes through which the UK Government and Parliament accesses scientific evidence to inform decision-making, policymaking and scrutiny. This includes both where specific advice, recommendations or policy options are given, as well as where scientific evidence is presented to a policy audience but without recommendations*».

<sup>61</sup> Nella sua ricostruzione D. SERVETTI, *Brevi considerazioni*, cit., 178, specifica che «la gestione del TAB è affidata al *Karlsruher Institut für Technologie* mediante una convenzione con il *Bundestag* e le attività sono svolte da un'unità scientifica indipendente dell'*Institut für Technikfolgenabschätzung und Systemanalyse*. Il TAB opera sulla base di un



Altresì, nel nostro ordinamento è stato istituito<sup>62</sup> un corrispettivo Comitato per la valutazione delle scelte scientifiche e tecnologiche (VAST)<sup>63</sup>, che fa parte dell'EPTA<sup>64</sup> sin dal 1997. Al Comitato veniva affidato il compito di «coordinare le iniziative e le attività a livello parlamentare in materia di ricerca scientifica e di applicazione tecnologica, anche partecipando agli Organismi internazionali sui aderiscono gli analoghi Comitati istituiti presso i Parlamenti europei, e riferendone all'Ufficio di Presidenza»<sup>65</sup>.

L'organismo, di fatto, non ha mai raggiunto un'operatività consistente e l'unica attività effettivamente svolta consiste in iniziative informative o di approfondimento di temi generalmente rilevanti per le politiche pubbliche<sup>66</sup>.

Dunque, la riflessione torna ad incentrarsi sulla necessità di un metodo concretamente efficace che supplisca in maniera incisiva alle asimmetrie conoscitive. Di certo, la soluzione dovrà prospettare un sistema idoneo a garantire un'attività conoscitiva di volta in volta specializzata e adeguata alla contingenza della scelta politica che viene richiesta al Parlamento nei casi specifici di attività legislativa.

Proprio in questo contesto il caso analizzato può costituire un'ulteriore occasione per il Parlamento di ragionare sull'opportunità di introdurre forme procedimentalizzate di consulenza tecnico scientifica nel procedimento legislativo ordinario così da evitare che in sede di istruttoria parlamentare si addivenga ad un confronto solo formale, contribuendo sostanzialmente – in tal modo – ad una maggiore democraticità dell'ordinamento.

---

programma di ricerca elaborato dalla Commissione per l'istruzione, la ricerca e la valutazione tecnologica del Bundestag, che approva altresì i suoi rapporti. Peraltro, il direttore del TAB è nominato dal *Karlsruher Institut* di concerto con la predetta commissione». Ancora, Secondo la ricostruzione di S. PENASA, *La consulenza scientifica parlamentare: analisi comparata di uno strumento costituzionalmente necessario*, cit., nell'EPTA «risultano di particolare interesse esperienze nazionali consolidate quali il *Parliamentary Office of Science and Technology* (Regno Unito), l'*Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques* (Francia) e il *Büro für Technikfolgen-Abschätzung* (TAB, Germania), oltre – a livello europeo – il Panel for the Future of Science and Technology (STOA, Parlamento Europeo). Per l'originalità del mandato e delle funzioni attribuite, va richiamato il Committee for the Future, una commissione permanente del Parlamento finlandese che svolge un'attività di previsione e analisi di impatto sociale delle questioni scientificamente connotate che potranno interessare l'attività parlamentare nel medio-lungo periodo [...]. Occorre inoltre sottolineare il caso spagnolo, nel quale recentemente è stata prevista l'istituzione della *Oficina de Ciencia y Tecnología* presso il Parlamento, in collaborazione con la *Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología* (FECYT), e che avrà la funzione di redigere rapporti imparziali e indipendenti che riflettano il consenso scientifico e tecnico sulle questioni future che potrebbero risultare di interesse per i membri del Parlamento».

<sup>62</sup> Decreto presidenziale 28 febbraio 1997; nella XIV legislatura con decreto del Presidente della Camera n. 364 dell'11 dicembre 2001; poi nella XV con decreto del Presidente della Camera n. 282 del 1° agosto 2006; nella XVI con decreto del Presidente della Camera del 12 giugno 2008.

<sup>63</sup> Comitato afferente all'Ufficio di Presidenza della Camera dei Deputati. Il Comitato per la valutazione delle scelte scientifiche e tecnologiche (VAST) invia rapporti alla Presidenza sugli esiti delle questioni sottopostegli. Oltre che alle Conferenze annuali dell'EPTA, delegazioni del VAST sono invitate a partecipare ad altri eventi, come ad esempio l'*Euroscience Open Forum* (ESOF), un forum a carattere tecnico-scientifico organizzato dallo *Science and Technology Options Assessment* (STOA), l'organismo di valutazione del Parlamento Europeo, e rivolto a tutti i Comitati di valutazione dell'EPTA.

<sup>64</sup> L'*European Parliamentary Technology Assessment Network* (EPTA) è l'organismo europeo che raggruppa i Comitati di valutazione dell'impatto delle questioni scientifico-tecnologiche sulla legislazione (c.d. *technology assessment*) di tutti i principali paesi europei (più i Parlamenti regionali delle Fiandre e della Catalogna).

<sup>65</sup> Decreto del Presidente della Camera del 12 giugno 2008.

<sup>66</sup> Temi affrontati: politica spaziale nazionale ed europea, energia nucleare rilevazione dell'economia sommersa, distretti industriali e innovazione tecnologica, industria e ricerca scientifica, nuove tecnologie e sistema dei trasporti ([Comitato VAST](#) per la XIV legislatura).

**Francesco Cirillo**  
**Neurodiritti: ambiguità della “libertà cognitiva” e prospettive di tutela\***

**ABSTRACT:** *The progress of neurosciences and neurotechnologies led to the proposal of new neurorights to react to the unusual need for protection aroused by the risks of technological interference. The contribution deals with the critical perspectives and dogmatic questions of neurorights, starting first from the relationships between cognitive sciences and the conceptual categories of legal culture, therefore, investigating the practices of neurotechnologies and the possible risks for the rights of the person and the normative dimension currently referable to this area (in biolaw, in criminal procedure, and on the data protection front). Based on these analyses, we examine the main proposals in the field of neurorights. Then, we analyze the conditions and limits of the affirmation of new dimensions of protection in the broader framework of the theoretical-general reflection.*

**SOMMARIO:** 1. Diritto, neuroscienze, neurotecnologie e neurodiritti. – 2. Diritto e neuroscienze: il possibile rapporto tra due paradigmi. – 3. Prassi e rischi delle neurotecnologie. – 4. Il biodiritto delle neurotecnologie. – 5. La macchina della verità e l’indisponibilità della libertà morale. – 6. La protezione dei dati neurali. – 7. Nuovi neurodiritti? – 8. La prospettiva della *neuroprivacy*.

1. *Diritto, neuroscienze, neurotecnologie e neurodiritti*

Questo contributo frequenta il rapporto tra i paradigmi del diritto e delle neuroscienze, soffermandosi sui rischi possibili delle neurotecnologie, sulla dimensione normativa che attualmente si rivolge a questo ambito e sulle nuove proposte in tema di neurodiritti, per poi proporre una cornice unitiva per lo sviluppo delle future ricerche. La prospettiva costituzionalistica, in tal senso, potrà avvalersi di un confronto con i differenti saperi coinvolti, proprio al fine di sondare le ragioni della diffusa percezione di un potenziale critico delle tecnologie e ricondurre le proposte di matrice eterogenea a un quadro teorico-generale, se non anche dogmatico, più aderente alla dimensione giuridico-positiva.

Il consolidamento del programma scientifico delle neuroscienze, nel più ampio quadro delle scienze cognitive<sup>1</sup>, l’emersione di neurotecnologie sempre più efficaci e l’aspettativa di futuri progressi e nuove possibili applicazioni in questo campo<sup>2</sup> inducono da un lato a prospettare rischi inediti per i diritti fondamentali della persona<sup>3</sup>, dall’altro a ricercare sullo stesso terreno le possibili



<sup>1</sup> Riassumibile in questo proposito: «The last frontier of the biological sciences – the ultimate challenge – is to understand the biological basis of consciousness and the brain processes by which we feel, act, learn, and remember» [E. R. KANDEL, *The Brain and Behavior*, in Id. (a cura di), *Principles of Neural Science*, V ed., New York, 2012, 5]. Ci si potrebbe riferire alla scienza cognitiva al singolare, se si accolgono le intuizioni critiche sull’inopportunità di un vago riferimento plurale a un insieme indistinto di saperi di D. MARCONI, *Filosofia e scienza cognitiva*, Bari, 2001, 12, ss.

<sup>2</sup> Basti il riferimento ai progressi nelle *brain computer interfaces* (BCI) e dei *deep brain stimulators* (DBS) che mostrano un significativo impatto, negativo o positivo, sulla dimensione privata: per esempio, cfr. S. GOERING *et al.*, *Recommendations for Responsible Development and Application of Neurotechnologies*, in *Neuroethics*, n. 14 del 2021, 365 ss. Tra le iniziative di maggiore notorietà, negli Stati Uniti quella relativa alla *Brain Research through Advancing Innovative Neurotechnologies* (BRAIN) promossa dal presidente Obama nel 2013 (illustrata in L. A. JORGENSON *et al.*, *The BRAIN Initiative: developing technology to catalyse neuroscience discovery*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, 2015, 370) o all’europeo *Human Brain Project* (v. il [sito dello HBP](#)), che si è distinto per ambizioni e criticità (Y. FRÉGNAC, G. LAURENT, *Neuroscience: Where is the brain in the Human Brain Project?*, in *Nature*, n. 513 del 2014, 27 ss.).

<sup>3</sup> R. YUSTE, S. GOERING *et al.*, *Four Ethical Priorities for Neurotechnologies and AI*, in *Nature*, n. 551 del 2017, 159 ss. Quanto ai profili giuridici, v. anche L. PALAZZANI, *Dalla bio-etica alla techno-etica: nuove sfide al diritto*, Torino, 2017, 333 ss.

soluzioni teorico-giuridiche che rispondano a nuove esigenze di tutela<sup>4</sup>. Una scienza nuova (nel metodo e nei risultati) avrebbe elaborato, dunque, tecnologie sempre più pervasive, le quali realizzano e preannunciano rischi per l'individuo un tempo ignoti; donde la necessità di disegnare possibili forme di tutela, se non anche di definire un catalogo di nuovi diritti<sup>5</sup>. Una simile concatenazione di constatazioni appare tanto più necessaria, quanto più si indulge al fascino delle novità e si trascurano le possibili fallacie dei singoli passaggi. Così, in modo opposto, è possibile affermare che le neuroscienze non abbiano apportato alcun risultato definitivo su questioni centrali quali la libertà e la coscienza<sup>6</sup>; che le neurotecnologie non realizzerebbero un rischio qualitativamente diverso dalle altre tradizionali pratiche sociali e psicologiche di interferenza nella dimensione intima (psichica o mentale) della persona<sup>7</sup>; che le esigenze di tutela non avrebbero alcun carattere di novità, poiché esse sono del tutto ricomprese nei diritti (umani, fondamentali, ecc.) già riconosciuti<sup>8</sup> o, persino, perché nessuna di esse soddisfa quei requisiti minimi necessari affinché si configuri un diritto propriamente inteso<sup>9</sup>. Ciononostante, l'affermazione di un catalogo di neurodiritti o, quantomeno, di forme più intense di protezione dell'integrità della mente e della libertà "cognitiva" vanta il sostegno di una parte sempre più consistente della letteratura scientifica, nonché dei più diversi attori istituzionali: dell'UNESCO<sup>10</sup>, dell'OCSE<sup>11</sup>, del Consiglio d'Europa<sup>12</sup>, delle Istituzioni eurounitarie<sup>13</sup>, delle autorità di controllo per la protezione dei dati personali<sup>14</sup>, dei Parlamenti e dei Governi di differenti Stati<sup>15</sup>.

<sup>4</sup> Per un quadro sintetico, S. FUSELLI, *Neurodiritto. Per una introduzione*, in Id. (a cura di), *Neurodiritto. Prospettive epistemologiche, antropologiche e giuridiche*, Milano, 2016, 7 ss. (oppure, sempre sull'espansività del fenomeno degli studi neurogiuridici, in Id., *Diritto, neuroscienze, filosofia. Un itinerario*, Milano, 2014, 11 ss.; o A. D'ALOIA, *Law Challenged. Reasoning About Neuroscience and Law*, in A. D'ALOIA, M. C. ERRIGO, *Neuroscience and Law. Complicated Crossings and New Perspectives*, Cham, 2020. Diffusamente, cfr. anche V. A. Sironi, A. Lavazza (a cura di), *Neuroetica Interpretare e orientare la rivoluzione delle neuroscienze*, Roma, 2022 (in particolare, ivi, F. G. PIZZETTI, *Neurodiritto*, 107 ss.).

<sup>5</sup> Per tutti, M. IENCA, R. ANDORNO, *Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology*, in *Life Sciences, Society and Policy*, n. 13 del 2017, 1 ss., i quali hanno delineato quattro dimensioni di tutela, segnatamente quattro *neuro-specific human rights* (libertà cognitiva, *privacy* della mente, integrità della mente e continuità psicologica). Cfr. *infra*, sub § 7.

<sup>6</sup> Sull'attuale dibattito in tema di libero arbitrio, v. anche brevemente in M. DE CARO, A. LAVAZZA, *La libertà nell'era della scienza*, in M. De Caro, A. Lavazza, G. Sartori (a cura di), *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Torino, 2019, VII ss. Quanto al problema della mente e della coscienza, restano insuperate le pagine di J. SEARLE, *La riscoperta della mente* (1992), trad. it. di S. Ravaioli, Torino, 1994, soprattutto con riferimento alla *pars destruens* destinata alle aporie dei diversi approcci materialistici (43 ss.).

<sup>7</sup> Peraltro, l'orientamento della Corte costituzionale italiana, consolidato in occasione della pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 603 del codice penale in tema di plagio, assume che «le descrizioni dei fenomeni di condizionamento psichico consentirebbero, in definitiva, solo di affermare ciò che è già noto e cioè che il patrimonio psichico di ciascuno deriva in massima parte dal comportamento altrui», ma che non è perciò possibile compiere distinzioni qualitative o per gradi di intensità o – quantomeno – che non fosse possibile allo stato delle conoscenze di allora ([sent. n. 96/1981](#), cons. in dir., § 13).

<sup>8</sup> «La buona notizia è che le fondamenta giuridiche dei neurodiritti potrebbero essere già presenti (quasi profeticamente) nelle Carte esistenti» (O. POLLICINO, *Costituzionalismo, privacy e neurodiritti*, in [MediaLAWS](#), n. 2 del 2021, 12).

<sup>9</sup> Il giudizio *tranchant* è in J. C. BUBLITZ, *Novel Neurorights: From Nonsense to Substance*, in [Neuroethics](#), n. 17 del 2022, 12, che parla apertamente di *nonsense*.

<sup>10</sup> «On the basis of constitutionally recognized human rights, IBC encourages Member States to guarantee neurorights» ([UNESCO, Report of the International Bioethics Committee of UNESCO \(IBC\) on ethical issues of neurotechnology](#), SHS/BIO/IBC-28/2021/3, § 190).

<sup>11</sup> OCSE, [Recommendation on Responsible Innovation in Neurotechnology](#), 11 dicembre 2019, in particolare § III.

<sup>12</sup> M. IENCA, *Common Human Rights Challenges Raised by Different Applications of Neurotechnologies in the Biomedical Field*, [Report](#) commissionato dal Comitato di Bioetica del Consiglio d'Europa, ottobre 2021.

<sup>13</sup> Risoluzione del Parlamento europeo sulla «Artificial Intelligence in a Digital Age» (2020/2266(INI)), 3 maggio 2022, la quale «[c]alls on the Commission to consider an initiative on neurorights with the aim to guard the human brain against interference, manipulation and control by AI-powered neurotechnology; encourages the Commission to champion a neurorights agenda at the UN level in order to include neurorights in the Universal Declaration of Human

Emblematica, in tal senso, appare l'introduzione nella Costituzione cilena di un novellato art. 19, il quale, nel riconoscere un ampio «*respeto a la vida y a la integridad física y psíquica*», delinea un'esplicita riserva: quanto allo sviluppo scientifico e tecnologico, «[1]a ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella»<sup>16</sup>.

È del tutto singolare, per contro, che l'affermazione dei neurodiritti, siano essi implicitamente ricompresi in quelli già riconosciuti o bisognosi di un'autonoma positivizzazione, provenga da esperti del campo neuroscientifico e bioetico, senza affidarsi, almeno per ora, a forze trasversali della società civile, a forme di attivismo diffuso, a istanze riscontrabili nel dibattito politico o comunque note al grande pubblico. Ma tale trazione eminentemente accademica sarebbe giustificata proprio dalla preveggenza degli esperti di analisi del rischio, dei neuroscienziati e dei ricercatori delle neurotecnologie<sup>17</sup>, i quali s'intesterebbero così un vero e proprio ruolo d'avanguardia<sup>18</sup> rispetto alla più ampia cittadinanza, asseritamente ignara dei rischi e degli scenari futuri delle neurotecnologie.

Allora, questo contributo mira ad affrontare i diversi piani del dibattito, condividendo tanto le ragioni che inducono a denunciare il rischio realizzato delle neurotecnologie, quanto le perplessità circa l'introduzione alquanto disinvolta di un catalogo di nuovi diritti umani, la cui incontrollata inflazione e la cui poco chiara definizione rischiano di appartenere più al regno dei problemi che a quello delle soluzioni.

Per rispondere a quest'intento, sarà necessario innanzitutto (§ 2) verificare quale sia la portata del progresso degli studi neuroscientifici e a quali condizioni esso possa o debba determinare una revisione delle categorie giuridiche; poi, (§ 3) definire a quali pratiche ci si riferisce e quali rischi concreti, attuali o futuri, possano ipotizzarsi; dunque, (§ 4, 5, 6) delineare quale sia il quadro normativo che si rivolge oggi a tali prassi; infine, (§ 7) sulla base delle questioni ora citate, se e a quali condizioni possano profilarsi nuove forme di tutela, eventualmente anche qualificabili come neurodiritti, per poi (§ 8) giungere ad alcune osservazioni conclusive sul concetto di *neuroprivacy*.

## 2. Diritto e neuroscienze: il possibile rapporto tra due paradigmi

Il rapporto tra diritto e neuroscienze è stato soprattutto incentrato «sul problema dell'opportunità o meno di introdurre modifiche, più o meno ampie, nei contenuti normativi»<sup>19</sup>, con ogni conseguenza in ordine alle criticità di un tale ruolo politico-giuridico attribuito alla scienza e, più in

---

*Rights, concretely as regards the rights to identity, free will, mental privacy, equal access to brain augmentation advances and protection from algorithmic bias» (§ 247).*

<sup>14</sup> Si pensi al Convegno organizzato dal Garante *privacy* italiano *Privacy e neurodiritti: la persona al tempo delle neuroscienze*, 28 gennaio 2021, i cui Atti sono pubblicati sul [sito del Garante](#) stesso, con interventi di P. STANZIONE, P. BENANTI, M. IENCA, G. MARRAMAO, O. POLLICINO, P. PERLINGIERI. Da ultimo, v. anche l'intervento di G. CERRINA FERONI, *Intelligenza artificiale e ruolo della protezione dei dati personali*, in [Key4biz](#), 14 febbraio 2023 e sul [sito del Garante](#)). Da ultimo, cfr. il comunicato stampa della medesima Istituzione, P. STANZIONE, *Neurodiritti: Stanzione, Garante privacy: definire uno statuto giuridico ed etico*, Roma, 13 maggio 2022.

<sup>15</sup> Un esempio nella [Carta de Derechos Digitales](#) adottata dal Governo spagnolo il 14 luglio 2021, che individua (§ XXVI) alcuni *Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías*.

<sup>16</sup> Su cui P. LÓPEZ SILVA, R. MADRID, *Acerca de la protección constitucional de los neuroderechos: la innovación chilena*, in [Prudentia Iuris](#), n. 94 del 2022, 39 ss.

<sup>17</sup> M. IENCA, *Tra cervelli e macchine: riflessioni su neurotecnologie e su neurodiritti*, in *Notizie di POLITEIA*, n. 35 del 2019, 59.

<sup>18</sup> Non in senso figurato, ma con diretto riferimento al ruolo dell'artista e dell'intellettuale che si è definito tra il diciannovesimo e il ventesimo secolo (sul punto v., per esempio, il contributo di H. M. ENZENSBERGER, *Die Aporien der Avantgarde*, in [Merkur](#), 1962, 401 ss.).

<sup>19</sup> C. SARRA, *Questioni pregiudiziali*, in S. Fuselli (a cura di), *Neurodiritto*, cit., 78. Sul punto, cfr., più ampiamente, già E. PICOZZA, *Neurolaw. An Introduction*, Torino, 2011.

generale, in relazione all'eventuale subordinazione del diritto ai modelli di razionalità propri della tecnica e della scienza stessa<sup>20</sup>. Ci si interroga, in tal senso, sull'eventuale revisione delle categorie giuridiche e su un aggiornamento, se non su una sostituzione delle stesse con altre categorie più in sintonia con il paradigma riduzionistico delle scienze naturali. Si tratterebbe, allora, di una «assolutizzazione indebita» delle istanze scientifiche, contro cui si opporrebbe la stessa natura del diritto, qui inteso proprio quale «giusto limite alle pretese di assolutezza»<sup>21</sup>.

A tale visione scientifica assoluta sfuggirebbe che tanto il libero arbitrio quanto la coscienza siano fenomeni di «livello superiore», non collocabili «a livello della fisica fondamentale», ma piuttosto situati a “livello” della psicologia e degli agenti intenzionali; volendo intendere che la prospettiva riduzionista perda la dimensione di “profonda” complessità dei fenomeni mentali<sup>22</sup>. Del pari, questa perdita di complessità del fenomeno inquinerebbe – da ultimo – lo stesso discorso giuridico, il quale rischierebbe di abbracciare in modo acritico istanze meramente scientiste<sup>23</sup>.

Da un lato, cioè, si registra una «critica rispetto ad ogni tentativo di naturalizzazione del diritto», che voglia cioè individuare dei valori giuridicamente rilevanti nelle acquisizioni della biologia e delle neuroscienze sull'essere umano; e, tuttavia, non si potrebbe perciò affermare, dall'altro lato, che la normatività sia «un mero costrutto artificiale», che essa possa del tutto prescindere da ogni cognizione (o convinzione) sulla natura umana<sup>24</sup>. Quasi a dire, come nella legge di Hume<sup>25</sup>, che non si possano trarre proposizioni prescrittive da inferenze descrittive e che, per contro, sia impossibile delineare una dimensione normativa del tutto indipendente dalla descrizione dei fenomeni naturali e da una certa visione antropologica.

In altri termini, sia pur volendo riconoscere che la domanda sulla antropologia presupposta al diritto «dimentica che l'universo delle pratiche [...] che chiamiamo diritto, in modo controversiale e dialettico, non appare facilmente rappresentabile in un'unica “teoria”»<sup>26</sup>, è pur vero che in certi ordinamenti, e soprattutto in quelli contemporanei che derivano la propria legittimità (anche) dall'esistenza di una costituzione propriamente intesa, si mostri un nesso evidente tra i valori fondamentali adottati e le prospettive antropologiche, morali, scientifiche, filosofiche o religiose dei legislatori (o dei costituenti) che ne hanno determinato la presenza. Per questa ragione, la riflessione

<sup>20</sup> Si afferma, infatti, che «[l]e nuove tecnologie incidono sulla realtà in maniera così pervasiva e incessante da ritenere che sia in atto un processo di trasformazione verso uno stato di diritto tecnologico» e che la «tecnica irrompe nella produzione normativa, ergendosi spesso a guida autorevole» (G. PISTORIO, *L'uso costituzionalmente orientato della tecnica nelle decisioni governative*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1 del 2022, 824). Anche sul fronte privatistico si osservano rischi analoghi: C. PERLINGIERI, *Diritto privato delle nuove tecnologie: contenuti e competenze*, in *Tecnologie e Diritto*, n. 2 del 2021, *passim*. L'impatto delle neuroscienze sulla “identità umana” e le possibili implicazioni giuridiche sono evidenziate anche in S. AMATO, *Biodiritto 4.0. Intelligenza artificiale e nuove tecnologie*, Torino, 2020, 113 ss.

<sup>21</sup> *Ibidem*, 103. Similmente, si osserva che «[u]n'applicazione incondizionata di risultati scientifici rischierebbe di falsare le valutazioni» (A. PIROZZOLI, *La libertà di coscienza e le neuroscienze cognitive*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, IV, *I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista*, Genova, 2020, 143).

<sup>22</sup> C. LIST, *Il libero arbitrio. Una realtà contestata* (2019), trad. it. di V. Santarcangelo, Torino, 2020, 6.

<sup>23</sup> Quanto al limite di una delega alla scienza delle questioni etico-giuridiche, si osserva che «se la scienza può descrivere in maniera oggettiva un processo ed talvolta intervenire su di esso seguendo procedure standard e verificate, essa non abbia al proprio interno criteri altrettanto “scientifici” per definire lo stesso oggetto della sua attività, né per porne i limiti» (C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2 del 2016, 5). Sul punto, v. anche S. ZORZETTO, *Dal “sogno cartesiano” alla “razionalità limitata”: usi e abusi della scienza nella politica legislativa*, in S. Zorzetto, F. Ferraro (a cura di), *La motivazione delle leggi*, Torino, 2019, 167 ss. In questo senso, si vedano diffusamente, nel collettaneo di L. Palazzani, R. Zannotti (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze. Non “siamo” i nostri cervelli*, Torino, 2013, le conclusioni degli Autori che convergono nell'individuare nel riduzionismo stesso il principale rischio.

<sup>24</sup> S. FUSELLI, *Dalla neurobiologia al diritto: natura facit saltus*, in ID., *Neurodiritto*, cit., 133.

<sup>25</sup> Espressa in D. HUME, *Opere filosofiche. Vol. I. Trattato sulla natura umana* (1739), trad. it. di E. Lecaldano, Bari, 2008, 496-497. Si può far riferimento anche alla cd. fallacia naturalistica, il vizio di ragionamento che induce a derivare prescrizioni da descrizioni (*funditus* G. E. MOORE, *Principia Ethica* (1903), trad. it. di G. Vattimo, Milano, 1964).

<sup>26</sup> C. SARRA, *Questioni pregiudiziali*, cit., 97.

di carattere *lato sensu* antropologico, cui è ascrivibile anche l'articolato insieme di studi neuroscientifici, potrebbe dispiegare un effetto distorsivo dei valori delineati dalla cultura giuridica: ciò è stato osservato *in primis* con riferimento al diritto penale, ma *a fortiori* lo stesso può dirsi dei valori costituzionali.

Così, se rischia di apparire «indebita» l'assolutizzazione dell'approccio scientifico nella dimensione giuridica, lo stesso giudizio dovrebbe riservarsi per le altre pretese di assolutezza che dominano le scelte valoriali di un certo ordinamento, dalla filosofia morale alla religione<sup>27</sup>. Infatti, a meno di non voler cedere all'immagine savignyana di un diritto intimamente e spontaneamente connesso al *Volksgeist*<sup>28</sup>, potranno – e forse dovranno – essere valutate le scelte ordinamentali anche alla luce del progresso delle conoscenze scientifiche, tanto più se dovesse appannarsi la convinzione diffusa nella “valenza pratica” di alcuni assunti, come nel caso del libero arbitrio<sup>29</sup>.

Dunque, un interrogativo circa le premesse degli assetti valoriali di un certo ordinamento può essere legittimamente posto e non c'è motivo – almeno in astratto – di temere che un determinato postulato sia rivisto o sostituito (anche) in ragione di un quadro mutato di conoscenze<sup>30</sup>. E, nel caso, ciò non implicherebbe un'automatica naturalizzazione del diritto o la sua definitiva sconfitta per opera della tecnica<sup>31</sup>.

In particolare, potrebbe ipotizzarsi che la libertà, qui variamente intesa, sembrerebbe costituire l'architrave degli ordinamenti giuridici moderni, nell'organizzazione della comunità politica, come motore dei rapporti privati, fondamento della responsabilità penale o principio limite dell'autorità. Quale preconditione logica dell'attuale assetto categoriale del diritto<sup>32</sup>, essa sembrerebbe sottrarsi a ogni domanda sul suo senso e sul suo contenuto, atteggiandosi a dogma dell'odierna teologia politica<sup>33</sup>. Nella prospettiva del diritto (anche, ma non solo, costituzionale), la libertà sarebbe uno di

---

<sup>27</sup> Un noto riferimento, sul tema, è la critica del *Punktualismus* del pensare per valori nel saggio di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori* (1960), a cura di G. Gurisatti, Milano, 2008, 53 ss.

<sup>28</sup> Secondo una delle formulazioni, «[d]as Recht hat sein Daseyn in dem gemeinsamen Volksgeist» (F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin 1840, 24). Un riferimento non esaustivo in relazione a quest'immagine – cui peraltro si lega un giudizio alquanto severo nei confronti del giurista ottocentesco – può farsi al volume ricognitivo di B. LAHUSEN, *Alles Recht geht vom Volksgeist aus. Friedrich Carl v. Savigny und die moderne Rechtswissenschaft*, Berlin, 2013.

<sup>29</sup> Potrebbe accadere, cioè, che di fronte a un'interferenza massiva delle tecnologie informatiche, l'intuizione del libero arbitrio «loses its practical advantages» [Y. N. HARARI, *On big data, Google and the End of Free Will*, in *Financial Times*, 26 agosto 2016; una prospettiva più ampiamente esposta in ID., *Homo Deus. Breve storia del futuro* (2015), Firenze-Milano, 2017, 427 ss.].

<sup>30</sup> Cfr., sul rapporto evolutivo tra Costituzione e scienza, A. RUGGERI, *Diritti fondamentali e scienza: un rapporto complesso*, in questa *Rivista*, *Studi 2022/1*, 251 ss. Sull'impatto delle neuroscienze nei confronti delle categorie giuridiche, cfr. anche L. PANI, G. CORBELLINI, *Etica, Diritto e Neuroscienze. Saggio sui confini del giudizio umano*, in *Diritto Costituzionale*, n. 3 del 2020, 9 ss.

<sup>31</sup> *Contra*, si afferma che «[l']antico rapporto tra diritto e natura è ormai sostituito dal rapporto tra diritto e tecnica», nel senso di una sostituzione del tradizionale appello alla natura come fonte del diritto con un paradigma in cui diritto positivo e tecnica si accosterebbero «come forme della “volontà di potenza” o, se si preferisce, forme della tecnica (in senso più lato e comprensivo)» (N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari, 2013, 33 e 52). Questa tesi enfatizza opportunamente alcuni segnali di discontinuità con esperienze giuridiche del passato. Nondimeno, lo stesso Autore, quanto all'affermazione di norme-principio e in ripresa della critica schmittiana, condivide che essa sveli «i ‘valori’ come essenza, ‘essenze assiologiche’, ‘applicabili alla complessiva vita giuridica’» [più recentemente e in breve, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in Id. (a cura di), *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 10 ss.].

<sup>32</sup> L'agire libero e razionale sarebbe il fondamento della stessa giustizia sociale: «i principi di giustizia per la struttura di base della società sono oggetto dell'accordo originario. Questi sono i principi che persone libere e razionali, preoccupate di perseguire i propri interessi, accetterebbero in una posizione iniziale di uguaglianza per definire i termini fondamentali della loro associazione» [J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (1971), trad. it. di S. Maffettone, VII ed., Milano, 2022, 32].

<sup>33</sup> Cioè riconoscendo che «anche lo Stato liberale si fonda su premesse etiche, ideologiche, persino religiose, e che non può farne a meno, in quanto essenziali per garantire quel *minimum* di unità politica» (A. CAVALIERE, *Teologia politica e governo liberale*, in *Politica & Società*, n. 1 del 2013, 159). «Tutti i concetti più pregnanti della moderna

quei presupposti (“religiosi”) di cui vive lo Stato liberale, presupposto che esso stesso non può garantire<sup>34</sup>.

Occorre precisare che qui non si vuol sostenere che l'affermazione di una libertà primigenia della persona corrisponda a una determinata teoria politica o religiosa: il riferimento al dibattito in Assemblea costituente, per esempio, dimostra che la precedenza sostanziale della persona umana rispetto allo Stato non volesse significare una sua realizzazione «secondo modelli prefigurati da un'ideologia politica o religiosa»<sup>35</sup>.

Per quanto le Costituzioni contemporanee tendano a presupporre una nozione implicita, è chiaro, soprattutto per il più ampio concetto di libertà personale, che, oltre al catalogo delle specifiche libertà-facoltà, si contemplino libertà-situazione, «quelle in cui la garanzia copre tutte le indefinibili facoltà che si possono esercitare in quanto ci si trovi in una situazione di libertà»<sup>36</sup>. Ciò iscrive il giudizio sull'esistenza della libertà dell'azione tra le “prese di posizione” sulla situazione di vita dell'essere umano<sup>37</sup>, che si tradurrebbero in norme-principio in cui «l'assenza di fattispecie, ossia di una benché minima rappresentazione di una condotta tipizzata, è funzionale al loro carattere quali ‘essenze’»<sup>38</sup>. L'essenza in parola, allora, sarebbe «la libera coscienza individuale, la quale rappresenta il fattore essenziale e determinante, pur se tanto difficile da definire, dei diritti umani», così come concepiti dalla «antropologia rinascimentale», dal pensiero moderno, dall'Illuminismo e sino ai nostri giorni<sup>39</sup>. Allora, «[i]n sintesi, tutti i diritti dell'uomo che appartengono a questa tradizione non sono che manifestazioni particolari di questa generale pretesa, la pretesa di poter agire nel senso voluto»<sup>40</sup>.

Una simile presa di posizione sulla antropologia dell'essere umano e sulla sua presunta ed essenziale diversità rispetto alla natura convoca necessariamente le neuroscienze e le neurotecnologie, ponendo due interrogativi di matrice distinta. In primo luogo, in che modo e con quali risultati le acquisizioni teoriche delle neuroscienze possono incidere sulla visione antropologica della libertà su cui si si fonderebbero – in ipotesi – i diritti umani? In secondo luogo, sul piano dei fatti, la constatazione di un'interferenza sempre più efficace delle neurotecnologie sull'attività mentale può – e nel caso deve – indurre a delineare nuove forme di protezione, se non veri e propri diritti presidiati da specifiche garanzie (cioè, prescindendo dalla visione antropologica o etico-religiosa)?

Quanto al primo genere di quesiti, la riflessione contemporanea delle scienze cognitive è erede di un dibattito notorio e risalente, che però frequenta secondo categorie concettuali progressivamente diverse e, per questa via, incontra problemi sempre nuovi<sup>41</sup>. In ogni caso, la ricerca scientifica è

---

dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati» [C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 61]. Per tutti, recentemente, G. PRETEROSSO, *Teologia politica e diritto*, Bari-Roma, 2022, *passim*.

<sup>34</sup> E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in E. Forsthoff (a cura di), *Säkularisation und Utopie: Ebracher Studien*, Stuttgart, 1967, in particolare, 60 [corsivo aggiunto]: «So stellt sich die Frage nach den bindenden Kräften von neuem und in ihrem eigentlichen Kern: *Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann*. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert».

<sup>35</sup> A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 4, che riporta in sintesi l'incontro tra Dossetti e Togliatti sul punto.

<sup>36</sup> Così sul «problema della nozione» G. AMATO, *Art. 13*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Bologna, 1977, 2.

<sup>37</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., 10.

<sup>38</sup> A. BALDASSARRE, *Filosofie dei valori ed ermeneutica dei valori (a proposito del “pensare per valori”)*, in *Lo Stato*, n. 1 del 2012, 20.

<sup>39</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 104.

<sup>40</sup> *Ibidem*, 105.

<sup>41</sup> Infatti, alcune questioni si sono tramandate attraverso i secoli; «[c]i sono però anche casi in cui i filosofi contemporanei si trovano di fronte a problemi sostanzialmente nuovi oppure, pur discutendo di problemi ereditati dalla

«ancora ben lungi dal dirimere la questione del libero arbitrio», anche se non è «previsione azzardata che nei prossimi anni una gran messe di dati neuroscientifici porterà nuova luce sui nostri processi decisionali»<sup>42</sup>. Lo stesso potrebbe dirsi per altri temi fondamentali, quali l'apprendimento, la memoria<sup>43</sup>, o la coscienza<sup>44</sup>. Ciò impedisce di individuare risultanze così stabili da determinare un'acquisizione anche da parte del diritto di scoperte nuove e definitive sulla natura umana; e questo, pertanto, induce alcuni autori ad escludere di risolvere in modo rigidamente deterministico o strettamente riduzionistico le questioni filosofico-giuridiche ancora aperte<sup>45</sup>.

Nondimeno, se pure sembra impossibile una presa di posizione in senso deterministico o libertario sulla natura dell'attività mentale umana, una risoluzione definitiva su simili questioni potrebbe non essere necessaria.

Infatti, il programma di studi neuroscientifici "scommette" (ma non si basa in modo dogmatico) su ipotesi riduzionistiche, nel senso che mira a eludere una prospettiva incentrata sull'irriducibile specialità dell'esperienza mentale umana rispetto alla "natura" e agli altri animali e, perciò, ambisce a ricondurre progressivamente ogni possibile spiegazione a un paradigma naturalistico<sup>46</sup>. In quest'ottica, la possibilità di spiegare le determinazioni causali dell'attività mentale non è tanto un risultato acquisito, quanto un'ipotesi generale che trova progressive (e parziali) conferme, e induce a ritenere che siamo molto meno liberi di quanto assumiamo di essere<sup>47</sup>.

Tale considerazione apre al secondo genere di questioni, quelle relative all'interferenza delle neurotecnologie, perché indipendentemente dalla soluzione definitiva dei dilemmi sul libero arbitrio, sulla coscienza o sulla mente, la dimensione delle prassi attesta un'efficacia sempre migliore degli strumenti idonei a leggere la mente e a manipolarne i processi; un aspetto che sarà osservato nel paragrafo successivo.

Più in generale, si può concludere che la visione antropologica delle scienze cognitive possa incidere sugli assunti valoriali del diritto e sulle sue categorie teoriche, senza che questo influsso possa ritenersi necessario o automatico e senza poter considerare scontati e pacifici gli effetti e le possibili modalità di una revisione dei dogmi tradizionali del diritto.

### 3. Prassi e rischi delle neurotecnologie

Avendo considerato la cornice dei rapporti tra le neuroscienze e il diritto sul piano teorico, avendo cioè osservato l'intersezione possibile tra due paradigmi fondati su assunti parzialmente

---

tradizione, li pongono in contesti concettuali radicalmente innovativi, modificando nel senso e valore», in M. DE CARO, *La moralità è riducibile alle emozioni?* in M. De Caro, A. Lavazza, G. Sartori (a cura di), *Siamo davvero liberi*, cit., 129.

<sup>42</sup> M. DE CARO, *Analisi attuale e scienza: il dibattito contemporaneo sul libero arbitrio*, in M. De Caro, M. Mori, E. Spinelli (a cura di), *Il libero arbitrio. Storia di una controversia filosofica*, Roma, 2014, 380.

<sup>43</sup> Sulla trama di rapporti tra memoria e diritto, v. M. LUCIANI, *Itinerari costituzionali della memoria*, in *Rivista AIC*, 4, 2022, 80 ss. La manualistica attesta tuttora la complessità e la vitalità della ricerca sul "mistero" della memoria umana: per esempio, R. A. BJORK, *Foreword*, in H. Otani, B. L. Schwartz (a cura di), *Handbook of Research Methods in Human Memory*, New York-London, 2019, *xiii*, si riferisce a «the complexities and mysteries of how our memories work».

<sup>44</sup> Che resterebbe «the most profound of mysteries», in una recente rassegna delle teorie della coscienza e dei loro risvolti nella ricerca applicata (A. K. SETH, T. BAYNE, *Theories of Consciousness*, in *Nature Reviews Neuroscience*, n. 23 del 2022, 439).

<sup>45</sup> L. EUSEBI, *Neuroscienze e diritto penale: un ruolo diverso del riferimento alla libertà*, in L. Palazzani, R. Zannotti (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze. Non "siamo" i nostri cervelli*, Torino, 2013, 121 ss.

<sup>46</sup> Diffusamente, per tutti, v. G. VALLORTIGARA, *Pensieri della mosca con la testa storta*, Milano, 2021, *passim*.

<sup>47</sup> Cfr. A. PIROZZOLI, *La libertà di coscienza e le neuroscienze cognitive*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, IV, *I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista*, cit., 2: «le neuroscienze mostrano una nuova immagine dell'uomo, meno libero poiché influenzato nelle sue scelte: innanzi tutto dal contesto in cui agisce, ma anche dai condizionamenti genetico-cerebrali».



incompatibili, occorre ora approssimarsi alle prassi delle neurotecnologie, intendendo per esse la proiezione applicativa delle neuroscienze e, cioè, quell'insieme di metodi e dispositivi che si interfacciano con il sistema nervoso per monitorarne e modularne l'attività<sup>48</sup>.

La categoria, come sarà subito illustrato, è alquanto generica e onnicomprensiva, per via del fatto che non si fa riferimento a un insieme omogeneo di pratiche, ma piuttosto a un quadro articolato di tecnologie e metodiche, invasive o meno.

Si potrebbe discutere, più in generale, qui come nel caso dell'uso del termine neuroscienze, di un riferimento abusivo alla priorità del livello neurale (del prefisso 'neuro-')<sup>49</sup>: alcuni autori, infatti, contestano questa forma di "neuroessenzialismo", di "neurohype"<sup>50</sup>, o di "spietato riduzionismo" che tenderebbe a ricomprendere metodiche, dispositivi e acquisizioni scientifiche in un'unica categoria riconducibile al solo sistema nervoso, e non anche allo studio della psiche, del comportamento, ecc.<sup>51</sup> Ciononostante, per le ragioni che saranno approfondite *infra*, l'uso disinvolto di questo riferimento ha il pregio di collocare questioni diverse ma affini in un unico orizzonte di discussione.

Per motivi di ordine cronologico, un primo emblematico riferimento potrebbe farsi alle tecniche di *lie detection*, le quali sin da subito hanno suscitato un dibattito acceso sui rischi e le implicazioni etiche. Già nel 1875 il medico torinese Angelo Mosso, a seguito di un perfezionamento a Lipsia dove fu allievo del fisiologo Carl Ludwig, introdusse in Italia il pletismografo, una macchina che si riteneva idonea a «scrivere anche quelle emozioni che non si dipingono sul volto o si rivelano troppo debolmente con i battiti del cuore e con l'affanno della respirazione»<sup>52</sup>. Si trattava, in effetti, di un dispositivo in grado di analizzare le diverse oscillazioni pulsatorie<sup>53</sup> e che costituiva uno dei primi tentativi di studiare il rapporto corpo-mente attraverso apparati tecnologici<sup>54</sup>.

Un simile dispositivo fu presto notato da Cesare Lombroso che non tardò ad avvalersene nei modi più discutibili. In un contributo apparso nell'archivio di psichiatria del 1886, Lombroso attestava di aver adottato il pletismografo per determinare la veridicità delle dichiarazioni degli indiziati<sup>55</sup>. In un caso riportato, il dispositivo era servito a "dimostrare" che l'indiziato non fosse colpevole di un determinato reato che gli veniva ascritto, quanto di un altro reato di cui non si era ancora individuato l'autore.

---

<sup>48</sup> Un quadro sintetico di alcune delle principali metodiche e delle applicazioni in P. R. ROELFSEMA, D. DENYS, P. C. KLINK, *Mind Reading and Writing: The Future of Neurotechnology*, in [Trends in Cognitive Sciences](#), n. 7 del 2018, 598 ss.

<sup>49</sup> J. C. BUBLITZ, *Novel Neurorights*, cit., 7.

<sup>50</sup> A. WEXLER, *Separating Neuroethics from Neurohype*, in [Nature Biotechnology](#), 9 agosto 2019, 988 ss.

<sup>51</sup> «Neuroessentialism is the position that, for all intents and purposes, we are our brains» (B. P. REINER, *The Rise of Neuroessentialism*, in J. Illes, B. Sahakian (a cura di), *The Oxford Handbook of Neuroethics*, Oxford, 2011, 1. Di *ruthless reductionism* tratta diffusamente J. BICKLE, *Philosophy and Neuroscience: A Ruthlessly Reductive Account*, Alphen aan den Rijn, 2003.

<sup>52</sup> A. MOSSO, *Sopra un nuovo metodo per scrivere i movimenti dei vasi sanguigni nell'uomo*, in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, IX, 1875, 37.

<sup>53</sup> M. GALLONI, *Gli strumenti di Angelo Mosso*, in *Rivista di Storia dell'Università di Torino*, n. 1 del 2014, 86.

<sup>54</sup> Vent'anni dopo, Angelo Mosso tornerà a descrivere quel tentativo in un contributo dedicato al mentore tedesco: ««Perché la scienza progredisse occorre un metodo di registrazione automatica, che scrivesse tutti i fenomeni di movimento – tale è il metodo grafico – il palpito del cuore, l'affanno del respiro, il tremito dei muscoli, la velocità del sangue, la parola, il pensiero e la percezione lasciano con il metodo grafico di sé una traccia indelebile. Nulla è tanto veloce nella vita e nell'universo che il metodo della registrazione automatica non riesca a eseguire e direi quasi a trattenere per farne un'analisi minuta e darne una precisa misura» (A. MOSSO, *Carlo Ludwig*, in *Nuova Antologia*, n. 57 del 1895, 651).

<sup>55</sup> C. LOMBROSO, *La polizia scientifica*, in *Archivio di psichiatria*, n. 7 del 1886, 611-612. Su questa vicenda, cfr. P. MARCHETTI, *La confessione dell'imputato tra ricerca della verità ed ermeneutica del soggetto*, in L. Lupária, L. Marafioti (a cura di), *Confessione, liturgie della verità in macchina e sanzionatorie. Scritti raccolti in occasione del Seminario di studio sulle 'Lezioni di Lovanio' di Michel Foucault*, Torino, 2015, 22 ss.

Allora, «le ricerche sulla misurazione delle emozioni [...] si moltiplicarono in Italia nel resto d'Europa»<sup>56</sup>, ma la sperimentazione nel processo penale si arrestò per proseguire oltreoceano. Fu così che nel 1931 Leonard Keeler, sulla base di alcune tecnologie sviluppate da John August Larson nel 1921, brevettò il primo poligrafo, la macchina della verità che si affermò nelle aule di giustizia statunitensi, anche nota come *lie detector*<sup>57</sup>. Una simile macchina, variamente implementata o modificata, è tuttora impiegata in molti degli Stati americani, sino a stimarsi che ogni anno siano somministrati circa due milioni e mezzo di *test* della verità<sup>58</sup>.

Si tratta, allora, di una vicenda dalle origini antiche, in parte trascurata dalla cultura continentale e, tuttavia, oggi risvegliata dalle nuove possibilità tecnologiche offerte nel contesto delle neuroscienze<sup>59</sup>.

La macchina della verità, che trae le sue origini nella genesi della criminologia europea (e italiana), la cui sorte è stata affidata ai sistemi di polizia americana<sup>60</sup>, è stato tra i primi laboratori di interferenza nell'attività della mente e di estrazione (efficace o meno) di informazioni tramite l'impiego di un dispositivo tecnologico; interferenza ed estrazione le cui finalità fanno emergere la questione della protezione dell'intimità del sostrato neurale dei processi cognitivi. Nell'attuale, scenario, come sarà osservato nel quinto paragrafo, la questione è ben lontana dal restare confinata oltre l'Atlantico.

Sul fronte della neuromodulazione<sup>61</sup>, potrebbe citarsi il noto caso di un esperimento pubblico tenuto da José Delgado nel 1963, che dimostrò nel corso di una corrida di poter indurre reazioni di terrore in un toro attraverso la stimolazione elettrica prodotta dallo *stimoceiver*, un dispositivo impiantato nel cervello dell'animale e azionabile tramite un telecomando. Gli effetti delle ricerche, però, non furono destinati alla sola tauromachia: Delgado stesso prospettò forme di stimolazione per intervenire sull'aggressività umana e sulle tendenze criminali, sino a concepire un'umanità futura "psico-civilizzata" in quanto rimodulata attraverso simili tecniche<sup>62</sup>. Una versione meno fantascientifica, ma non meno sinistra, della "cura Ludovico" cui è sottoposto il protagonista di *Arancia meccanica*<sup>63</sup>.

Le tinte fantascientifiche e distopiche di queste iniziative tendono a sfumarsi, se si osservano, per esempio, i progressi attuali nel campo dell'optogenetica per regolare l'attività neurale<sup>64</sup>, e più in generale gli sviluppi della stimolazione cerebrale profonda e di quella magnetica transcranica, anche in connessione con tecniche di interfaccia neurale, tutte inizialmente destinate al solo settore

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, 22.

<sup>57</sup> Su questa vicenda, v. A. BARBOUR, *The Polygraph and the Privacy Tort*, Paper presentato all'*Annual Meeting of the Western States Communication Association*, 2002, 8 ss.

<sup>58</sup> La stima è in M. HARRIS, *The Lie Generator: Inside the Black Mirror World of Polygraph Job Screenings*, in *Wired*, 1° ottobre 2018.

<sup>59</sup> E del *machine learning* (sui rapporti tra *lie detector* e le odierne aspettative che si ripongono nell'intelligenza artificiale per simili impieghi, cfr. M. OSWALD, *Technologies in the Twilight Zone: Early Lie Detectors, Machine Learning and Reformist Legal Realism*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, n. 2 del 2020, 214 ss.).

<sup>60</sup> Sul tema, diffusamente, F. SIDOTI, A. R. CASTRO, *Macchina della verità. Inventata in Italia ha successo in USA, perché?* Roma, 2007.

<sup>61</sup> Un ampio quadro, dagli usi terapeutici a quelli nel campo dell'elettroceutica e del potenziamento cognitivo, in S. ROSSI, *Il cervello elettrico: le sfide della neuromodulazione*, Milano, 2020.

<sup>62</sup> J. M. R. DELGADO, *Physical Control of the Mind. Toward a Psychocivilized Society*, New York-London, 1971, 230 ss.

<sup>63</sup> Il riferimento è A. BURGESS, *Arancia meccanica* (1962), trad. it. di M. Rossari, Torino, 2022, o all'omonimo film di S. KUBRICK, *A Clockwork Orange*, 1971.

<sup>64</sup> Diversi esperimenti nei roditori: *ex multis*, J. G. GRAJALES-REYES, B. A. COPITS, F. LIE, ET AL., *Surgical Implantation of Wireless, Battery-Free Optoelectronic Epidural Implants for Optogenetic Manipulation of Spinal Cord Circuits in Mice*, in *Nature Protocols*, n. 16 del 2021, 3072 ss.

terapeutico<sup>65</sup>. Quest'orizzonte completa e integra il quadro degli avanzamenti in neurofarmacologia, in relazione alla quale è già da tempo attestato uno sconfinamento dall'ambito sanitario al settore penale o a quello propriamente penitenziario<sup>66</sup>.

Tramite psicofarmaci, infatti, vari agenti di controllo sociale possono interferire nell'attività cognitiva individuale, raccomandando o addirittura imponendo trattamenti sanitari psicofarmaceutici. Il caso più emblematico è la diagnosi di disturbo da *deficit* di attenzione e iperattività (ADHD) e il conseguente trattamento con Ritalin o altri stimolanti<sup>67</sup>. In alcuni casi, le istituzioni prevedono l'assunzione obbligatoria di farmaci psicotropi, come accade per gli individui a vario titolo detenuti in strutture penitenziarie (o affini)<sup>68</sup>.

Si pensi, similmente, ai trattamenti clinici della pedofilia, eventualmente nel contesto dell'esecuzione della pena<sup>69</sup>; cui si oppongono – quasi specularmente – casi di «comportamento sessuale aberrante», quale effetto collaterale registrato in persone sottoposte a terapie di neuromodulazione<sup>70</sup>, quasi che l'intervento neurotecnologico possa figurare sia come causa materiale che come conseguenza sanzionatoria di alcune condotte illecite.

Di significativo interesse, ancorché oggetto di studi in corso, sono alcune evidenze dell'uso di tecniche di neuromodulazione sulla memoria, sia nel senso del rafforzamento della memoria stessa che dell'interruzione del suo consolidamento, se non anche della sua estinzione<sup>71</sup>; applicazioni sorte ancora una volta nel contesto terapeutico, che però prospettano usi (ed abusi) nei settori più disparati, e soprattutto nell'ambito del potenziamento cognitivo.

Quanto al settore della neurochirurgia, la sua intrinseca pervasività e le caratteristiche operative ne assicurano una più stabile permanenza nel perimetro dell'intervento sanitario, il quale – come si vedrà nel paragrafo successivo – è presidiato da un consolidato quadro normativo. Eppure, qui come in ogni settore coinvolto dall'automazione, il crescente impiego di *robot* neurochirurgici pone nuove questioni in ordine alla responsabilità sanitaria e al controllo della qualità dell'intervento terapeutico<sup>72</sup>.

Sul fronte delle tecniche di interfaccia neurale (*Brain Computer Interface* o BCI), è sempre più possibile trasferire con successo segnali cerebrali in comandi di *output* per eseguire determinati compiti, fornendo una comunicazione diretta tra cervello e dispositivo esterno, talora anche nel

<sup>65</sup> Un ampio ventaglio delle metodiche e degli usi è già in C. H. KELLNER (a cura di), *Brain Stimulation in Psychiatry: ECT, DBS, TMS and Other Modalities*, Cambridge, 2012. Più recentemente, S. LIU, *et al.*, *Role of Neuromodulation and Optogenetic Manipulation in Pain Treatment*, in *Current Neuropharmacology*, n. 6 del 2016, 654 ss.

<sup>66</sup> Sull'impiego di neurocorrettivi farmacologici e della neurostimolazione in ambito penale, v. S. FUSELLI, *Neurocorrezioni. L'impiego di neurodispositivi tra pena e trattamento*, in *Journal of Ethics and Legal Technologies*, n. 2 del 2020, 99 ss.

<sup>67</sup> Cfr. C. FORLINI, E. RACINE, *Autonomy and Coercion in Academic Cognitive Enhancement Using Methylphenidate: Perspectives of Key Stakeholders*, in *Neuroethics*, n. 2 del 2009, 163 ss.

<sup>68</sup> Cfr. A. B. SHNIDERMAN, L. B. SOLBERG, *Cosmetic Psychopharmacology for Prisoners: Reducing Crime and Recidivism Through Cognitive Intervention*, in *Neuroethics*, n. 3 del 2015, 315 ss.

<sup>69</sup> Una *systematic review* in P. MERRY, N. NURUL, T. A. WIHASTUTI, *Cognitive-Behavioral Therapy in Preventing Residivism in Pedophilia: A Systematic Review*, in *International Journal of Science and Society*, n. 2 del 2020, 86 ss.

<sup>70</sup> La notizia è in P. ZAWADZKI, *Is Punishment Backward? On Neurointerventions and Forward-Looking Moral Responsibility*, in *Bioethics*, n. 37 del 2023, 183 ss.

<sup>71</sup> Due esempi: C. H. POON, Y.-S. CHAN, M. L. FUNG, L. W. LIM, *Memory and Neuromodulation: A Perspective of DNA Methylation*, in *Neuroscience & Biobehavioral Reviews*, n. 111 del 2020, 57 ss.; L. R. TAXIER, K. S. GROSS, K. M. FRICK, *Oestradiol As a Neuromodulator of Learning and Memory*, in *Nature Reviews Neuroscience*, n. 21 del 2020, 535 ss.

<sup>72</sup> Questi gli aspetti più significativi riportati in G. C. VILANILAM, E. H. VENKAT, *Ethical Nuances and Medicolegal Vulnerabilities in Robotic Neurosurgery*, in *Neurosurgical Focus*, n. 1 del 2022, E2, e in M. AMMIRATI *et al.*, *Ethical Aspects of Innovation in Neurosurgery*, in S. Honeybul (a cura di), *Ethics in Neurosurgical Practice*, Cambridge-New York, 2020, 205 ss. Su questi temi va segnalato il recente dibattito civilistico intorno alla soggettività giuridica (parziale) degli agenti artificiali, su cui diffusamente, p. e., G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali. Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, Napoli, 2019. Una sintesi efficace dei problemi è in P. FEMIA, *Introduzione del volume*, 8 ss.

sensu opposto dell'introiezione di *input* dall'esterno: una tecnologia che può servire non solo in campo medico, ma anche in altri settori come il *gaming*, l'istruzione o il *marketing*<sup>73</sup>, ponendo questioni di *cyberbiosecurity*, un fronte in cui la sicurezza informatica si coniuga con problemi più tradizionali della bioetica<sup>74</sup>.

Il tema, più recentemente, ha guadagnato l'attenzione del dibattito pubblico in relazione a una nota azienda statunitense che sviluppa interfacce neurali impiantabili, la quale ha offerto anche singolari dimostrazioni pubbliche delle recenti innovazioni (per esempio, di una scimmia in grado di giocare attraverso un sistema di interfaccia neurale a un noto videogioco bidimensionale simulatore di ping-pong<sup>75</sup>).

Quanto all'*imaging* cerebrale funzionale o strutturale, il quadro si presenta almeno in apparenza meno problematico, sia per la finalità (di monitoraggio e non di neuromodulazione) che per la minore invasività delle tecniche. Eppure, anche il *brain imaging* e il *brain monitoring* aprono la questione della "privacy della mente", con diverse applicazioni che possono giungere a offrirci una visione – quantomeno – del funzionamento del cervello, se non anche possibili inferenze sugli stati mentali<sup>76</sup>. Infatti, le neurotecnologie non possono già "leggere le menti", ma l'*imaging* del cervello consente di compiere inferenze sempre più accurate sugli stati mentali, sui pensieri, più in generale, sui processi cognitivi ed emotivi. Il *brain imaging*, allora, con riferimento (non esaustivo) alla risonanza magnetica funzionale (fMRI), alla tomografia a emissione di positroni (PET), all'elettroencefalogramma (EEG) o al magnetoencefalogramma, solleva diverse domande sull'intimità e la riservatezza dell'attività cognitiva (neurale, cerebrale, psichica, ecc.) e altre più ampie questioni etiche, che presentano ricadute anche sul piano del diritto<sup>77</sup>.

Anche in questo caso, l'EEG, tra i vari, può essere utilizzato nella ricerca neuroscientifica sul consumo, indipendentemente dal fatto che non sia stata affermata alcuna piena evidenza scientifica della sua efficacia<sup>78</sup>. Per contro, a causa degli alti costi, la fMRI non è ancora diffusamente usata in contesti extra-sanitari, ma comunque già risultano sporadiche applicazioni nella ricerca di area economica (per esempio, nel campo del *marketing*)<sup>79</sup>.

Alcuni dispositivi, in modo simile e però rivolgendo l'attenzione verso aspetti "esteriori", misurano determinate proprietà corporee per prevedere – tramite inferenze – i processi mentali. Si pensi al caso più noto della pupillometria<sup>80</sup>, che può essere agevolmente impiegata per registrare l'attenzione dell'utenza e potrebbe essere praticata – non è chiaro allo stato con quale efficacia – anche tramite gli *smartphone*<sup>81</sup>.

---

<sup>73</sup> S. K. MUDGAL, S. K. SHARMA, J. CHATURVEDI, A. SHARMA, *Brain Computer Interface Advancement in Neurosciences: Applications and Issues*, in *Interdisciplinary Neurosurgery*, n. 20 del 2020, 100694.

<sup>74</sup> D. GREENBAUM, *Cyberbiosecurity: An Emerging Field that Has Ethical Implications for Clinical Neuroscience*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, n. 4 del 2021, 66 ss.

<sup>75</sup> Sulle questioni etiche, v. M. CERNAT, D. BORTUN, C. S. MATEI, *Remote Controlled Individuals? The Future of Neuralink: Ethical Perspectives on the Human-Computer Interactions*, in *Proceedings of the 24th International Conference on Enterprise Information Systems (ICEIS 2022)*, n. 2 del 2022, 348 ss. Una singolare lettura filosofica è in S. ŽIŽEK, *Hegel in a Wired Brain*, London-New York, 2020.

<sup>76</sup> P. ROOT WOLPE, *Neuroprivacy and Cognitive Liberty*, in L. S. M Johnson, K. S. Rommelfanger (a cura di), *The Routledge Handbook of Neuroethics*, New York-Abingdon, 2018, 214 ss.

<sup>77</sup> Cfr. K. D. DAVIS *et al.*, *Brain Imaging Tests for Chronic Pain: Medical, Legal and Ethical Issues and Recommendations*, in *Nature Reviews Neurology*, n. 10 del 2017, 624 ss. Ampiamente, tra i tanti, M. S. GAZZANIGA, *The Ethical Brain*, New York, 2005.

<sup>78</sup> Cfr. A. BAZZANI, S. RAVAIOLI, U. FARAGUNA, G. TURCHETTI, *Is EEG Suitable for Marketing Research? A Systematic Review*, in *Frontiers in Neuroscience*, n. 14 del 2020, 1 ss.

<sup>79</sup> Come nel caso di uno studio che mostra una diversa risposta del comportamento dei consumatori in base al genere: M. Y. T. HSU, J. M. S. CHENG, *fMRI Neuromarketing and Consumer Learning Theory*, in *European Journal of Marketing*, n. 1 del 2018, 199 ss.

<sup>80</sup> B. LAENG, D. ALNAES, *Pupillometry*, in C. KLEIN, U. ETTINGER, *Eye Movement Research: An Introduction to its Scientific Foundations and Applications*, Cham, 2019, 449 ss.

<sup>81</sup> D. PIAGGIO *et al.*, *Pupillometry via Smartphone for Low-Resource Settings*, in *Biocybernetics and Biomedical Engineering*, n. 3 del 2021, 891 ss.

Queste applicazioni sono riconducibili alle tecniche psicometriche in generale, che non hanno ancora dimostrato la stessa efficacia degli *imaging* funzionale o strutturale propriamente intesi, ma possono essere utilmente integrate in alcune ricerche con dati di *neuroimaging*, metanalisi e dati sul comportamento dei consumatori<sup>82</sup>. Qui emerge con evidenza crescente il ruolo potenziale dello *smartphone* in settori sempre più numerosi, integrando la ricerca della *hard neuroscience* (i. e. quella di laboratorio) con *test*, questionari o dati estratti dai sensori presenti sui dispositivi personali<sup>83</sup>.

Il quadro potrebbe poi completarsi, con il progresso delle nanotecnologie e con il potenziamento anche biochimico delle funzioni cognitive, in uno stravolgimento dell'originario concetto di terapia che passa dalla *restitutio ad integrum* – l'eliminazione della patologia insorta – alla *transformatio ad optimum*<sup>84</sup>. Nell'ambito neuropotenziamento (o *neuroenhancement*), si attesta una domanda sempre crescente di farmaci che intervengono sullo stile di vita, ambendo a migliorarne la qualità. Un riferimento a un tema di frontiera potrebbe farsi all'ingegneria reprogenetica, che mirerebbe appunto a intervenire sul genoma per operare un potenziamento fisico e anche cognitivo – «a morally disruptive innovation», secondo il giudizio di alcuni autori<sup>85</sup>. In tal senso, si discute di un neuropotenziamento *morale*, cioè della possibilità di indurre cambiamenti morali significativi sulla base dell'uso di neurotecnologie che determinino – o ambiscano a determinare – un *miglioramento morale dell'agente*<sup>86</sup>.

In questo settore ci si interroga se il consenso della persona possa essere una base giuridica sufficiente per legittimare qualsiasi tipo di intervento o se, al contrario e come spesso avviene, le istituzioni debbano assumere (o mantenere) un ruolo protettivo della persona<sup>87</sup>.

Per concludere, il quadro delle tecnologie, del quale qui si è offerta solo una parziale e sintetica rassegna, si presenta piuttosto eterogeneo, perché sono distinte e molteplici le modalità di accesso alla dimensione intima dell'attività "mentale". Nondimeno, la ricomprensione di tecniche, dispositivi e metodiche di intervento nella categoria delle neurotecnologie offre la possibilità di una valutazione complessiva dell'impatto e dei potenziali rischi, i quali – ancorché distinti per qualità o intensità – presentano aspetti comuni significativi che impongono, a loro volta, una trattazione unitaria sul piano giuridico.

#### 4. Il biodiritto delle neurotecnologie

L'insistenza asimmetrica sul profilo dei rischi delle neurotecnologie dimostrata nel precedente paragrafo risente in massima parte della consueta inclinazione del discorso giuridico verso le derive patologiche di qualsivoglia fenomeno e, segnatamente, delle prospettive di una ricerca che si proponga di indagare l'eventuale necessità di nuove forme di protezione della persona di fronte ai

---

<sup>82</sup> C. C. CAO, M. REIMANN, *Data Triangulation in Consumer Neuroscience: Integrating Functional Neuroimaging with Meta-Analyses, Psychometrics, and Behavioral Data*, in *Frontiers in Psychology*, n. 11 del 2020, 1 ss.

<sup>83</sup> C. M. GILLAN, R. B. RUTLEDGE, *Smartphones and the Neuroscience of Mental Health*, in *Annual Review of Neuroscience*, n. 44 del 2021, 1 ss.

<sup>84</sup> Così, ancora, in U. WIESING, *The History of Medical Enhancement: From Restitutio ad Integrum to Transformatio ad Optimum?*, in B. Gordijn, R. Chadwick (a cura di), *Medical Enhancement and Posthumanity*, New York, 2008, 9 ss.; più brevemente, nello stesso volume, B. GORDIJN, R. CHADWICK, *Introduction*, 1 ss. Sul fronte del potenziamento neurale, B. D. EARP, T. DOUGLAS, J. SAVULESCU, *Moral Neuroenhancement*, e A. CHATTERJEE, *Cosmetic Neurology and the Ethics of Enhancement*, entrambi in L. S. M Johnson, K. S. Rommelfanger (a cura di), *The Routledge Handbook of Neuroethics*, New York-Abingdon, 2018, 166 ss. e 121 ss.

<sup>85</sup> J. RUEDA, J. PUGH, J. SAVULESCU, *The Morally Disruptive Future of Reproductive Enhancement Technologies*, in *Trends in Biotechnology*, n. 5 del 2023, 592.

<sup>86</sup> B. D. EARP, T. DOUGLAS, J. SAVULESCU, *Moral Neuroenhancement*, cit., 168.

<sup>87</sup> Sulle opportunità e le criticità della regolamentazione, v. M. C. ERRIGO, *Neuroenhancement and Law*, in A. D'Aloia, M. C. Errigo (a cura di), *Neuroscience and Law*, cit., 209-210.

possibili abusi della tecnologia. In altri termini, quanto non è finora emerso è che le neurotecnologie si adottano in massima parte in un orizzonte presidiato dal diritto e generalmente per finalità del tutto benefiche e proficue<sup>88</sup>.

Infatti, il contesto di applicazione delle metodiche e dei dispositivi in questione è principalmente, e in alcuni casi in via esclusiva, quello sanitario o, al più, della ricerca scientifica in ambito sanitario. Entrambi i settori si connotano per una singolare densità della regolamentazione da parte degli attori pubblici, da controlli rigorosi e frequenti, nonché da regimi qualificati di responsabilità degli operatori coinvolti.

Per quanto concerne le pratiche che prevedono interventi sul corpo della persona, come accade nel caso della neurofarmacologia, della neurochirurgia, ma anche delle tecniche diagnostiche di *imaging* neurale strutturale o funzionale, un loro impiego (lecito) in un contesto esterno a quello sanitario sarebbe difficile da ipotizzare, per ragioni fattuali prim'ancora che giuridiche, tanto più se si osserva che anche la ricerca scientifica sul corpo umano – la cd. ricerca clinica – debba svolgersi sempre nell'ambito sanitario<sup>89</sup>, se non altro per la modesta diffusione e per gli alti costi della strumentazione necessaria.

Quanto alla regolamentazione dei trattamenti sanitari, si deve far riferimento a un quadro ampio di fonti internazionali, europee e interne, la cui emersione non può che essere richiamata in una sintesi essenziale.

L'orizzonte, in breve, include i principi fondamentali costituzionali e internazionali (su tutti, quello del consenso informato), il diritto dell'organizzazione sanitaria, le norme sulla responsabilità (civile o penale) degli operatori<sup>90</sup>, il richiamo alle fonti tecniche (le linee guida e gli *standard* internazionali) e alla deontologia professionale. A titolo solo esemplificativo, sul fronte internazionale, basterebbe tornare a richiamare la Dichiarazione di Helsinki del 1964<sup>91</sup> o la Convenzione di Oviedo del 1997, che affermano un quadro ampio principi, dal diritto alla vita privata al diritto a ricevere le informazioni raccolte sulla propria salute, per giungere così all'affermazione del diritto alla protezione delle informazioni relative alla salute.

Nel contesto eurounitario, con riferimento al solo settore della sperimentazione farmacologica, la necessità di una disciplina armonica nei diversi Stati ha condotto, qui a titolo solo d'esempio, nell'aprile del 2014 all'approvazione del Regolamento UE/536/2014 «*sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano*»<sup>92</sup>.

Così, nel contesto del diritto interno, conformemente al quadro di principi ora evocato, sono stati istituiti nel corso degli anni Novanta i Comitati etici per la sperimentazione clinica<sup>93</sup>, che hanno

---

<sup>88</sup> Una prospettiva di insieme, in generale e con riferimento alle tecnologie BCI, R. FOLGIERI, *Brain Computer Interface and Transcranial Magnetic Stimulation in Legal Practice and Regulations*, ancora in A. D'Aloia, M. C. Errigo (a cura di), *Neuroscience and Law*, cit., 273 ss.

<sup>89</sup> Per un quadro ampio, v. per tutti il collettaneo di A. Iannuzzi (a cura di), *La ricerca scientifica fra possibilità e limiti*, Napoli, 2015. Per l'ambito specifico della sperimentazione sull'essere umano, v. ancora G. MARSICO, *La sperimentazione clinica: profili bioetici*, in L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Milano, 2011, 625 ss.

<sup>90</sup> Un'analisi breve e completa in E. CATELANI, P. MILAZZO, *La tutela della salute nella nuova legge sulla responsabilità medica. Profili di diritto costituzionale e pubblico*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2 del 2017, 305 ss.

<sup>91</sup> Adottata dalla diciottesima assemblea generale dell'Associazione Medica Mondiale nel giugno del 1964 e oggi alla settima revisione, quest'ultima adottata nel corso dell'assemblea generale di Fortaleza dell'ottobre 2013. Un bilancio complessivo è nel collettaneo di U. Schmidt, A. Frewer (a cura di), *History and Theory of Human Experimentation. The Declaration of Helsinki and Modern Medical Ethics*, Stuttgart, 2007.

<sup>92</sup> Sulle cui potenzialità e limiti, v. M. FASAN, C. M. REALE, *Genere e sperimentazioni cliniche: il Regolamento (UE) n. 536/2014, un'occasione mancata?* in *BioLaw Journal*, n. 4 del 2022, 272 ss. Un quadro sintetico dell'evoluzione del diritto farmacologico in prospettiva costituzionale è in C. CASONATO, *I farmaci, fra speculazioni e logiche costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 4 del 2017, *passim*.

<sup>93</sup> I quali «sono organismi indipendenti che hanno la responsabilità di garantire la tutela dei diritti, della sicurezza e del benessere delle persone in sperimentazione e di fornire pubblica garanzia di tale tutela. Ove non già attribuita a specifici organismi, i comitati etici possono svolgere anche funzioni consultive in relazione a questioni etiche connesse

progressivamente espanso la loro funzione sino a figurare «quale modello organizzativo di bilanciamento tra libertà di scienza e tutela della persona nel campo della ricerca biomedica»<sup>94</sup>. Le attività terapeutiche, *lato sensu* intese e quindi comprensive sia di quelle diagnostiche che della ricerca clinica, sono poi presidiate dal Sistema Nazionale Linee Guida<sup>95</sup>, in coerenza con un più ampio orizzonte di linee guida e standard di matrice internazionale<sup>96</sup>.

L'ampio ventaglio di metodiche e tecniche richiamato con riferimento alle neuroscienze e alle neurotecnologie imporrebbe una valutazione distinta secondo la casistica, ed è perciò precluso in questa sede l'esame nel dettaglio di un simile orizzonte di norme giuridiche e tecniche.

Ai fini dell'indagine, invece, è rilevante soffermarsi sull'emersione del principio del consenso informato, che costituisce l'elemento unitivo dell'intero orizzonte normativo richiamato, nel più ampio quadro del rafforzamento delle tutele del paziente connesse all'affermazione del diritto della *privacy*, *in primis* nel contesto nordamericano<sup>97</sup>.

Un primo precedente illustre nell'affermazione del principio del consenso informato in ambito medico, nella cultura continentale, si era avuto grazie alla sensibilità etica della scuola tedesca del secondo Ottocento e all'influenza del pensiero di Albert Neisser, tra i padri della microbiologia moderna<sup>98</sup>. La principale e più interessante testimonianza di quest'indirizzo fu una disposizione ministeriale prussiana del 1900 nella quale si stabilivano alcuni principi fondamentali in materia<sup>99</sup>. Nel documento si evidenziava già la necessità di non eseguire alcun trattamento se l'interessato non avesse «prestato il suo consenso inequivoco all'intervento» e se tale dichiarazione non fosse stata «preceduta da una spiegazione adeguata delle possibili conseguenze negative dell'intervento»<sup>100</sup>.

Senonché, per un'affermazione giuridica del consenso alle terapie nel rapporto medico-paziente, si deve far riferimento all'evoluzione giurisprudenziale del diritto di *privacy* nelle corti statunitensi. Nello specifico, in una decisione del 1914 della Corte suprema dello Stato di New York, si affermò che «ogni essere umano adulto e sano di mente ha il diritto di determinare cosa debba esser fatto con il proprio corpo, e un chirurgo che compie un'operazione senza il consenso del suo paziente

*con le attività scientifiche e assistenziali, allo scopo di proteggere e promuovere i valori della persona»* (decreto del Ministero della Salute, 8 febbraio 2013, art. 1), sorti nel contesto della sperimentazione clinica, ma che hanno visto progressivamente ampliate le funzioni consultive in ambito assistenziale. In rapporto al tema della sperimentazione, v. F. GIUNTA, *Lo statuto giuridico della sperimentazione clinica e il ruolo dei comitati etici*, in *Diritto pubblico*, n. 2 del 2002, 631 ss., quanto alla loro istituzione, 634 ss.

<sup>94</sup> W. GASPARRI, *Libertà di scienza, ricerca biomedica e comitati etici. L'organizzazione amministrativa della sperimentazione clinica dei farmaci*, in *Diritto pubblico*, n. 2 del 2012, 586.

<sup>95</sup> Cui la l. 24/2017 sulla responsabilità professionale ha attribuito un rilievo fondamentale, dando all'Istituto Superiore di Sanità, tramite il Centro Nazionale per l'Eccellenza Clinica, la Qualità e la Sicurezza delle Cure, il ruolo di garante metodologico e di *governance* nazionale del processo di produzione delle linee guida stesse. In tema, v. C. M. MASIERI, *Linee guida e responsabilità civile del medico. Dall'esperienza americana alla legge Gelli-Bianco*, Milano, 2019, 23 ss.

<sup>96</sup> A titolo solo esemplificativo, si pensi sistema implementato grazie allo *European Network for Health Technology Assessment* (cfr. il [sito dello EUnetHTA](#)).

<sup>97</sup> Sul rapporto tra autodeterminazione e *privacy* negli Stati Uniti, C. CASONATO, *Il Principio di autodeterminazione. Una modellistica per inizio e fine vita*, in *Osservatorio AIC*, n. 1 del 2022, 54 ss. Interessanti spunti comparatistici sul tema dell'autodeterminazione in G. SCIANCALEPORE, *Scritti di Diritto privato comparato*, Torino, 2021, 27 ss. Sul punto, v. anche G. RAZZANO, *Principi costituzionali ed ambito di applicazione del consenso informato*, in *Trattato di diritto e bioetica*, Napoli, 2017, 11 ss..

<sup>98</sup> Sulla figura di Albert Neisser, v. brevemente J. BARTH, C. R. LÖSER., *Fame Alone Is Not Enough: How the Renowned Discoverer Albert Neisser (1855-1916) Came to Academic Honors in Dermatology in Leipzig*, in *Die Dermatologie*, 2019, 831-833.

<sup>99</sup> Cfr. J. VOLLMANN, R. WINAU, *The Prussian Regulation of 1900: Early Ethical Standards for Human Experimentation in Germany*, in *IRB: Ethics & Human Research*, n. 4 del 1996, 9-11; più ampiamente in J. VOLLMANN, *Patientenselbstbestimmung und Selbstbestimmungsfähigkeit: Beiträge zur klinischen Ethik*, Stuttgart, 2008, 31 ss.

<sup>100</sup> Il testo completo in originale dell'*Anweisung an die Vorsteher der Kliniken, Polikliniken und sonstigen Krankenanstalten* del 29 dicembre 1900, sempre in J. VOLLMANN, R. WINAU, *The Prussian Regulation of 1900*, cit. (trad. nostra).

commette un'aggressione»<sup>101</sup>. Tale precedente è spesso richiamato quale primo passo di un'evoluzione giurisprudenziale che avrebbe poi determinato una progressiva qualificazione del diritto di autodeterminazione quale declinazione specifica del più generale diritto di *privacy*<sup>102</sup>. Nel contesto del processo di Norimberga, soprattutto con riferimento al cosiddetto “processo ai dottori”<sup>103</sup>, l'insieme dei principi enucleati confluì nel Codice di Norimberga<sup>104</sup>, il cui primo principio è il consenso volontario dell'interessato a condizione di una sua «sufficiente conoscenza e comprensione» del trattamento<sup>105</sup>.

Nel 1957, poi, un avvocato lavorista di Chicago, Paul G. Gebhard, coniò l'espressione *informed consent* con riferimento a un caso di responsabilità medica, *Salgo v. Leland Stanford Jr. University*, adottando una dottrina elaborata in favore del lavoratore per garantire l'equilibrio nella contrattazione<sup>106</sup>. Nella sua prospettazione, Gebhard affiancò l'informazione al consenso per garantire un maggiore equilibrio dell'asimmetria informativa nel rapporto medico-paziente, analogamente a quanto era già avvenuto, anche qui a seguito di una tortuosa evoluzione giurisprudenziale, nei rapporti contrattuali tra imprenditore e lavoratore. Accanto al principio del mero consenso al trattamento, si affermò, così, la necessità di una piena consapevolezza dell'intervento terapeutico, sia in ragione della complessità tecnica del medesimo, sia in considerazione dei diritti di libertà coinvolti, accogliendo progressivamente l'intuizione originaria di Gebhard<sup>107</sup>.

Alla base della genealogia dell'odierno concetto del consenso informato, la giurisprudenza americana individuò dapprima il semplice consenso come condizione di liceità dell'intervento terapeutico, altrimenti considerato in sua assenza un'aggressione alla *privacy* del paziente, per poi mutuare (successivamente) dalle garanzie della contrattazione lavoristica la necessità dell'effettiva informazione dell'interessato, in conformità con quanto si era affermato già a partire dal processo di Norimberga. Quest'assetto originario, in cui libertà di salute e diritto alla *privacy* erano indistinguibilmente connessi, è poi confluito nell'ordinamento italiano attraverso distinti percorsi di recezione di normative prima internazionali, poi comunitarie, nonché per via di un endogeno percorso ermeneutico che ha ricondotto il consenso informato ai principi costituzionali<sup>108</sup>.

In particolare, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU), firmata nel 1950 e ratificata con l. 848/1955, ha contribuito in modo decisivo al consolidamento del principio del consenso nell'ordinamento interno. L'art. 8 CEDU afferma al primo comma che «ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata», mentre al secondo comma ne stabilisce le condizioni e i limiti, consentendo che l'ingerenza pubblica «sia prevista dalla legge e costituisca

---

<sup>101</sup> Corte suprema di New York, *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 105 N.E. 92, 93, N.Y., 191 (trad. nostra).

<sup>102</sup> Per un'analisi ampia delle origini e degli usi de termine *privacy* nel contesto nordamericano, su tutti, ampiamente, A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1974; in particolare v. 361 ss.

<sup>103</sup> *United States of America v. Karl Brandt et al.*, 20 agosto 1947.

<sup>104</sup> I principi furono «elaborati da due medici consulenti del tribunale statunitense, Andrew C. Ivy e Leo Alexander, e proposti in sei punti per la prima volta da Ivy il 1° agosto 1946 all'International Scientific Commission on Medical War Crimes» (G. CORBELLINI, *Codice di Norimberga*, in [Enciclopedia della Scienza e della Tecnica](#), Roma, 2008).

<sup>105</sup> Il *Nuremberg Code* del 1947 è rinvenibile in [British Medical Journal](#), n. 313 del 1996, 1448 ss. Sul punto, v. ancora W. GASPARRI, *Libertà di scienza, ricerca biomedica e comitati etici*, cit., 530. Il ruolo del Codice nella successiva affermazione del principio nella Dichiarazione di Helsinki è sottolineato da L. PALAZZANI, *Il Regolamento europeo e il consenso informato: un commento bioetico e biogiuridico (artt. 28-35)*, in [BioLaw Journal](#), n. 4 del 2022, 228.

<sup>106</sup> Brevemente in E. PACEAUG, *P. G. Gebhard, 69, Developer of the Term 'Informed Consent'*, in [New York Times](#), 26 agosto 1997.

<sup>107</sup> R. R. FADEN, T. L. BEAUCHAMP, N. M. P. KING, *A History and Theory of Informed Consent*, New York-Oxford, 1986, 86 ss. Anche se per una più ampia diffusione del concetto nella giurisprudenza nordamericana bisognerà aspettare il 1972 (T. BEAUCHAMP, *Informed Consent: Its History, Meaning, and Present Challenges*, in [Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics](#), n. 4 del 2011, 515 ss.).

<sup>108</sup> Per tutti, v. D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2018, 117 ss.



una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui.»<sup>109</sup> In questo orizzonte, va poi considerato il carattere decisivo del formante giurisprudenziale nell'ordinamento della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>110</sup>. Infatti, è soprattutto la giurisprudenza CEDU ad aver ricostruito il principio del consenso informato all'interno della libertà della vita privata e dei limiti all'ingerenza pubblica, così come avvenuto nel caso *Pretty v. the United Kingdom* del 2002<sup>111</sup>.

Così, in seno al Consiglio d'Europa è stata adottata il 4 aprile 1997 la citata Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina, "parzialmente" ratificata in Italia dalla legge 145/2001<sup>112</sup>. Essa stabilisce, all'art. 5, che «un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato» e che «questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso» [II co.].

Sul fronte eurolunitario, va richiamato l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; disposizione che pone il modello di tutela in questione al vertice del catalogo dei diritti<sup>113</sup>. Qui, infatti, il consenso informato nel trattamento terapeutico assurge a un ruolo di primo piano nella tutela dell'integrità della persona, figurando in cima alla gerarchia dei diritti della Carta, insieme con il divieto di eugenetica, il divieto di clonazione riproduttiva e il divieto di lucro nella disposizione di parti del corpo<sup>114</sup>.

Tuttavia, anche se questo orizzonte normativo non svolge più un ruolo decisivo per giustificare la presenza del principio del consenso informato nell'ordinamento italiano, appare evidente che esso abbia assunto, in passato, un forte rilievo nell'affermazione delle nuove tutele in seno alla giurisprudenza costituzionale, nonché nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, sia civile sia penale.

Prima di un'esplicita affermazione sul fronte del diritto positivo interno, la giurisprudenza costituzionale ha avvertito progressivamente il rilievo del principio, sino a sancirne la piena affermazione sulla base dei riferimenti presenti nella Carta: «il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32» e quindi in relazione a «due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute». Pertanto, ogni individuo ha visto riconosciuto

---

<sup>109</sup> Cfr. in merito all'operatività sul versante penalistico, G. SEGALA, *Mancanza di consenso informato in un intervento di interruzione volontaria della gravidanza: violato l'art. 8 CEDU*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 12 marzo 2013.

<sup>110</sup> Cfr. *ex multis* A. F. MASIERO, *L'adesione dell'unione europea alla CEDU. Profili penali. Parte seconda: i riflessi dell'adesione sui principi di legalità e colpevolezza in materia penale*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), n. 2 del 2018, 2, 63 ss.

<sup>111</sup> Su cui v. I. R. PAVONE, *Commento alla decisione del 29 aprile 2002 della Corte europea dei diritti umani*, in *Affari sociali internazionali*, n. 4 del 2002, 37 ss.; sul processo di elaborazione della Convenzione di Oviedo, I. R. PAVONE, *La Convenzione europea sulla biomedicina*, Milano, 2009, 34 ss.

<sup>112</sup> La Convenzione richiede tuttora il deposito del relativo strumento di ratifica. Tuttavia, si può affermare che essa abbia ormai assunto un valore nell'ausilio dell'interprete. Cfr., sul punto, S. PENASA, *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2007, *funditus*; tale appare tuttora la situazione anche secondo la prospettazione di cui agli atti del Senato (A. S. 1/00854, XVII Legislatura, mozione presentata il 17 ottobre 2017). Ciò colloca l'Italia tra i sette Paesi dei complessivi trentasei firmatari nei quali non è avvenuto il perfezionamento della ratifica (cfr. il prospetto dello stato delle firme e ratifiche di trattato nel [sito del Consiglio d'Europa](#)).

<sup>113</sup> Sulla carta, tra i tanti, cfr. in A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà (a cura di), *Riscrivere i diritti in Europa. La carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna 2002; R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti: commento alla carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001.

<sup>114</sup> Cfr. A. PAPA, *La tutela multilivello della salute nello spazio europeo: opportunità o illusione?* in [federalismi.it](#), n. 4 del 2018, 92 ss.

«il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili»<sup>115</sup>.

A completare il quadro, il Codice di deontologia medica del 2006 ha, quindi, accolto il principio del consenso informato all'art. 35, affermando che «*il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente*»<sup>116</sup>. Soltanto con l'introduzione del nuovo Codice deontologico del 2018, però, si è assistito a un'affermazione più ampia nel quadro deontologico del principio del consenso informato; sintagma richiamato diffusamente nel corpo del Codice novellato. Un intero titolo è dedicato al consenso informato *stricto sensu* inteso, il quarto (artt. 33-39), rubricato «*Informazione e comunicazione. Consenso e dissenso*», in conformità con la Convenzione di Oviedo, ma con più ampie indicazioni di dettaglio e l'individuazione di doveri specifici del medico.

Contemporaneamente ai lavori preparatori del nuovo assetto deontologico medico, infine, è stata approvata la l. 219/2017, volta soprattutto a intervenire sul tema delle disposizioni anticipate di trattamento, che rappresentano solo una declinazione specifica del principio del consenso alle terapie<sup>117</sup>. La legge, richiamando i riferimenti costituzionali a fondamento del principio, riproduce il contenuto delle norme deontologiche riferite al professionista, configurando, quindi, nella sede idonea della legislazione ordinaria, diversi diritti soggettivi in capo all'individuo e fornendo altresì un'articolata disciplina di dettaglio della prestazione informativa e dell'acquisizione del consenso<sup>118</sup>.

Per quanto concerne la regolamentazione delle neurotecnologie in ambito sanitario, dunque, accanto alla regolamentazione delle tecniche e delle metodiche affidata all'articolato quadro di riferimenti nazionali e sovranazionali, il principio generale del consenso informato funge da clausola di chiusura di un sistema complessivo, in cui l'atto dispositivo della sfera privata dell'individuo si legittima in virtù della prestazione informativa resa dall'operatore sanitario; e, in ogni caso, il consenso si riferisce a una classe di interventi tecnologici non già liberi nelle finalità e nelle modalità esecutive, ma interamente collocati nella prospettiva costituzionale della tutela della salute e della ricerca scientifica di ambito medico<sup>119</sup>. Nondimeno, tale principio, come sarà osservato nei paragrafi successivi, assume una centralità anche in altri orizzonti regolatori delle neurotecnologie, mostrando però significativi elementi di criticità.

### 5. La macchina della verità e l'indisponibilità della libertà morale

La vicenda della macchina della verità, come anticipato, non ha interessato la cultura giuridica italiana soltanto nel secondo Ottocento e non è destinata a restare confinata nell'odierno contesto nordamericano<sup>120</sup>.

---

<sup>115</sup> [Corte cost., sent. n. 438/2008](#).

<sup>116</sup> Cfr. sul dibattito al momento dell'introduzione P. BECCHI, *A dieci anni dalla Convenzione di Oviedo. Una banale questione in tema di consenso informato*, in [Ragion pratica](#), n. 2 del 2007, 565 ss.

<sup>117</sup> Declinazione particolare e, però, eccezionale, se si considera che le disposizioni di trattamento sono rese precedentemente all'evento e, perciò, sia pur volendo ammettere si giovino di una prestazione informativa, non possono che fondarsi su una generica informazione *ex ante*.

<sup>118</sup> Su cui v. G. DE MARZO, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Foro Italiano*, 2018, 137 ss.; nonché ampiamente in M. MAINDARDI, *Testamento biologico e consenso informato: Legge 22 dicembre 2017, n. 219*, Torino, 2018.

<sup>119</sup> Sul consenso informato nell'ambito della ricerca clinica, v. L. PALAZZANI, *Consenso informato alla ricerca clinica nell'ambito della pandemia CoViD-19: tra bioetica e biodiritto*, in [BioLaw Journal](#), n. 3 del 2020, 323 ss.

<sup>120</sup> Più in generale, sulle specificità della prova neuroscientifica sul piano dell'ammissione e valutazione nel processo penale, v., per tutti, O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-) scienze?*, Torino, 2019, 17 ss.

Infatti, nel 2013 la Corte d'appello di Catanzaro respingeva una richiesta di revisione che si basava su una prova asseritamente nuova consistente nell'utilizzo dell'*autobiographical implicit association test* e del *antagonistic response alethiometer*, tesa a dimostrare l'assenza di tracce di un fatto delittuoso nella memoria del condannato (presunto colpevole di aver commesso un omicidio)<sup>121</sup>. La Cassazione, invece, nell'accogliere il ricorso avverso la decisione della Corte di Catanzaro, rinviava la questione alla Corte di appello di Salerno perché disponesse gli approfondimenti necessari a verificare la scientificità delle metodologie proposte, dichiarando che «illogicamente la corte catanzarese» avesse svalutato «la portata di tale *novum*»<sup>122</sup>. I due metodi in questione, lo I.A.T. (acronimo per *autobiographical Implicit Association Test*) ed il T.A.R.A. (*Timed Antagonistic Response Alethiometer*), prevedono una valutazione strumentale del contenuto della memoria basata sulla registrazione dei tempi di reazione in risposta a frasi che descrivono possibili eventi autobiografici: una misurazione quantitativa della “emozione” consentirebbe di inferire la presenza o l'assenza della traccia di un ricordo nella memoria di un individuo. La Corte salernitana, nel confermare il buon senso del giudice di merito e in virtù di una perizia d'ufficio alquanto univoca, ha poi opportunamente negato l'applicabilità di simili metodiche nel contesto del processo penale, proponendo altresì in un'interessante ricognizione scientifica della memoria autobiografica<sup>123</sup>. Ma, oltre all'inidoneità scientifica della prova, la Corte d'appello ha evidenziato che – a norma degli artt. 64 e 188 del codice di rito – non si possono utilizzare, neppure con il consenso della persona interessata, «metodi e tecniche idonei a influire sulla libertà di determinazione o ad alterare le capacità di ricordare o di valutare i fatti». In virtù di tali disposizioni, sostiene la Corte, sarebbe precluso l'ingresso nel nostro ordinamento a metodiche quali «narcoanalisi, ipnosi, *lie detector*, sieri e/o macchine della verità etc.»<sup>124</sup>. Il contesto di norme e principi che la Corte definisce «sacri ed inviolabili» non consentirebbe di ricercare o acquisire le verità “dentro” la mente dell'imputato, ma soltanto “al di fuori”.

Una vicenda analoga, presso la Corte d'appello di Brescia, ha avuto un'identica conclusione: lo I.A.T. si pone in contrasto con l'art. 188 c.p.p.<sup>125</sup>.

Casi del genere pongono innanzitutto la questione processualpenalistica dell'impossibilità di avvalersi di un mezzo di prova (che nel caso può determinare l'assoluzione di una persona), per il sol fatto che esso violi la «libertà morale». Alcuni trovano il disposto dell'art. 188 c.p.p. in aperto contrasto con l'art. 111 Cost. che sancisce il diritto dell'imputato «*all'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore*» (e così anche per il divieto di perizia psicologica *ex art. 220 c.p.p.*)<sup>126</sup>. Secondo altra opinione, essi errano, perché una simile prova richiederebbe una controprova o, quantomeno, la sua iterazione nella fase del dibattimento, con la conseguenza di un eventuale ribaltamento del risultato; donde potrebbe derivare, almeno in ipotesi, la condanna dell'imputato, quale effetto della rilevazione di una traccia mnestica. Ancora, c'è chi evidenzia una «non contrarietà di principio all'ingresso di siffatte metodiche nel processo», pur sottolineando forti

---

<sup>121</sup> Menziona la vicenda A. FARANO, *Neuroscienze e diritto*, in S. Salardi, M. Saporiti (a cura di), *Le tecnologie 'morali' emergenti e le sfide etico-giuridiche delle nuove soggettività*, Torino, 2020, 48 ss. La Corte calabrese, infatti, aveva ritenuto onere del consulente tecnico la certificazione della validità delle nuove tecniche di indagine psicologica.

<sup>122</sup> Cass. pen., sez. V, sent. del 26 marzo 2013 n. 14255, in [Diritto Penale Contemporaneo](#).

<sup>123</sup> Corte di appello di Salerno, 16 dicembre 2016. La Corte giunge ad affermare che «appare veramente difficile comprendere come si possa attuare la ricerca di un evento autobiografico in una persona che da tempo ha strutturato nella sua narrativa personale una storia che esclude l'evento stesso».

<sup>124</sup> *Ibidem*, dove la Corte cita a sostegno (persino) la «interpretazione della migliore dottrina (v. GREVI in *Profili Conso Grevi*, 203; NOBILI in *Commentario Chiavario*, I, 396)» [maiuscoli nella citazione].

<sup>125</sup> Corte d'Appello di Brescia, sent. del 15 luglio n. 1683, pubblicata in [Sistema penale](#), 10 dicembre 2020. Il caso vede coinvolto il medesimo perito di parte della vicenda calabrese.

<sup>126</sup> G. GULLOTTA, M. CAPONI BELTRAMO, *Neurodiritti: tra tutela e responsabilità*, in [Sistema penale](#), 1 ottobre 2021, 7 ss.; G. GENNARI, *Oscillazioni neuro...scientifiche: test a-IAT e macchina della verità*, in [Sistema penale](#), 10 dicembre 2020.

aspetti critici<sup>127</sup>. Ma la questione non sembra avere soltanto risvolti penalistici o processualpenalistici: essa non implica la sola necessità che le prove siano cercate “al di fuori” dell'imputato<sup>128</sup>.

Infatti, la Corte d'appello di Brescia, nella sentenza n. 1683/2020, ha affermato che «la libertà morale della persona nell'assunzione della prova è valutata dal legislatore alla stregua di un interesse *extraprocedurale* collegata a un principio di civiltà superiore, ovvero un principio generale di tutela della dignità dell'uomo e, come tale, un principio irrinunciabile *indisponibile*, la cui tutela risulta prioritaria rispetto alla stessa esigenza di accertamento processuale»<sup>129</sup>.

Alcune osservazioni si rendono necessarie. In primo luogo, la sentenza offre un chiaro riconoscimento (giuridico) dell'equivalenza tra l'attività di lettura della mente e l'influenza «sulla capacità di autodeterminarsi» dell'individuo; riconoscimento sul quale occorre porre una forte enfasi nel contesto di questa indagine. In secondo luogo, di conseguenza, la sentenza ha escluso l'adozione delle metodiche IAT e TARA, non tanto perché le abbia ritenute (solo) scientificamente infondate, ma perché avrebbe rinvenuto un principio giuridico opposto e irrinunciabile: quasi a richiamare un primato, o un'ultima parola, del diritto sulla tecnica. Non si tratterebbe, quindi, di bilanciare l'efficacia della metodologia con i diritti della persona. Non sarebbe vero, cioè, che «il grado di affidamento scientifico del mezzo può essere un elemento che, combinato al grado di pericolo che esso rappresenta [...] può orientare per l'adozione o per il ripudio di una tecnica determinata»<sup>130</sup>.

Poi, da ultimo, la Corte individua tale principio «irrinunciabile e indisponibile» nella «tutela della dignità dell'uomo», la quale si identifica nella «libertà morale», nella «capacità di autodeterminarsi», o nello «autodominio del soggetto»; diritto cui il legislatore si riferirebbe richiamando la «libertà di determinazione» e «le capacità di ricordare o di valutare i fatti». Questa libertà, a meno di considerare le disposizioni del Codice di procedura penale passibili di una declaratoria di incostituzionalità in relazione al parametro dell'articolo 111 Cost., avrebbe perciò una natura “extraprocedurale” (leggasi “generale”, rivolto a tutti i consociati), qualificandosi come un diritto fondamentale, irrinunciabile, indisponibile, teso a tutelare la dignità dell'uomo e – in ipotesi – tanto forte da prevalere su altri diritti costituzionalmente esplicitati, quali ad esempio il diritto di difesa e il diritto alla prova. Quale sarebbe, dunque, questo diritto variamente nominato? Per approcciare a un simile quesito bisogna compiere un passo indietro, e analizzare il percorso della giurisprudenza della Corte costituzionale. Il Codice di procedura penale del 1930, all'art. 314, II co., prevedeva con disposizioni analoghe all'odierno art. 220 c.p.p.<sup>131</sup> che fossero escluse «*perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato, in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche*».

Sul punto, la Corte costituzionale si è pronunciata in due occasioni, nelle [sentt. nn. 124/1970 e 179/1973](#), per via del possibile contrasto della disposizione in parola con gli artt. 3, 24 II co. e 27 III

<sup>127</sup> O. DI GIOVINE, *Prove di dialogo tra neuroscienze e diritto penale*, in *Giornale italiano di psicologia*, 4, 2016, 336.

<sup>128</sup> G. DI CHIARA, *Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifico-tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità*, in *Criminalia*, 2007, oggi anche in [Discrimen.it](#), 26.

<sup>129</sup> Corsivi aggiunti. *Ibidem*, prosegue la Corte, «[...] nonostante l'omessa tipizzazione nell'art. 188 c.p.p. delle forme di compressione della libertà morale, la valenza omnicomprensiva del divieto costituisce una clausola aperta anche rispetto ad eventuali nuove metodologie scientifiche atte a manipolare l'autocontrollo dell'individuo. Proprio perché la misura/metodo permetterebbe di rilevare tracce mnestiche di eventi archiviati nella memoria del soggetto esaminato indipendentemente dal recupero consapevole che questi può compiere, la stessa diventa idonea a influire sulla capacità di autodeterminarsi a ricordare i fatti perché, in tesi, idonei a fornire risposte di ricordi impliciti e dunque fuori dell'autodominio del soggetto».

<sup>130</sup> G. VASSALLI, *I metodi di ricerca della verità e la loro incidenza sulla integrità della persona*, in *Rivista penale*, 1972, 408.

<sup>131</sup> «Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche» (art. 220 c.p.p., II co.).

co Cost. In entrambe le occasioni la Corte ha affermato che il divieto in parola fosse il frutto di una scelta discrezionale del legislatore, non sussistendo un diritto costituzionalmente protetto alla perizia psicologica (s'intende in favore dell'imputato). In queste prime letture, allora, il divieto non costituiva affatto il precipitato legislativo (processualpenalistico) di un principio superiore (di rango costituzionale)<sup>132</sup>: il legislatore non sarebbe stato obbligato a prevedere la perizia psicologica, né gli sarebbe stato imposto di escluderla. Eppure, la Corte riconosceva – tra le righe – una certa contraddittorietà da parte del legislatore stesso nel prevedere l'indagine sulla psiche dell'imputato (così nel caso dell'art. 133 c.p., in tema di determinazione della pena) e, contestualmente, nel negare che tale indagine potesse essere supportata da una perizia psicologica, dimostrando con ciò un certo «sospetto verso la scienza psicologica», comunque «discutibile di fronte allo sviluppo degli studi moderni sulla psiche». Ciò, si direbbe, in aperto contrasto con quanto più recentemente affermato dalle Corti di appello, le quali invece concludono che il divieto discenda da un principio generale e fondamentale.

Però, già allora, la Corte costituzionale identificava, a titolo d'esempio, lo scopo del diritto a non rispondere all'autorità inquirente (introdotto con l'art. 78 della l. 932/1969) nel rafforzamento della «libertà morale dell'imputato per sollevarlo dallo stato di soggezione psicologica» ([Corte cost., sent. n. 34/1973](#)). Oppure, in tema di ispezioni personali sul lavoratore, ne affermava la compatibilità con l'art. 13 Cost. proprio in quanto non verificava «nessuna menomazione della libertà morale implicante un assoggettamento totale della persona al potere altrui»<sup>133</sup>.

In altre parole, la libertà personale integrava progressivamente tanto l'aspetto fisico – più tradizionale – dell'autonomia e disponibilità del corpo, quanto la protezione contro la menomazione della libertà morale e contro l'assoggettamento psicologico.

Così, in tema plagio, dove la libertà morale era messa a rischio dalle condotte – anche verbali – di chi *plagia* assoggettando altri al proprio volere, nella dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 603 c.p., la Corte ha affermato che «la libertà morale e psichica sarebbe lesa, oltre che da mezzi fisici [...], anche da mezzi psichici [...] dipendenti da meccanismi meramente psichici provocati da un'azione psichica esterna» ([Corte cost., sent. n. 96/1981](#))<sup>134</sup>.

Quindi, la libertà morale entrava a pieno titolo tra i diritti inviolabili dell'uomo implicitamente consacrati nell'art. 2 e lo faceva proprio con riferimento all'art. 188 c.p.p., la disposizione che vieta la macchina della verità nell'ordinamento italiano. D'altronde, la tesi inclusiva della sfera psichica nell'art. 13 Cost. era stata sostenuta da autorevole dottrina sin dai primi anni Sessanta<sup>135</sup>, ma soltanto l'emersione di un nuovo quadro di tecnologie ha consentito al legislatore di individuare

---

<sup>132</sup> Cfr. C. DE LUCA, *Gli accertamenti sulla personalità dell'autore di reato minorenni e il divieto di perizia psicologica nel rito ordinario: riflessioni e nuove prospettive*, in *Cassazione penale*, n. 6 del 2018, 2147.

<sup>133</sup> Infatti, «l'ambito precettivo della norma costituzionale, diretta a difendere l'individuo di fronte alla potestà coattiva dello Stato, non comprende ogni violazione o limitazione della libertà personale, cui può essere sottoposto in vario modo il cittadino nello svolgimento della sua attività, ma soltanto gli atti lesivi di quel diritto che trae la sua denominazione tradizionale dall'*habeas corpus* inteso come autonomia e disponibilità della propria persona. L'art. 5, comma secondo, della legge n. 300 del 1970 non comporta, come si è visto, alcuna coercizione fisica sulla persona, nessuna degradazione giuridica del lavoratore, nessuna menomazione della libertà morale implicante un assoggettamento totale della persona al potere altrui [...]» ([Corte cost., sent. n. 23/1975](#)).

<sup>134</sup> Dopo un decennio di riferimenti sempre più intensi e frequenti della nozione di libertà morale, nel giudicare non fondata una questione proposta in tema di sequestri probatori, nella [sent. n. 229/1998](#), la Corte giungerà ad affermare che «l'impiego di strumenti designati da una capacità intrusiva non dissimile da quelle metodiche delle quali l'art. 188 del codice di procedura penale (che, tutelando la "libertà morale della persona nell'assunzione della prova", rappresenta una diretta applicazione dell'art. 2 della Costituzione) preclude la possibilità di utilizzazione in quanto tali, quali che possano essere i risultati probatori conseguiti. Il tutto secondo regole che prima ancora di essere codificate rappresentano l'espressione di principi fondamentali di civiltà giuridica».

<sup>135</sup> G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale (Contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in *Studi in memoria di Filippo Vassalli*, vol. II, Torino, 1960, 1670-1701; ma anche diffusamente da A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967.

questa accezione più ampia del diritto e, dunque, alla Corte costituzionale di evidenziarne il rango costituzionale<sup>136</sup>.

La vicenda della macchina della verità illustra che l'autonomia della mente (quale espressione della libertà personale in senso non solo corporeo e della libertà di pensiero donde scaturirebbe, secondo quanto prospettato, quella della sua libera manifestazione) occuperebbe un posto implicito tra i valori costituzionali e tra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost.; un diritto forse anacronisticamente definito come «libertà morale». Ciò accadrebbe, intanto, perché risulterebbe altrimenti violato quello spazio “psichico” donde originerebbe la dignità umana, ma non solo<sup>137</sup>: il tentativo di osservare l'individuo nella sua intimità mentale potrebbe anche alterare questa dimensione, presentandosi come una forma di interferenza spesso induttiva e occulta<sup>138</sup>.

Se però una simile interferenza nel contesto sanitario, ancorché fortemente presidiata nell'*an* e nel *quomodo* dalle norme di settore, risulta legittimata dal consenso libero e informato della persona, il medesimo spazio si mostra del tutto indisponibile nel processo penale, anche a detrimento del diritto di difesa e del diritto alla prova dell'imputato. Un risultato così contraddittorio potrebbe giustificarsi in virtù della prevalenza del fondamentale diritto alla salute sull'inviolabilità della persona nel contesto terapeutico, che non potrebbe ripetersi in analoghi bilanciamenti nel contesto processuale. Tuttavia, le disarmonie circa la disponibilità di questa sfera intima della persona risultano ancora più evidenti se si rivolge l'attenzione al tema della protezione dei dati neurali, su cui si concentra il paragrafo successivo.

## 6. La protezione dei dati neurali

Una parte significativa delle pratiche di monitoraggio e modulazione cui si è fatto cenno ricorre – anche – ad operazioni di trattamento di dati personali: ciò vale essenzialmente per il *brain imaging*, per i sistemi di interfaccia neurale, per le tecniche psicometriche variamente intese e persino per la registrazione degli interventi neurochirurgici; ad esclusione, cioè, della sola neurofarmacologia (e solo se al di fuori del contesto degli studi clinici)<sup>139</sup>.

Tale circostanza attrae le attività in questione nel perimetro della regolamentazione dei dati, cioè del regolamento europeo UE/679/16 (GDPR), il quale si pone a presidio innanzitutto del diritto alla protezione dei dati (sancito dall'art. 8 della Carta di Nizza sul fronte eurounitario e presidiato nel contesto del Consiglio d'Europa con riferimento all'art. 8 CEDU e dalla Conv. 108/1981) ma anche del complicato equilibrio tra questo diritto e gli altri diritti fondamentali<sup>140</sup>.

---

<sup>136</sup> Sulla libertà morale nella giurisprudenza costituzionale, cfr. diffusamente, per tutti, A. BONOMI, *Le neuroscienze in rapporto alla libertà morale: aspetti di diritto costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, 1 ss. Sul punto, cfr. anche A. SANTOSUOSSO, B. BOTTALICO, *Neuroscienze e genetica comportamentale nel processo penale italiano. Casi e prospettive*, in *Rassegna italiana di criminologia*, n. 6 del 2013, 72 ss.

<sup>137</sup> Sulla dignità umana quale valore fondante, per tutti, F. POLITI, *Libertà costituzionali e diritti fondamentali. Casi e materiali. Un itinerario giurisprudenziale*, Torino, 2021, 32 ss. Sulle ambiguità del rapporto tra libertà e dignità, «due riferimenti giuridici tutt'altro che sovrapponibili», v. A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli, 2012, 23 ss.

<sup>138</sup> Non a caso c'è chi fa ricorso al noto principio di indeterminazione di Heisenberg, ora riproposto in chiave metaforica, affermando che «l'osservatore altera l'oggetto osservato e gli equilibri in cui lo stesso è immerso; la neutralità dell'osservatore è un predicato che non esiste in natura»; ed evidenziando che «la libertà fisica del dichiarante [...] garantisce la dignità della persona ma è del pari strumentale alla tutela della libertà morale, a cui presidio operano gli sbarramenti dei “metodi” e delle “tecniche” vietate» (G. DI CHIARA, *Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifico-tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità*, cit., 38).

<sup>139</sup> Le questioni bioetiche e biogiuridiche del potenziamento cognitivo di carattere farmacologico sono evidenziate da L. PALAZZANI, *La mente farmacologicamente potenziata*, in S. Fuselli (a cura di), *Neurodiritto*, cit., 161 ss.

<sup>140</sup> Come è noto, il GDPR illustra che «[i] principi e le norme a tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale (“dati personali”) dovrebbero rispettarne i diritti e le libertà fondamentali» (Cons. 2), che «[i]l diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va

Il GDPR impone, richiamandone la portata in un'estrema sintesi, che i dati siano trattati in modo lecito, corretto e trasparente, siano raccolti per determinate finalità legittime e ad esse limitati, siano conservati per un periodo di tempo limitato e in modo sicuro (i principi di cui all'art. 5), ascrivendo compiti, responsabilità e adempimenti in funzione delle tipologie di trattamento, del contesto organizzativo, delle tecnologie adottate, delle finalità, del tipo di dati trattati, ecc.

Tra i principi più rilevanti (e più problematici) del GDPR, l'art. 25 tratta della «*protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione dei dati per impostazione predefinita*» (l'approccio *by design* e *by default*), secondo cui il titolare del trattamento, a fronte della verifica di un articolato insieme di variabili<sup>141</sup>, mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate, per attuare i principi e le garanzie necessarie «*al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati*». Ciò implica che l'operatore che intenda attuare una tecnologia di trattamento dati debba compiere, anche in via anticipata, una complessa analisi circa l'impatto sui rischi per i diritti fondamentali e, dunque, progettare la tecnologia e l'organizzazione necessarie alle attività di trattamento in modo da realizzare il miglior equilibrio tra diritti e interessi coinvolti. Il regolamento, allora, oltre a predeterminare operazioni di bilanciamento tra il diritto alla protezione dei dati personali e gli altri diritti o interessi, affianca al ruolo degli Stati membri (al legislatore, alla Corte costituzionale, alla giurisdizione delle corti ordinarie, alle autorità di controllo) quello degli stessi destinatari delle norme, coinvolti nella definizione dell'orizzonte normativo che vi si rivolge, secondo un modello sia autoregolatorio che tecnoregolatorio<sup>142</sup>.

---

*considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali»* (Cons. 4) e più diffusamente, nel Preambolo, fa ricorso ventisei volte al complesso dei diritti fondamentali. Infatti, secondo l'esplicita finalità, il GDPR «*protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali*» (art. 1). Su questi temi, per tutti, C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello*, Napoli, 2018, 21 ss. Per una rapida prospettiva d'insieme, O. POLLICINO, *Judges, Privacy and Data Protection from a Multilevel Protection Perspective*, in [federalismi.it](https://www.federalismi.it), n. 4 del 2022. Un esempio potrebbe farsi all'area giuslavoristica, dove il diritto della protezione dei dati può ambire a ricomprendere bilanciamenti del rapporto lavorativo, S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Napoli, 2020, 278 ss., e A. PRETEROTI, *Il diritto alla disconnessione nel lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in [Lavoro Diritti Europa](https://www.lavorodiritti.europa.eu), n. 3 del 2021, 2 ss.

<sup>141</sup> Art. 25, I co.: «*Tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento*».

<sup>142</sup> Per autoregolamentazione s'intende una forma normativa non unilateralmente imposta dallo Stato o da altro attore istituzionale, adottata alla luce della constatazione dell'inefficacia o di un'efficacia subottimale dell'intervento autoritativo pubblico (G. NAPOLITANO, *Autoregolamentazione*, in [Dizionario di Economia e Finanza](https://www.dizionarioeconomy.it), Roma, 2012). Nell'autoregolamentazione i soggetti portatori di interessi sono chiamati a cooperare alla definizione delle norme che vi si riferiscono. Nel settore della protezione dei dati e del contesto digitale l'approccio autoregolatorio trova una fortuna sempre crescente, sia pure declinato in modelli in cui si assiste alla coesistenza dell'intervento pubblico e alla negoziazione regolatoria tra attori istituzionali, quali ad esempio le autorità di controllo, e gli stessi soggetti portatori di interessi [v. S. SILEONI, *I codici di condotta e le funzioni di certificazione*, in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019]. In particolare, ai sensi dell'art. 40 GDPR, «*[g]li Stati membri, le autorità di controllo, il comitato e la Commissione incoraggiano l'elaborazione di codici di condotta destinati a contribuire alla corretta applicazione del presente regolamento, in funzione delle specificità dei vari settori di trattamento e delle esigenze specifiche delle micro, piccole e medie imprese*».

Per tecnoregolamentazione, invece, s'intende l'attitudine degli *standard* tecnici e delle scelte progettuali dell'ambiente digitale a concorrere, se non anche a sostituire, la dimensione normativa tradizionale. In altre parole, nella progettazione del *software*, della piattaforma digitale del *social network* o di un'*app*, lo sviluppatore definisce sulla base di *standard* e scelte di natura *prima facie* tecnica quello che l'utente può fare e che non può fare, in una sovrapposizione tra la stesura del codice informatico e la decisione politico-giuridica sulle libertà o le limitazioni che caratterizzeranno l'esperienza dell'utente stesso. Si potrebbe osservare una declinazione particolare del tema nella regolazione (e nella progettazione) degli *smart contracts* [cfr. V. ORSINI, C. MIRAGLIA, *Gli smart contract tra falsi miti e teoria generale*, in V. Orsini, C. Miraglia (a cura di), *Temì di diritto civile*, Campos dos Goytacazes, 2019, 119 ss.], o al caso della *blockchain* [cfr. A. DI AMATO, V. ORSINI, *Beyond Bitcoin: Understanding Legal Boundaries of Blockchain Technology*, in [European Journal of Privacy Law & Technologies](https://www.europeanjournalofprivacylaw.com), n. 1 del 2022, 111 ss.; e G. RAZZANO, [Tecnologia Blockchain per la banca dati per le DAT? Osservazioni alla luce del diritto alla protezione \(e controllo\) dei dati personali e del](https://www.technologyblockchain.it)

Si tratta, come visto, di un approccio innovativo e non privo di profili critici<sup>143</sup>, che tuttavia coinvolge tutti gli operatori del trattamento dei dati nella definizione della tutela non solo del diritto alla protezione dei dati stessi, ma di ogni diritto fondamentale (ivi compresi gli eventuali neurodiritti) la cui ponderazione è determinata (anche, ma di fatto *in primis*) dal *design* di una tecnologia di trattamento di dati. Ciò accadrebbe *a fortiori*, se si accede alla prospettiva secondo cui la profilazione algoritmica produrrebbe effetti persuasivi o induttivi tali da minacciare l'autonomia cognitiva degli individui: in questo caso, si evidenzia che «la libertà della persona di autodeterminarsi [...] è comunque un diritto costituzionale inviolabile, “azionabile non solo contro i poteri pubblici ma anche contro i privati”»<sup>144</sup>.

Qui si innestano due questioni critiche, per più aspetti connesse.

In primo luogo, emerge il rilievo del divieto di trattamento di categorie particolari di dati, quali quelli che rivelino l'origine etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché proprio i dati genetici, biometrici e quelli relativi alla salute o alla vita sessuale dell'interessato (art. 9 GDPR); un divieto che, stante la previsione di dieci classi di eccezioni (tra cui spicca il mero consenso dell'interessato), si risolve piuttosto in un regime rafforzato di tutela per queste categorie particolari di dati<sup>145</sup>.

Quanto ai dati neurali c'è chi ne assicurerebbe la piena riconducibilità alle categorie dei dati sensibili<sup>146</sup>: ed è certamente vero che i dati neurali che rivelano le condizioni di salute siano, infatti, dati sanitari *tout court*, così come i dati neurali relativi alla sfera sessuale sono dati sessuali in senso proprio; allo stesso modo, possiamo includere i dati neurali nelle categorie speciali anche nel caso dei dispositivi neurosensibili in grado di riconoscere il gradimento o il disprezzo delle notizie politiche e, quindi, rivelare (o consentire di prevedere) opinioni politiche di un utente (o, parimenti, nel caso in cui i dati consentano di prevedere condizioni di salute dell'utente)<sup>147</sup>. Cionondimeno, se il trattamento non è volto a raccogliere o predire informazioni relative alle categorie particolari, la tutela dei dati neurali resta affidata alle ordinarie garanzie dettate nel quadro del GDPR.

---

*principio del buon andamento*, in questa *Rivista*, *Studi 2021/II*, 348 ss.]. Il rapporto tra rapidità dello sviluppo tecnologico e indebolimento della centralità della legge è ampiamente analizzato in E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017, *passim*.

<sup>143</sup> Si sottolinea criticamente che «sul piano della normazione il fattore techno-scientifico ha, più in generale, comportato la preferenza verso modelli regolatori nei quali l'esercizio delle funzioni normative, parlamentari e governative, ha finito per essere soppiantata da strumenti di *soft law*» (G. FONTANA, *Tecnoscienza e diritto al tempo della pandemia (considerazioni critiche sulla riserva di scienza)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1 del 2022, 808). V. anche F. PACINI, *Ai confini della normatività. Hard law e soft law in “tempi difficili”*, relazione al convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, Firenze, in *Gruppodipisa.it*, 18 giugno 2022, 7 ss. In ogni caso si evidenziano anche i pregi dell'approccio *soft*: C. COLAPIETRO, A. MORETTI, *L'Intelligenza Artificiale nel dettato costituzionale: opportunità, incertezze e tutela dei dati personali*, in *BioLaw Journal*, n. 3 del 2020, 386-387; F. STOCCHI, *Presupposti etico-filosofici, casi studio e bilanciamento di interessi nella regolamentazione neurotecnologica*, in *federalismi.it*, 29 dicembre 2021, 119-120.

<sup>144</sup> Rievocando il concetto di *Drittwirkung*, A. LAMBERTI, *L'ambiente digitale: una sfida per il diritto costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 4 del 2022, 448. Similmente, la possibilità di derivare la neuroetica e la conseguente necessaria trama di tutele contro il rischio neurotecnologico nella nozione di persona è già in S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2013, 371 ss.

<sup>145</sup> A. THIENE, *La regola e l'eccezione. Il ruolo del consenso in relazione al trattamento dei dati sanitari alla luce dell'art. 9 GDPR*, in A. Thiene, S. Corso (a cura di), *La protezione dei dati sanitari. Privacy e innovazione tecnologica tra salute pubblica e diritto alla riservatezza*, Napoli, 2023, 13 ss.

<sup>146</sup> «I “dati neurali” rientrano sicuramente nella categoria dei dati sensibili e vanno trattati secondo la disciplina del nuovo GDPR in tema di protezione dei dati personali» (R. TREZZA, *La tutela della persona umana nell'era dell'intelligenza artificiale: rilievi critici*, in *federalismi.it*, 15 giugno 2022, 300). Sul punto, v. anche P. PERLINGIERI, *Note sul “potenziamento cognitivo”*, in *Tecnologie e diritto*, n. 1 del 2021, 214.

<sup>147</sup> N. MINIALLY, V. HRINCU, J. ILLES, *A View on Incidental Findings and Adverse Events Associated with Neurowearables in the Consumer Marketplace*, in I. Bárd, E. Hildt (a cura di), *Developments in Neuroethics and Bioethics. Ethical Dimensions of Commercial and DIY Neurotechnologies*, Cambridge, 2020, 267 ss.



Questa delimitazione potrebbe implicare, però, che interi settori di trattamento dei dati neurali siano assoggettati a tutele alquanto deboli: si pensi, allo sfruttamento dei dati neurali quali indicatori della misura del coinvolgimento e dell'attenzione del consumatore in relazione ai prodotti o ai contenuti<sup>148</sup>, e più in generale agli usi delle neurotecnologie nei settori più disparati della “economia dell'attenzione”<sup>149</sup>.

Sia chiaro, il quadro delle norme positive, per come sono interpretate dalle autorità di controllo e dalla giurisprudenza, non consentono di assoggettare i dati psichici relativi al consumo e al gradimento dell'utenza a una tutela rafforzata, né sarebbe possibile – e forse neppure auspicabile – che sia del tutto precluso alle piattaforme un uso dei dati “vagamente psichici”. Un sovvertimento di quest'approccio, ancorché auspicabile a giudizio di alcuni, potrebbe richiedere un intervento positivo del Legislatore (europeo o nazionale)<sup>150</sup>. In questo ambito, certamente spicca la singolare proposta di legge cilena, che all'art. 7 assoggetterebbe il trattamento di dati neurali alle disposizioni sul trapianto di organi<sup>151</sup>.

Un simile problema induce alcuni autori a liquidare ogni questione sulla protezione dei dati neurali, per i casi marginali in cui essi non siano già ricondotti alle categorie particolari, inserendo una specifica classe di neurodati all'art. 9 GDPR<sup>152</sup>. Un intervento di questo tipo sarebbe probabilmente utile ad ampliare il regime rafforzato di tutela alla zona grigia dei dati neurali non ascrivibili a quelli sensibili, ma certamente non del tutto risolutivo<sup>153</sup>. Intanto, perché la minaccia che si intende fronteggiare appare alquanto «invisibile»<sup>154</sup>; poi, perché la regolamentazione dell'ambiente digitale si confronta con la sua natura a-territoriale<sup>155</sup>; quindi, perché la riconduzione dei dati neurali alle categorie particolari non elude le criticità che comunque si presentano anche in questo settore<sup>156</sup>; non da ultimo, perché il consenso (per quanto libero, specifico, informato,

<sup>148</sup> Su cui v. diffusamente J. ZHANG, J. HO YUN, E.-J. LEE, *Brain Buzz for Facebook? Neural Indicators of SNS Content Engagement*, in [Journal of Business Research](#), n. 130 del 2020.

<sup>149</sup> Espressione che la letteratura adotta, insieme con “mercato dell'attenzione”, per riferirsi alla centralità dell'attenzione dell'utente/consumatore nell'attuale contesto economico. Cfr. T. TERRANOVA, *Attention, Economy and the Brain*, in [Culture Machine](#), n. 13 del 2012, 1 ss.

<sup>150</sup> Così come già prospettato da D. HALLINAN, P. SCHÜTZ, M. FRIEDEWALD, P. DE HERT, *Neurodata and Neuroprivacy: Data Protection Outdated?*, in [Surveillance & Society](#), n. 1 del 2014, 55 ss.

<sup>151</sup> Art. 7: «La recopilación, almacenamiento, tratamiento y difusión de los datos neuronales y la actividad neuronal de las personas se ajustará a las disposiciones contenidas en la ley n°19.451 sobre trasplante y donación de órganos, en cuanto le sea aplicable, y las disposiciones del código sanitario respectivas». Un'assurdità, secondo C. BUBLITZ, *Novel Neurorights: From Nonsense to Substance*, cit., 7. Vista l'impossibilità di applicare norme in relazioni ai rapporti tra donante e donatario, o quelle relative all'organizzazione del sistema di donazioni, o all'estrazione di organi da persone vive o cerebralmente morte, probabilmente la proposta mira a escludere il trasferimento di dati a titolo oneroso.

<sup>152</sup> «Insofar as some forms of neurodata are not covered but should be so, one may insert “neurodata” to Article 9, next to other types of data such as genetic data. No need for further reforms» (C. BUBLITZ, *Ibidem*, 7).

<sup>153</sup> Un approfondimento di questo aspetto in F. CIRILLO, *Il fondamento costituzionale dei neurodiritti*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), f. s. n. 3 del 2021, 113 ss., in cui si affronta più nel dettaglio il tema della riconduzione alle categorie particolari.

<sup>154</sup> Più in generale, in relazione alle ICT, di «minaccia invisibile» tratta P. DE PASQUALE, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell'Unione europea?*, in [Osservatorio europeo](#), marzo 2022, 14.

<sup>155</sup> Sulla questione della «a-territorial nature of the Internet», G. DE MINICO, *Towards an Internet Bill of Rights*, in [federalismi.it](#), n. 5 del 2016, 14 ss. Una prospettiva globale dei problemi è in F. PIZZETTI, *Il sistema cinese di tutela e sicurezza dei dati e il quadro europeo nello scenario della competizione mondiale*, in [federalismi.it](#), n. 4 del 2022. Un'utile analisi delle questioni regolatorie nell'ambiente digitale, con riferimento alle categorie del modello proprietario, in A. FEDERICO, *Il nomos della 'infosfera'*, in *Rassegna di Diritto civile*, n. 2 del 2022, 533 ss. Un quadro dei problemi era già lucidamente osservato in M. Nisticò, P. Passaglia (a cura di), *Internet e Costituzione. Atti del Convegno. Pisa, 21-22 novembre 2013*, Torino, 2014. Su questi temi, v. anche A. D'Aloia (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2021.

<sup>156</sup> Con riferimento ai dati sanitari, basti il richiamo a E. CATELANI, *Nuove tecnologie e tutela del diritto della salute: potenzialità e limiti dell'uso della Blockchain*, in [federalismi.it](#), n. 4 del 2022, 214, ss., o, ancora, alla trama di questioni affrontate diffusamente nel collettaneo di A. Thiene, S. Corso (a cura di), *La protezione dei dati sanitari. Privacy e innovazione tecnologica tra salute pubblica e diritto alla riservatezza*, Napoli, 2023. Cfr. S. Vincenzo (a cura

esplicito, prestato mediante un atto positivo inequivocabile, ecc.) tenderebbe comunque a legittimare trattamenti rischiosi<sup>157</sup>.

Allora, anche in questo ambito, il consenso informato, non più riferito al biodiritto, quanto ora alla diversa recezione del (medesimo) diritto di *privacy* per via delle regolamentazioni sul trattamento dei dati personali, dimostra la sua fallacia, proprio perché il contesto in analisi getta una luce sinistra sull'effettività della sua libertà e la pienezza delle informazioni disponibili, condizioni indispensabili perché sia validamente espresso<sup>158</sup>. D'altronde, si può notare che gli echi di questa endiadi, del "consenso informato", vengano da un paradigma lontano da quello delle scienze cognitive e del riduzionismo biologico: «piena avvertenza» e «deliberato consenso» sono infatti le condizioni tradizionalmente richieste nell'orizzonte cattolico affinché l'anima compia il peccato mortale, il quale «è una possibilità radicale della libertà umana»<sup>159</sup>.

### 7. Nuovi neurodiritti?

Alla luce dell'indagine dei rapporti possibili tra neuroscienze e diritto, dell'osservazione dei rischi delle neurotecnologie verso un insieme indistinto e variamente nominato di diritti fondamentali e di un quadro regolatorio che già offre il riconoscimento di alcune situazioni soggettive e una trama di relative garanzie<sup>160</sup>, si avanzano – come anticipato – proposte tese alla definizione di un nuovo catalogo di neurodiritti.

Secondo la proposta di Ienca e Andorno, si potrebbero enucleare quattro neurodiritti: libertà cognitiva, *privacy* della mente, integrità della mente e continuità psicologica<sup>161</sup>.

La proposta di Yuste che sostanzia la *Neurorights Initiative* della Columbia University<sup>162</sup>, invece, ne individua cinque: *privacy* della mente, identità personale, libero arbitrio, accesso equo al potenziamento mentale; protezione dai *bias* algoritmici.

---

di), *Digitalizzazione, intelligenza artificiale e tutela della salute nell'Unione europea*, Torino, 2023. In ogni caso, la riconduzione dei dati neurali a quelli sanitari non rassicura appieno, se si condivide che «la tutela costituzionale della salute digitale sembra costituire un settore avulso e esterno rispetto al settore della tutela della salute, intesa in senso tradizionale, che ancora non ha affrontato in maniera problematica e aperta il grande tema della protezione dei diritti fondamentali nelle pratiche di salute digitale» (C. DI COSTANZO, [L'impiego delle nuove tecnologie nel settore della salute: problematiche e prospettive di diritto costituzionale](#), in questa *Rivista*, [Studi 2023/I](#), 228).

<sup>157</sup> Anche se «[I]a chiave di lettura per cui al consenso generalmente affidata la primaria funzione di controllo sulla circolazione dei dati, compresi quelli sanitari, non è più la strada maestra» (A. THIENE, *La regola e l'eccezione. Il ruolo del consenso in relazione al trattamento dei dati sanitari alla luce dell'art. 9 GDPR*, sempre in A. Thiene, S. Corso (a cura di), *La protezione dei dati sanitari*, cit., 21) – cioè che il regolamento segni un superamento del consenso come principale condizione di liceità –, è pur vero che il consenso dell'interessato possa ancora abilitare i trattamenti destinati a svolgersi all'esterno del contesto sanitario. Sui profili critici del consenso al trattamento dei dati, v. ancora L. GATT, R. MONTANARI, I. A. CAGGIANO, *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale. Spunti di riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali*, in *Politica del diritto*, n. 2 del 2017, *passim*. Il tema è ampiamente affrontato nel volume di A. Poggi, F. Fabrizzi, F. Savastano (a cura di), *Social network, formazione del consenso, intelligenza artificiale. Itinerario di un percorso di ricerca di Beniamino Caravita*, Roma, 2023, che raccoglie, oltre ai contributi di F. DONATI, D.-U. GALETTA, F. PATRONI GRIFFI, U. RUFFOLO e N. IRTI, oltre ad alcuni scritti editi e inediti di B. CARAVITA (in particolare, *Il consenso ai tempi dei social*, 21 ss.).

<sup>158</sup> Sui profili costituzionali del diritto alla *privacy*, nella sua accezione dinamica e comprensiva di un «complesso di diritti attinenti alla gestione dei dati personali finalizzata peculiarmente alla tutela dell'identità personale», v. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. Caretti (a cura di), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Firenze, 2013, *passim*.

<sup>159</sup> CHIESA CATTOLICA, *Catechismo della Chiesa cattolica*, Città del Vaticano, 1992, §§ 1861 e cfr. anche 1857.

<sup>160</sup> Può certamente adottarsi lo schema – qui espresso in breve – di L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma, 2016, 42 ss.

<sup>161</sup> Per esempio, ancora, in M. IENCA, R. ANDORNO, *Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology*, cit., *passim*.

<sup>162</sup> Cfr. il sito dell'iniziativa: <https://neurorightsfoundation.org/mission>.

Sulla base di questa proposta e del novellato art. 19 della Costituzione cilena, il progetto di legge *sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías*<sup>163</sup> riprende – ampliandola – la proposta di Yuste: vietando l'interferenza neurotecnologica che danneggi la continuità psicologica e psichica della persona, l'identità personale, l'autonomia della volontà e della capacità di assumere decisioni liberamente, la protezione del sostrato mentale dell'identità personale (art. 4); elevando i dati neurali a speciale categoria di dati sanitari (art. 6), assoggettando la loro diffusione e trasmissione alla normativa sul trapianto di organi (*sic*, art. 7); promuovendo l'accesso equitativo ai progressi delle neuroscienze e delle neurotecnologie (art. 10).

La citata *Carta de Derechos Digitales* del Governo Spagnolo, nel definire i *Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías*, si prefigge (§ XXIV): di preservare l'identità individuale come coscienza di sé; garantire l'autodeterminazione individuale, la sovranità e la libertà nell'assunzione delle decisioni; assicurare la riservatezza e la sicurezza dei dati relativi ai processi cerebrali e il pieno controllo dei medesimi; vietare l'uso di sistemi interfaccia neurale capaci di danneggiare l'integrità fisica o psichica; assicurarsi che le neurotecnologie non siano affette da *bias*; garantire un equo accesso alle applicazioni terapeutiche, al potenziamento cognitivo e alla stimolazione o al potenziamento delle capacità individuali.

Per quanto sia evidente che le proposte mirino, con intenti condivisibili, ad affrontare un quadro unitario di problemi, è altrettanto probabile che facciano ricorso a nozioni piuttosto ambigue: sia sul fronte teorico-giuridico, dove il concetto di diritto soggettivo è destinato a descrivere tanto aspettative e interessi di fatto, quanto diritti propriamente intesi<sup>164</sup>; sia quanto ai beni da tutelare, evocando la continuità psichica o psicologica, i processi cerebrali o i sostrati neuronali, il libero arbitrio, la coscienza o la libertà cognitiva – concetti non sempre compatibili con un'unica prospettiva teorica e difficilmente sussumibili in un indistinto insieme identificabile con il livello neurale (e il prefisso 'neuro-')<sup>165</sup>. Inoltre, si palesa sullo sfondo una contraddizione con cui sarà necessario confrontarsi: le neurotecnologie presentano nuovi rischi per i diritti della persona, ma forse i rischi sarebbero osservabili già sulla base dei valori presenti e, però, non potrebbero essere affrontati in modo adeguato perché mancherebbero meccanismi di garanzia idonei.

Per queste ragioni occorre muovere dal terreno della teoria generale del diritto (o delle teorie generali), osservando i diversi approcci al problema definitorio del diritto soggettivo, cioè in relazione alla sua giustificazione argomentativa<sup>166</sup>, alla sua struttura<sup>167</sup> e al suo contenuto<sup>168</sup>, per poi sondare le possibili coniugazioni con le aspettative che si intendono tutelare nel campo in questione.

---

<sup>163</sup> *Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Girardi, señora Goic, y señores Chahuán, Coloma y De Urresti, sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías*, [boletín 13.828-19](#).

<sup>164</sup> D'altronde è noto che «linguaggio dei diritti soggettivi non è di esclusiva pertinenza del fenomeno giuridico (cioè del diritto oggettivo)» [G. PINO, *Diritti soggettivi*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, 221].

<sup>165</sup> Per una critica dell'abuso del prefisso, v. *infra*, § 8; una tendenza che renderebbe la riflessione «unmoored from reality, endlessly bobbing in a sea of speculation» (A. WEXLER, *Separating Neuroethics from Neurohype*, in [Nature Biotechnology](#), 9 agosto 2019, 3).

<sup>166</sup> Cfr. G. PINO, *Diritti soggettivi. Lineamenti di un'analisi teorica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2 del 2009, 13-14.

<sup>167</sup> È chiaro che la prospettiva strutturalistica e quella funzionalistica (che in parte interseca la questione della giustificazione del diritto soggettivo) connotino teorie del diritto antitetiche in cui si registrano prevalenze dell'una o dell'altra: per tutti, N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* (1977), Bari-Roma, 2007, 48 ss. Una ricostruzione ampia è in A. CELOTTO, *Diritti (diritto costituzionale)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Milano, 2017, 262 ss.

<sup>168</sup> Una possibile definizione di 'contenuto del diritto', in R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, II ed., Torino, 2011, 80 e 82.

Quanto alla giustificazione del diritto soggettivo si può operare una distinzione tra *choice theories* e una *interest theories*, volendo ora adottare alla classificazione anglofona<sup>169</sup>: le prime ancorano il fondamento del diritto soggettivo alla libertà di scelta del suo titolare, le seconde alla protezione di un interesse rilevante. Le due classi di teorie, a ben vedere, corrispondono a due prospettive totalmente distinte della cultura giuridica, nella cui opposizione emerge singolarmente la questione centrale – qui per altre ragioni – del libero arbitrio.

Da un lato, come anticipato, quindi, riappare in modo carsico una visione della libertà giuridica come ontologicamente connessa al libero arbitrio, che ne sarebbe il suo presupposto: «si chiamò libertà, - afferma Constant – per poterle dare la larghezza di quel libero arbitrio filosofico che nel dominio immenso del pensiero, e del sentimento, altri limiti non ammette alla sua potenza che quelli dalla ragione stabiliti fra il bene ed il male»<sup>170</sup>. A questa stessa posizione possiamo ricondurre una parte significativa della cultura giuridica tedesca ottocentesca, che ha variamente posto al centro della costruzione sistematica la “signoria della volontà”, da Savigny<sup>171</sup> a Puchta<sup>172</sup>, da Jellinek<sup>173</sup> a Windscheid<sup>174</sup>, sino a influenzare trasversalmente le culture giuridiche di quasi tutto il Continente nel corso del Novecento<sup>175</sup>.

Dall’altro lato, all’estremo opposto, la libertà giuridica non sarebbe affatto «una questione astratta concernente la libertà metafisica e la necessità»<sup>176</sup>, e il suo ancoramento nell’ipotesi filosofica del libero arbitrio sarebbe persino inopportuno: d’altronde, «la libertà della volontà, nel senso che la volontà può spontaneamente mettersi in moto senza alcuna ragione motrice, è come il Barone di Münchhausen, che si tira fuori dalla palude per il ciuffo»<sup>177</sup>. In quest’ottica, che si intesse con la tradizionale concezione della *libertas a coactione* e con quella dello *habeas corpus*<sup>178</sup>, il

<sup>169</sup> Il diritto soggettivo sarebbe «a legally respected choice» (H. L. A. HART, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, Oxford, 1982, 189), aut tale che «the duty correlative to the right, when actual, normatively protects some aspects of X’s situation» (M. H. KRAMER, *Some Doubts About Alternatives to the Interest Theory of Rights*, in *Ethics*, n. 2 del 2013, 246).

<sup>170</sup> B. CONSTANT, *Corso di politica costituzionale* (1836), I, trad. it. di V. Caleffi, Firenze, 1849, 20.

<sup>171</sup> Il quale «crea un concetto astratto del rapporto giuridico come “signoria della volontà” ed intraprende, con ciò, una classificazione logico-formale dei rapporti di diritto privato, secondo i concepibili “oggetti principali della signoria della volontà», nel giudizio di K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica* (1960), a cura di S. Ventura, Milano, 1966, 11. Sulla prospettiva di questo Autore, v. per tutti M. LA TORRE, *La lotta contro il diritto soggettivo. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Milano, 1988, *passim*.

<sup>172</sup> Se è vero che, sia pure nel suo sistema chiuso, «l’a priori filosofico-giuridico [...] è, più precisamente il concetto kantiano di libertà» (*Ibidem*, 24): «Considerando l’uomo nei suoi rapporti giuridici, notiamo che egli incontra la possibilità di una volontà. Astraiamo dalle sue qualità e dalle condizioni individuali che sono decisive per la qualificazione morale di una volontà, o almeno diamo loro solo un’importanza subalterna, e mettiamo in primo piano quell’uguale potere o possibilità della volontà che sta al di sopra della differenza individuale» (G. F. PUCHTA, *Pandekten*, vol. I, II ed., Leipzig, 1872, 36, trad. nostra).

<sup>173</sup> «A seconda che si abbia una visione povera o ricca, oscura o chiara della natura umana, ciò determinerà un’origine dello Stato più superficiale o più profonda, più sfocata o più nitida. La volontà divina o la superiorità fisica, il libero arbitrio dei concittadini o lo sviluppo istintivo come ragioni fondative dello Stato sono solo diverse conseguenze delle diverse teorie sulla natura etica dell’uomo» (G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg, 1887, 192).

<sup>174</sup> Che, «al posto di una derivazione etica di questo concetto [di libertà], ne dà una definizione intesa in senso psicologico» (K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., 36).

<sup>175</sup> L’approccio teorico qui si interseca con la prospettiva storico-giuridica, se si conviene che «[c]on l’intreccio di fattualità, analisi e conoscenza si prova a fronteggiare semplificazioni rozze ed intempestive, che agli occhi dei tanti sembrano tragicamente efficienti, nascondendo spesso dietro tale espressione il nulla» (così, da ultimo, rivendica il ruolo della storia nella metodologia giuridica A. LUCARELLI, *Costituzionalismo e storia. Riflessioni sulle dimensioni epistemologiche del senso della tradizione*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2022, 55).

<sup>176</sup> Così Edmund Burke, nella corrispondenza allo Sceriffo di Bristol, citato in F. DREYER, *The Genesis of Burke’s Reflections*, in *The Journal of Modern History*, n. 3 del 1978, 467 (trad. nostra). Un breve quadro del conflitto tra approcci pragmatici e metafisici alla questione, nel contesto britannico, è in G. I. MOLIVAS, *Richard Price, the Debate on Free Will, and Natural Rights*, in *Journal of the History of Ideas*, n. 1 del 1997, 106 ss.

<sup>177</sup> R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, II ed., Leipzig, 1884, 3-4, trad. nostra.

<sup>178</sup> Per un’analisi dell’ancoramento della moderna libertà personale nello *habeas corpus*, sia pure con nuove accezioni, v. su tutti S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in

diritto soggettivo si giustifica nella mera difesa di un interesse. È così che molti altri autori «sono trascinati a recedere dal vieto assolutismo e ad ammettere che l'umana potestà del libero arbitrio non è così sconfinata, come volgarmente si crede», constatando che «anche l'ultimo rifugio della pretesa libertà morale dell'uomo non basta a sottrarne i mutilati avanzi dall'impero dell'inesorabile necessità»<sup>179</sup>.

Non si tratta, però, di una diversità di approccio che riflette la prevalenza di istanze liberali, quanto alle teorie della libera scelta, o sociali, nel caso delle teorie incentrate sull'interesse: anzi, basterebbe evocare il marcato determinismo di Hobbes, Locke, o Hume<sup>180</sup>, se non anche l'utilitarismo classico e, per tutti, l'esempio di Mill<sup>181</sup>, a testimonianza di una forte presenza dello scetticismo verso il libero arbitrio persino nelle matrici del pensiero liberale.

In ogni caso, l'opzione per l'una o l'altra prospettiva resta fortemente motivata da opinioni filosofiche o religiose “pre-giuridiche”, né appare opportuno, in questa sede, abbozzare una soluzione della questione.

Nondimeno, poiché tutte le principali proposte sul tema trattano o di un diritto al libero arbitrio<sup>182</sup>, o di una libertà cognitiva (intesa come libertà di agire in modo tale da assumere il controllo della propria vita mentale<sup>183</sup>), o di un diritto all'autonomia della volontà e alla capacità di assumere decisioni liberamente<sup>184</sup>, è del tutto evidente che la ragione giustificativa di tale diritto non potrebbe coincidere – à la Münchhausen – col contenuto stesso del diritto. Non si può, cioè, essere giuridicamente liberi, in quanto soggetti dotati del libero arbitrio, e dunque perciò rivendicare tale arbitrio nel caso della sua “lesione” o mancanza.

Questa constatazione basterebbe a legittimare una scelta di metodo per le teorie che ricostruiscono il diritto soggettivo come protezione di un interesse, se non fosse che vengono in soccorso anche considerazioni di opportunità: «notoriamente, i principali limiti della *choice theory* sono l'impossibilità di rendere conto in maniera chiara di diritti attribuiti a soggetti che non sono in grado di esprimere una volontà»<sup>185</sup> (quali i minori o le persone con disabilità psichiche). Limiti che renderebbero le teorie della libera scelta particolarmente inadeguate in un contesto in cui si assume persino che la libera scelta di tutti possa essere compromessa, e che la vulnerabilità sia la condizione “ordinaria” dell'essere umano di fronte alla pervasività delle tecnologie<sup>186</sup>. Ma, pur non volendo accedere a una simile prospettiva “pessimista”, ciò varrebbe in ogni caso sia per le condizioni di disabilità che le neurotecnologie intendono fronteggiare, che per la protezione dello «sviluppo fisico, mentale e morale» dei minori, su cui ad esempio insiste il *Digital Services Act*<sup>187</sup>;

---

S. Rodotà, M. Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, 176 ss. Sulla *libertas a coactione* nel pensiero deterministico moderno, v. N. BOBBIO, *Libertà*, in [Enciclopedia del Novecento](#), Roma, 1978, § 4.

<sup>179</sup> E. FERRI, *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze, 1878, 20 e 26.

<sup>180</sup> Anche brevemente in M. MORI, *Gli spiriti e le macchine. Il determinismo moderno*, in M. De Caro, M. Mori, E. Spinelli (a cura di), *Libero arbitrio. Storia di una controversia filosofica*, Roma, 2014, 261 ss.

<sup>181</sup> Nel medesimo collettaneo, v. L. FONNESU, *Libertà e responsabilità: dell'utilitarismo classico al dibattito contemporaneo*, 337 ss.

<sup>182</sup> «The Right to Free-Will» nella iniziativa della Neurorights Foundation (cfr. la [sezione relativa alla Mission](#)).

<sup>183</sup> «Four neurorights conceptually derived from freedom of thought have been proposed in the literature. These are: cognitive liberty, the right to agency and free will, mental freedom, and freedom of thought itself» (M. IENCA, *On Neurorights*, in [Frontiers in Human Neuroscience](#), n. 15 del 2021, 6). Similiter, si definisce «cognitive liberty: the right to mental self-determination» nel documento dell'OCSE, *Recommendation of the Council on Responsible Innovation in Neurotechnology*, [OECD/LEGAL/0457](#).

<sup>184</sup> Il progetto di legge cileno tratta «del derecho a la autonomía o libertad de decisión individual» (*Proyecto de ley*, boletín 13.828-19).

<sup>185</sup> G. PINO, *I diritti soggettivi*, cit., 241.

<sup>186</sup> Per tutti, P. STANZIONE, *Tecnica, protezione dei dati e nuove vulnerabilità*, in [Iura & Legal Systems](#), 4, 2021, 17 ss. V. anche: A. A. MOLLO, *La vulnerabilità tecnologica. Neurorights ed esigenze di tutela: profili etici e giuridici*, in [European Journal of Privacy Law & Technologies](#), n. 1 del 2021, 200 ss.

<sup>187</sup> Conss. 81 e 89, [Regolamento UE/2022/2065](#).

cioè per classi di persone per cui certamente le teorie che fondano il diritto soggettivo nella “signoria della volontà” non sembrano del tutto adeguate, e in relazione alle quali classi proprio le neurotecnologie promettono sempre più impieghi<sup>188</sup>.

La necessitata adesione alla prospettiva della teoria dell’interesse implica, poi, conseguenze apprezzabili in ordine alla possibile definizione di nuovi neurodiritti. Se nell’ipotesi avversa era possibile affermare che, essendo il libero arbitrio il presupposto logico e la ragione giustificativa di tutti i diritti di libertà, allora, il riconoscimento di un suo rilievo primario nella costellazione dei valori fondamentali poteva dirsi implicito: «freedom of thought is the fundamental justification for related freedoms, such as freedom of choice, freedom of speech, freedom of press, and freedom of religion»<sup>189</sup>. Peraltro, l’apparente intuitività di tale inferenza è sconfessata da considerazioni alquanto evidenti: le scelte personali, la parola, o la coscienza religiosa non sono tutelate in quanto espressione di un pensiero libero e non determinato da interferenze esterne, ma anche e, parrebbe, spesso nei casi in cui mostrino segni evidenti di un condizionamento del contesto esteriore.

Diversamente, accedendo a una concezione della libertà giuridica “in concreto”, imperniata sul concetto «persona sociale»<sup>190</sup> più che su un assunto metafisico, e a una prospettiva pluralista dell’assetto valoriale<sup>191</sup>, l’interesse per la protezione della sfera psichica dovrà seguire itinerari alternativi, senza ancorarsi a una visione antropologica rigida, se non anche teologicamente preordinata: valutando se l’interesse tutelato dai neurodiritti sia da ricondursi a valori costituzionali già riconosciuti; distinguendo, nel caso, tra la sufficiente ricomprensione dell’interesse protetto in tali valori, o la necessaria definizione di ulteriori valori impliciti, connessi o strumentali; eventualmente, evidenziando l’esigenza di veri e propri nuovi diritti, irriducibilmente diversi da quelli già esistenti.

Giungendo poi all’analisi della possibile struttura dei nuovi neurodiritti, è utile soffermarsi sulle relazioni interindividuali che essi prefigurerebbero, anche adottando lo schema hohfeldiano che consente uno tra i più diffusi approcci teorici alla microfisica strutturale delle relazioni giuridiche sottese ai diritti soggettivi<sup>192</sup>.

In via generale, si può osservare che le proposte si riferiscano talora a specifiche relazioni hohfeldiane, talaltra a un aggregato di relazioni: innanzitutto, si delineano “pretese”, cioè relazioni che pongono un obbligo di non compiere determinate attività di interferenza (si pensi alla libertà da interferenze *lato sensu* “cognitive”), o di compiere azioni (l’equo accesso al potenziamento è una pretesa attiva); poi, “libertà” che consistono nella possibilità della persona di fare qualcosa o di non farlo, senza che altri possa esercitare un diritto che si opponga a tale possibilità (il diritto al “libero arbitrio” o all’autonomia individuale); si individuano anche “poteri”, allorquando si profili la possibilità di intervenire sulla posizione giuridica propria o altrui (acconsentendo alla disposizione

---

<sup>188</sup> E in ogni caso, è insostenibile una prospettiva che enfatizzi la specialità delle persone con disabilità e, in generale, di solo alcune diversità interindividuali, perché la diversità è la condizione ordinaria di ogni identità e il corpo, molto più che le funzioni cognitive superiori con cui l’essere umano tende a qualificarsi, «è la lente attraverso la quale interpretare, valutare le questioni oggetto del nostro studio» (F. GIRELLI, *La disabilità e il corpo nella dimensione costituzionale*, in questa *Rivista*, *Studi 2021/II*, 609). Diffusamente, in C. COLAPIETRO, F. GIRELLI, *Persone con disabilità e Costituzione*, Napoli, 2021.

<sup>189</sup> M. IENCA, *On Neurorights*, cit., 7.

<sup>190</sup> Su tale accezione della libertà e sul radicamento anche sociale del principio personalista nella Costituzione, v. F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, II ed., Torino, 2018, 26 ss.

<sup>191</sup> Per tutti, in questo senso, P. RIDOLA, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, cit., 2018, XI ss. Su questa lettura della «multidimensionalità delle libertà costituzionali», secondo cui non bisognerebbe «(cercare di) dedurre i diritti “dalla intangibilità di un’immagine dell’uomo scolpita nella sua oggettività”», v. F. POLITI, “Principio libertà”, *dignità umana e multidimensionalità delle libertà costituzionali nelle democrazie pluralistiche. La riflessione di Paolo Ridola in tema di diritti fondamentali*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n. 10 del 2019, 385.

<sup>192</sup> Come per altro fa S. RAINEY, *Neurorights as Hohfeldian Privileges*, in *Neuroethics*, n. 9 del 2023, 1 ss., giungendo però a una soluzione rigida – i neurodiritti come mere facoltà – che trascura i profili su cui *infra*. Il riferimento è allo schema classico proposto da W. N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conception As Applied in Judicial Reasoning*, New Haven, 1964, 36 ss.

del diritto, o revocando tale consenso, come accade nel contesto del trattamento dei dati); infine, “immunità” che consistono «nell'impossibilità, da parte di terzi, di incidere su (istituire, modificare, estinguere) una posizione soggettiva del titolare dell'immunità stessa»<sup>193</sup> (ciò con riguardo alle diverse condizioni di indisponibilità che sono emerse, per esempio nel contesto processualpenalistico). Non si tratta, allora, di identificare i singoli neurodiritti con determinate “micro-relazioni” giuridiche, quanto piuttosto di sezionare le proposte in modo tale da ricondurre le singole relazioni giuridiche ipotizzate sotto l’«ombrello» di un diritto esplicitato dalle Carte (o da escluderne la riconducibilità)<sup>194</sup>.

Quanto al contenuto dei proposti neurodiritti – siano le singole relazioni qualificabili come pretese, libertà, poteri o immunità – deve essere poi analizzato il *quid* cui essi si riferiscono: se tale contenuto si rivolga al titolare stesso del diritto (si avrà allora un diritto attivo) o ad altri (un diritto passivo), nel caso implicando un'altrui azione positiva o un'omissione (diritti passivi positivi o negativi)<sup>195</sup>.

Procedendo a un'analisi delle proposte, si può distinguere tra alcune principali classi di diritti da analizzare: una prima classe si rivolge all'integrità (psichica, psicologica, della mente, ecc.); una seconda alla *privacy* (della mente, del cervello, dei neuroni, ecc.); una terza alla libertà (della mente, psichica, cognitiva, al libero arbitrio, all'autonomia della scelta, ecc.); una quarta all'identità e alla continuità (psichica, psicologica, ecc.); una quinta all'accesso al potenziamento (neurale, cognitivo, psichico, ecc.).

Quello dell'integrità (psichica, psicologica, della mente, ecc.) rappresenta uno dei piani meno problematici, soprattutto perché l'art. 3 della Carta di Nizza esplicita che ognuno «*ha diritto alla propria integrità fisica e psichica*», e la giurisprudenza costituzionale individua tra i beni fondamentali «di primaria importanza per l'esistenza stessa dell'ordinamento» «l'integrità fisica o psichica delle persone»<sup>196</sup>. Si tratterebbe, cioè, di proteggere l'interesse primario a escludere forme intense di interferenza da parte di terzi o di autorità rivolte alla sfera inviolabile della libertà personale, così delineando possibili pretese aventi a oggetto altrui omissioni (diritti passivi negativi) e un aggregato di poteri (nel caso, giudiziali) volti a rendere effettivo o maggiormente protetto questo spazio. Un simile diritto, la cui analisi è pertinente in una discussione sui possibili neurodiritti, non ha in realtà nulla di innovativo, perché è nominalmente riconosciuto come integrità psichica e anche diffusamente presidiato da garanzie secondarie: si consideri la tutela risarcitoria del danno psichico (proprio in quanto danno biologico<sup>197</sup>); o il divieto di tortura, costituzionalmente previsto<sup>198</sup> e oggi presidiato dall'art. 613-bis c.p., il quale implica la tortura psichica (sanzionando chiunque «*con violenze o minacce gravi ovvero agendo con crudeltà cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico*»)<sup>199</sup>. Quanto all'aggettivazione di tale integrità, sia mentale, psichica o psicologica, non c'è ragione di evocare il dibattito tra dualismo e riduzionismo biologico, perché la lesione dell'integrità psichica è già considerata (non *alla stregua* di quella

<sup>193</sup> G. PINO, *Diritti soggettivi*, cit., 233.

<sup>194</sup> La metafora dei diritti come ombrelli è di R. Bin: «l'ombrello serve a garantire la massima copertura al capo di chi lo apre, ma poi la protezione scema man mano si scenda e si avverta la pioggia bagnare sempre più intensamente il nostro corpo. [...] Ogni diritto è stato scritto in Costituzione pensando alla testa (la persona fisica che non può essere violata, la mia casa, le mie lettere ecc.), ma nella pratica copre anche beni attinenti all'interesse protetto ma non con la stessa intensità garantita alla testa» (qui, ad esempio, in R. BIN, P. CHIARELLA, *Critica della teoria dei diritti. Conversazione con Roberto Bin*, in *Ordines*, n. 2 del 2018, 329; più diffusamente in ID., *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 33 ss.).

<sup>195</sup> Ancora, G. PINO, *Diritti soggettivi*, 238-239.

<sup>196</sup> Ad es., Corte cost., [sentt. nn. 290/2001, 236/2020](#).

<sup>197</sup> Già da Cass. civ., sez. III, sent. del 11 giugno 2009 n. 13547.

<sup>198</sup> Artt. 13 Cost., III co, secondo cui è «*punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà*», e 27, III co., per cui «*[l]e pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità*».

<sup>199</sup> Si porrebbe qui al più un problema di effettività che non di riconoscimento: C. SCIALLA, *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, in *BioLaw Journal*, n. 4 del 2022, 113 ss.

corporea ma proprio) quale lesione di un'unica entità indistinta, eventualmente accertabile secondo specificazioni differenziate (cioè, si darebbe un danno biologico accertato in virtù di consulenza psichiatrica).

Sul fronte della *privacy*, la NeuroRights Foundation afferma che «any NeuroData obtained from measuring neural activity should be kept private. If stored, there should be a right to have it deleted at the subject's request»; secondo altri «it should guarantee the systemic protection of brain information»<sup>200</sup>. Complessivamente, il rischio principale segnalato dalla letteratura è quello dell'estrazione informativa e del trattamento deregolamentato del flusso dei dati riferibili alla persona. L'interesse principale, quindi, è riconducibile alla riservatezza, rivolta indistintamente alle informazioni relative al sistema nervoso, ai processi cognitivi, alle emozioni, più in generale alla mente e ai pensieri della persona.

Le proposte qui si rivolgono principalmente al fronte della protezione dei dati, in ordine al quale è già possibile delineare una trama di pretese e poteri sulla base del diritto positivo<sup>201</sup>. Anche in questo caso non sembrerebbe opportuno trattare, perciò, di un nuovo neurodiritto, benché sia probabile che l'attuale regolamentazione non garantisca una tutela pienamente efficace della vita privata (artt. 8 CEDU e 7 CDFUE) e dello strumentale diritto alla protezione dei dati (art. 8 CDFUE)<sup>202</sup> nei confronti delle neurotecnologie. L'aspetto più problematico è quello dell'eventuale definizione di una categoria autonoma di (neuro)dati da destinare a un regime rafforzato di tutele. Certamente, qui come altrove, l'enfasi sul livello neurale ha il difetto di trascurare la maggiore articolazione del quadro delle tipologie di trattamento di dati, non tutte rivolte alla sola attività neurale propriamente intesa. Nondimeno, *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*: non convince l'ipotesi di creare categorie di dati distinte per quanti sarebbero i livelli di riferimento (mentale, neurale, psichico, psicologico, cognitivo, ecc.). Così, l'ingenuo riduzionismo implicito nella nozione di dati neurali (neuronal, o neurodati) sembrerebbe da preferire a una scivolosa moltiplicazione delle categorie, la quale attrarrebbe in un regime di protezione rafforzata qualsiasi genere di informazione mentale riferibile alla persona (ogni gusto, ricordo, o valutazione «riguardante una persona fisica identificata o identificabile», ex art. 1 GDPR). Soprattutto, si deve osservare che non è tanto la qualificazione del dato a determinare il rischio per i diritti fondamentali, quanto la tipologia di trattamento e il contesto (così, p. e., ex art. 25 GDPR)<sup>203</sup>, e che perciò la regolamentazione dovrebbe rivolgersi alle neurotecnologie piuttosto che ai neurodati in sé.

---

<sup>200</sup> Rispettivamente nel sito della [NeuroRights Foundation](#) e in M. IENCA, *On NeuroRights*, cit., 7.

<sup>201</sup> Come i diritti di cui agli artt. 15-22 GDPR, che abilitano un novero ampio di pretese e di poteri propriamente intesi nello schema hohfeldiano: il diritto di ottenere informazioni su quali dati sono trattati (diritto di informazione); il diritto di chiedere ed ottenere in forma intellegibile i dati (diritto di accesso); il diritto di ottenere l'aggiornamento o la rettifica dei dati conferiti; il diritto di ottenere la cancellazione dei dati; il diritto di esercitare l'opposizione al trattamento; il diritto di revocare il consenso; il diritto di opporsi ai trattamenti automatizzati e a non essere assoggettati a trattamenti basati esclusivamente su decisioni automatizzate compreso la profilazione; il diritto di ottenere il blocco o la limitazione dei dati trattati in violazione di legge e quelli dei quali non è più necessaria la conservazione in relazione agli scopi del trattamento; il diritto alla portabilità dei dati, ecc.

<sup>202</sup> Anche la Corte costituzionale riconosce ormai da tempo «il diritto alla riservatezza dei dati personali, quale manifestazione del diritto fondamentale all'intangibilità della sfera privata» ([sent. n. 20/2019](#), ma cfr. già [sent. n. 366/1991](#)). Per un quadro di insieme del «patrimonio costituzionale europeo» rappresentato dalla Carta di Nizza, v. per tutti e diffusamente in L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino 2013; sul rapporto tra la giurisprudenza costituzionale e la Carta di Nizza, R. CONTI, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza costituzionale (2000-2015)*, in questa *Rivista*, [Studi 2016/I](#), 51 ss.; nonché G. PARODI, *Effetti diretti della carta dei diritti fondamentali dell'unione europea e priorità del giudizio costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4 del 2022, 128 ss.

<sup>203</sup> Si osserva che «il modo di trattare i dati ne determina la (pretesa) riferibilità a una realtà – nel caso, alla persona – con apprezzabili conseguenze in ordine giuridico» (F. CIRILLO, *La nozione di dato personale. Spunti di riflessione per un approccio interdisciplinare*, in *Cyberspazio e diritto*, n. 22 del 2021, 32).



I fautori della libertà cognitiva affermano la necessità di tutelare la libertà della persona di controllare i propri stati mentali<sup>204</sup>; una libertà che così intesa sembrerebbe riferirsi piuttosto a una pratica spirituale di origine orientale (come tale, peraltro tutelata dall'art. 19 Cost.). La nozione appare nebulosa, perché si assume che la persona sia un *quid* che preceda i suoi processi cognitivi, gli stati mentali, o la coscienza, e che quindi essa si attivi per rivendicarne il dominio o il controllo. In modo più prosaico, parrebbe che qui si voglia escludere l'ingerenza, eventualmente manipolativa, gli agenti esterni occulti o indesiderati.

Se, cioè, nelle proposte relative alla *privacy* della mente emerge l'interesse verso le informazioni "in uscita", nel caso della libertà cognitiva si vuole escludere l'ingresso di informazioni o stimoli che possano subdolamente modulare le funzioni cognitive, e ciò a prescindere dal fatto che non sussistano lesioni percepibili o permanenti dell'integrità psichica. È ben evidente che tale interesse sia presidiato dal diritto alla vita privata (artt. 8 CEDU e 7 CDFUE), dalla trama di diritti riferibili al corpo nel contesto costituzionale (artt. 2, 13 e 32 Cost.) e che, per contro, sarebbe difficile immaginare che un ordinamento, che reputi inviolabili la libertà personale, il domicilio e persino la corrispondenza, si mostri poi indifferente alle pratiche di neuromodulazione occulta. L'ipotesi di fondare tale libertà (mentale cognitiva, o un diritto al libero arbitrio) sulla base di «evolutionary interpretations of the right to freedom of thought»<sup>205</sup> non appare affatto parsimoniosa ed è persino imprudente: né il diritto alla libertà di espressione e la libertà di opinione di cui all'art. 11 CDFUE, né il «diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero» (art. 21 Cost.) si rivolgono al solo pensiero cosciente e autonomamente elaborato<sup>206</sup>, ma proteggono «naturalmente non il solo pensiero originale di chi lo manifesta» ([Corte cost., sent. n. 59/1960](#)) e, comunque, non solo il pensiero "libero" nel suo significato più alto. Tra l'altro, sarebbe più opportuno evocare la libertà di manifestazione del pensiero, nella sua declinazione negativa della libertà di non manifestazione del pensiero stesso, con riferimento alla classe di diritti riferibili alla *privacy* e al problema dell'estrazione informativa (poiché la libertà di non manifestare il pensiero implicherebbe che alcune "informazioni" non "fuoriescano" dalla sfera intima).

La libertà cognitiva si presenterebbe, allora, come una pretesa di non ingerenza attraverso tecnologie di neuromodulazione, eventualmente corredata da pretese informative circa i rischi delle tecnologie o da poteri che forniscano garanzie secondarie. L'ipotesi di una configurazione di un autonomo diritto al libero arbitrio o al controllo degli stati mentali sarebbe allora non necessaria. Molto più utile, invece, potrebbe risultare una migliore regolamentazione e una più diffusa previsione di obblighi informativi relativi all'intensità induttiva delle pratiche in questione.

---

<sup>204</sup> Cioè, «the positive liberty of having the possibility of acting in such a way as to take control of one's mental life» e «freedom of thought as the normative foundation of a person's autonomous control over her mind» (M. IENCA, *On Neurorights*, cit., 6-7); «Individuals should have ultimate control over their own decision making» nel diritto al "libero arbitrio" della Neurorights Initiative.

<sup>205</sup> Ipotizzando che «freedom of thought is the fundamental justification for related freedoms, such as freedom of choice, freedom of speech, freedom of press, and freedom of religion» (ancora in M. IENCA, *On Neurorights*, cit., nel testo 9, qui 7).

<sup>206</sup> L'aggettivo 'proprio', infatti, implica secondo autorevole dottrina che «escluse dalla garanzia debbono dirsi pure diffusioni di pensieri e di notizie e di complessi di pensieri e di notizie che, secondo forma o sostanza, siano considerati giuridicamente altrui» [C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano* (1958), in [Rivista italiana per le scienze giuridiche](#), n. 2 del 2011, 34]; *contra* recentemente, M. OROFINO, *Art. 21 Cost.: le ragioni per un intervento di manutenzione ordinaria*, in [MediaLAWS](#), n. 2 del 2019, 85-86, ripercorre e condivide un indirizzo secondo cui 'proprio pensiero' sottolineerebbe l'indipendenza di giudizio, ma soprattutto nell'ottica di non sottrarre la manifestazione del pensiero altrui alla copertura costituzionale. Sul tema, cfr. anche M. R. ALLEGRI, *Informazione e comunicazione nell'ordinamento giuridico italiano*, Torino, 2019, 15 ss. La bibliografia sul punto è sconfinata: v. per tutti A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, 33 ss.; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, 1974, 424 ss.; A. Pace, M. Manetti, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006; P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza tecnologica*, Bologna, 2019.

Venendo, dunque, all'identità e alla conseguente continuità psichica (o psicologica), le proposte qui muovono da due necessari presupposti: che le persone siano connotate di un'identità (cioè di un'essenza specifica e stabile); che tale identità si mantenga nel tempo attraverso una significativa continuità degli aspetti psicologici. Il concetto di continuità psicologica è sviluppato dalla riflessione – soprattutto filosofica e non psicologica – sul tema dell'identità<sup>207</sup>. Su questo fronte, si fa riferimento a casi – tutt'ora eccezionali – in cui si è ipotizzata un'efficacia delle tecniche di neuromodulazione sui gusti personali. Si pensi alle tecniche di neurostimolazione che indurrebbero cambiamenti nelle preferenze musicali, come sarebbe accaduto a un individuo sessantenne affetto da disturbo ossessivo compulsivo e trattato con *deep brain stimulation*, sviluppando “perciò” un'improvvisa passione per Johnny Cash quale effetto collaterale<sup>208</sup>. Si assume, cioè, che le neurotecnologie possano modificare – eventualmente di proposito e non solo con riferimento ai gusti musicali<sup>209</sup> – alcuni tratti distintivi dell'identità personale.

Di conseguenza, si afferma la necessità di preservare l'identità personale e la continuità della vita psichica da alterazioni esterne<sup>210</sup> e di proibire alla tecnologia di distruggere il senso di sé o di compromettere il confine tra la coscienza di sé e gli *input* tecnologici esterni<sup>211</sup>. Potrebbe discutersi se un simile concetto strutturale ed essenzialista dell'identità possa costituire un valore e, nel caso, un valore così condiviso da fondare un autonomo diritto fondamentale<sup>212</sup>; come potrebbe dubitarsi della possibilità in astratto che l'identità personale possa essere del tutto preservata nel tempo dall'azione di forze esterne non desiderate.

Nondimeno, il diritto all'identità personale è già ampiamente riconosciuto nell'ordinamento europeo (dalla giurisprudenza CEDU, con riferimento all'art. 8) e nel contesto nazionale prima «come diritto ad una corretta proiezione sociale», poi come diritto al nome, al controllo delle informazioni personali, alla propria verità biologica, sino ad affermarsi come «diritto ad essere sé stessi»<sup>213</sup>, anche eventualmente in forte discontinuità con la propria storia individuale (basti citare, tra gli esempi più noti, il diritto all'oblio e il diritto alla modificazione dei caratteri sessuali)<sup>214</sup>. L'ingerenza esterna in un simile ambito, almeno al livello dei principi, è già totalmente preclusa da

<sup>207</sup> P. VAN INWAGEN, *Materialism and the Psychological-Continuity Account of Personal Identity Source*, in *Philosophical Perspectives*, n. 11 del 1997, 305 ss.

<sup>208</sup> Caso richiamato in M. IENCA, *Neurodiritti: storia di un concetto e scenari futuri*, in *Privacy e neurodiritti. La persona al tempo delle neuroscienze*, cit., 50; M. MANTIONE, M. FIGEE, D. DENYS, *A Case of Musical Preference for Johnny Cash Following Deep Brain Stimulation of the Nucleus Accumbens*, in *Frontiers in Behavioral Neuroscience*, n. 8 del 2014, 1 ss. Lo studio, invero, «may suggest an association between DBS and changed musical preference», perché ritiene improbabile uno cambio così tardivo dei gusti musicali e, soprattutto, singolare che la persona non avesse nessuna spiccata preferenza musicale prima del trattamento clinico.

<sup>209</sup> Sul tema dei rapporti tra neurotecnologie e musica, potrebbero essere citati *a contrario* una serie di studi che attestano un uso della stimolazione musicale integrata alle tecniche di neuromodulazione: «[l]istening to modulated vocalizations/music is potentially an efficient strategy for neuromodulation of the autonomic nervous system» (così, tra i vari, in N. RAJABALEE *et al.*, *Neuromodulation Using Computer-Altered Music to Treat a Ten-Year-Old Child Unresponsive to Standard Interventions for Functional Neurological Disorder*, in *Harvard Review of Psychiatry*, n. 5 del 2022, 311).

<sup>210</sup> M. IENCA, R. ANDORNO, *A New Category of Human Rights: Neurorights*, in *Research in Progress Blog*, 26 aprile 2017. Di continuità psicologica tratta anche l'art. 4 della proposta cilena: «*si puede dañar la continuidad psicológica y psíquica de la persona*».

<sup>211</sup> Dal [sito della NeuroRights Foundations](#): «Boundaries must be developed to prohibit technology from disrupting the sense of self. When neurotechnology connects individuals with digital networks, it could blur the line between a person's consciousness and external technological inputs». Il che sarebbe irragionevole proprio nel caso delle neuroprotesi impiantate per finalità terapeutiche.

<sup>212</sup> Si potrebbe richiamare la critica all'ossessione identitaria di F. REMOTTI, *Contro l'identità*, Bari-Roma, 2001 o più recentemente *Id., L'ossessione identitaria*, Bari-Roma, 2010.

<sup>213</sup> G. PINO, *L'identità personale*, in S. Rodotà, M. Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, 301 ss.

<sup>214</sup> Del resto, si osserva che nella Costituzione «la stessa minima riconoscibilità dell'individuo non è più vista *ex parte principis*, bensì quale base di quella “vita di relazione”» (C. PINELLI, “Diritto di essere se stessi” e “pieno sviluppo della persona umana”, in *Rivista AIC*, n. 4 del 2021, 313).

numerosi riferimenti positivi. Per quelle ipotesi che non siano già riconducibili alla tutela dell'integrità psichica e della libertà cognitiva, anche sul fronte della protezione dell'identità e della continuità psicologica, parrebbe trattarsi di un'ingerenza nella sfera privata dell'individuo, con ogni conseguenza in termini di pretese, libertà, e poteri, come già osservato *supra* per le altre classi di diritti.

Da ultimo, l'equo accesso al potenziamento cognitivo: lo scenario con cui ci si confronta è quello in cui il potenziamento cognitivo produca un'umanità a due velocità, l'una potenziata perché economicamente e culturalmente abilitata all'accesso alle neurotecnologie, l'altra esclusa<sup>215</sup>. Questo scenario rischierebbe di apparire particolarmente distopico, se non si considerassero le diseguaglianze culturali ed economiche che già producono una distribuzione della salute fortemente iniqua nella popolazione mondiale e nel contesto dei singoli Paesi. Emerge in modo sempre più nitido, infatti, un legame marcato e diretto fra reddito e salute, chiamato gradiente sociale, presente non solo nei Paesi in via di sviluppo, ma anche nei Paesi più ricchi<sup>216</sup>. Allora, una simile aspettativa, presente peraltro solo nella proposta della NeuroRights Foundation, sembrerebbe ascrivibile al più ampio *genus* del diritto (sociale) alle cure. La pretesa in questione sarebbe da intendersi come diritto (all'equo accesso) a una prestazione sanitaria (erogata o finanziata dall'attore pubblico), e riferita a trattamenti che – qualora non siano rivolti a intervenire su condizioni patologiche, ma a perseguire un miglioramento psico-fisico – sconfinano verso le forme di *enhancement: nihil novum sub sole* o, almeno, poco di nuovo sul fronte propriamente “neurale”<sup>217</sup>.

A considerazioni analoghe si perviene sul fronte della «protection from bias» che richiama la necessità di «countermeasures to combat bias» e «input from user groups to foundationally address bias» nel contesto delle neurotecnologie<sup>218</sup>. Quest'aspettativa può essere riconnessa a un più generale «diritto costituzionale ad una tecnologia “ragionevole”», che impedisca «“zone franche”, in cui l'incomprensibilità di certi sistemi di IA renda di fatto non giustiziabili le decisioni prese sulla base di questi sistemi»<sup>219</sup>. Di quest'esigenza si rinvengono tracce nei settori più disparati: si

<sup>215</sup> «There should be established guidelines at both international and national levels regulating the use of mental enhancement neurotechnologies. These guidelines should be based on the principle of justice and guarantee equality of access» (NeuroRights Foundation). Similmente, si afferma che «[i]l fenomeno del “potenziamento cognitivo” è particolarmente significativo, destinato com'è a superare la tradizionale nozione di istruzione e di formazione professionale sino a compromettere non soltanto il principio della eguaglianza tra gli uomini - con il conseguente ripensamento del principio meritocratico e del suo rapporto con la democrazia - ma anche e soprattutto la stessa identità umana, stravolgendone persino la struttura genetica» (P. PERLINGIERI, *Note sul “potenziamento cognitivo”*, in *Privacy e neurodiritti. La persona al tempo delle neuroscienze*, cit., 87).

<sup>216</sup> Cfr. il documento *Closing the Gap in a Generation Health Equity Through Action on the Social Determinants of Health*, [Report dell'OMS](#), 24 novembre 2011. Neppure in un contesto quale quello nazionale, caratterizzato da un diffuso riconoscimento del diritto alle cure – garantite in modo gratuito agli indigenti in virtù dell'art. 32 Cost. e per via dell'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale che estenderebbe le prestazioni assistenziali in modo universale, uguale ed equo (nei principi della l. 833/1978) si riesce a raggiungere un risultato ottimale. Si pensi al caso dell'assistenza odontoiatrica, la quale non è generalmente a carico del SSN; salvo cioè alcune eccezioni, quali i programmi di tutela della salute odontoiatrica nell'età evolutiva (0-14 anni) e le cure per determinate categorie di soggetti in condizioni di particolare vulnerabilità (in virtù del D.lgs. 502/1992 ss. mm. ii., che definisce i criteri per i LEA, e dal D.P.C.M. 12 gennaio 2017 che li definisce attualmente). A ciò si aggiunga che, a fronte di una tutela del diritto alle cure in singoli ordinamenti nazionali, i diritti sociali incontrano molti limiti sul fronte sovranazionale: C. PANZERA, [I diritti sociali in bilico. Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali](#), in questa *Rivista*, [Studi 2015/II](#), 490 ss.; per tutti, da ultimo, A. APOSTOLI, *Diritti sociali senza diritti politici nel costituzionalismo multilevel*, in [federalismi.it](#), n. 4 del 2022, 25 ss.

<sup>217</sup> Sul transumanesimo, v. la definizione offerta in N. BOSTROM, *Intensive Seminar on Transhumanism*, New Haven, 2003. Per una riflessione che lambisca la questione dei neurodiritti, cfr. l'intervento di G. MARRAMAO, *Quale futuro per il Post-umano? L'Umano*, in *Privacy e neurodiritti. La persona al tempo delle neuroscienze*, cit., 55 ss.; nonché P. BENANTI, *Postumano, troppo umano. Neurotecnologie e human enhancement*, Roma, 2017, in particolare 20 ss.

<sup>218</sup> Sempre dal [sito](#) della NeuroRights Foundation.

<sup>219</sup> A. SIMONCINI, *Il linguaggio dell'intelligenza artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*, in [Rivista AIC](#), n. 2 del 2023, 38-39.

pensi alla *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*<sup>220</sup>, i cui principi e «di qualità e sicurezza» e «di trasparenza, imparzialità ed equità» degli «algoritmi»<sup>221</sup> si riferiscono allo stesso ambito, senza che siano note sufficienti ragioni a favore di una specificità del rischio nel settore neurotecnologico. Si tratterebbe, allora, non già di un'autonoma classe di diritti, ma di una generica aspettativa verso la qualità della tecnologia, a protezione di interessi variegati (ora in ossequio al principio del *neminem laedere*, ora rivolta al contrasto delle diseguglianze sociali, ecc.)<sup>222</sup>.

Un giudizio di sintesi consente di affermare che tutti i nuovi neurodiritti si riferiscano a due fenomeni distinti e, in parte, connessi: l'estrazione informativa e l'interferenza manipolativa nei confronti della persona. Le esigenze di protezione da entrambe le forme di accesso, «in uscita» e «in entrata»<sup>223</sup>, potrebbero essere agevolmente ricondotte – al costo di superare qualche prudenza metodologica – a un unico *nomen* provvisorio: la *neuroprivacy*.

Da un lato, infatti, è stato osservato che il concetto di *privacy* sia «come un vero e proprio “buco nero” che inghiotte un po' tutti i diritti della persona, configurandosi come una sorta di generale diritto all'autodeterminazione»<sup>224</sup>, rispetto al quale la riservatezza propriamente intesa è solo una delle sue specificazioni, mentre la protezione dei dati si considera come un diritto autonomo e ad essa strumentale. E però è indubbio che la riconduzione di problemi differenti in quest'unica macrocategoria abbia prodotto una riflessione ampia e fertile, e che ciò sia vero *a fortiori* in questa fase iniziale delle ricerche<sup>225</sup>. In tal senso, sarebbe utile ai nostri fini servirsi del potenziale di ambiguità e dell'ampiezza semantica del concetto di *privacy*.

Dall'altro lato, dovendo individuare un livello di riferimento per la protezione dell'intimità della persona (tra neuroni, processi neurali, processi cognitivi, mente, psiche, ecc.)<sup>226</sup>, potrebbe accogliersi con favore quel generico riferimento (e forse abusivo) al livello neurale, in linea con il *neurohype* che caratterizza molte delle diverse discipline coinvolte. Quest'opzione «neuroessenzialista» consentirebbe di compiere una *reductio ad unum* di ordine metodologico, perché colloca tutte le forme di ingerenza su un piano laicamente corporeo (e senza il bisogno di evocare tutti i possibili livelli di riferimento).

<sup>220</sup> Adottata dalla Commissione europea per l'efficienza della Giustizia, nel corso della sua 31<sup>o</sup> riunione plenaria, Strasburgo, 3-4 dicembre 2018.

<sup>221</sup> I principi nn. 3 e 4 della Carta: l'uno teso a «rendere le metodologie di trattamento dei dati accessibili e comprensibili, autorizzare verifiche esterne in ordine al trattamento di decisioni e dati giudiziari, utilizzare fonti certificate e dati intangibili con modelli elaborati multidisciplinarmente, in un ambiente tecnologico sicuro»; l'altro evocando «un'esigenza di trasparenza (accesso al processo creativo), imparzialità (assenza di pregiudizi), equità e integrità intellettuale». Sui diversi settori in cui l'impatto dell'AI registra un rilievo giuridico, v. il quadro di A. LONGO, G. SCORZA, *Intelligenza artificiale. L'impatto sulle nostre vite, diritti e libertà*, Milano, 2020.

<sup>222</sup> Su questi profili della regolazione dell'AI, v. A. CELOTTO, [Algoritmi e algoretica: quali regole per l'intelligenza artificiale?](#), in questa [Rivista, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione](#), 1, 2020, 373 ss.

<sup>223</sup> «Questo tipo di doppia proiezione, in entrata e in uscita, è uno dei pericoli in questo momento più rilevanti», secondo O. POLLICINO, *Costituzionalismo, privacy e neurodiritti*, cit., 16.

<sup>224</sup> M. LUCIANI, *Il diritto al rispetto della vita privata: le sfide digitali, una prospettiva di diritto comparato*, [Studi del Servizio Ricerca del Parlamento europeo](#), Bruxelles, 2018, 1. Analogamente, v. A. CERRI, *Riservatezza (Diritto alla)*, *Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXVII, Roma, 1991. Ma un giudizio simile è già in un noto contributo di W. L. PROSSER, *Privacy*, in [California Law Review](#), n. 3 del 1960, 422: «It is evident from the foregoing that, by the use of a single word supplied by Warren and Brandeis, the courts have created an independent basis of liability, which is a complex of four distinct and only loosely related torts; and that this has been expanded by slow degrees to invade, overlap, and encroach upon a number of other fields».

<sup>225</sup> *Ibidem*, 423: «This is not to say that the developments in the law of privacy are wrong. Undoubtedly they have been supported by genuine public demand and lively public feeling, and made necessary by real abuses on the part of defendants who have brought it all upon themselves».

<sup>226</sup> Donde ne verrebbero una «brain privacy»; una «privacy of mind» o «mental privacy», una «neural privacy», una «psychoprivacy»; una «cognitive privacy»; ecc.

Quanto al fondamento della *neuroprivacy*, sia in relazione alle carte dei diritti sovranazionali che alla Carta costituzionale, non emerge l'esigenza di affermare diritti radicalmente nuovi, ma al più il bisogno di vagliare le garanzie di uno spazio la cui inviolabilità è già riconosciuta, mentre l'effettività delle tutele potrebbe – ma non dovrebbe – cedere di fronte alla pervasività delle tecnologie<sup>227</sup>.

### 8. La prospettiva della *neuroprivacy*

La questione dei neurodiritti appare tanto specifica, quanto generale: essa si presenta, da un lato, come declinazione *sui generis* del problema dei “nuovi” diritti costituzionali<sup>228</sup> se non anche dei “nuovi” diritti della personalità che ne sarebbero il *pendant* civilistico<sup>229</sup>; dall'altro lato come un problema più ampio, che convoca il tema del rapporto tra diritto e scienza, della regolamentazione dell'ambiente digitale, della teoria generale del diritto, ecc<sup>230</sup>.

Quanto all'ipotesi dei nuovi diritti, si è tentato di ricomprendere le aspettative definite dalle proposte sul tema nel più ampio quadro della «deduzione lineare o trasversale di diritti impliciti» a quelli costituzionalmente nominati o enucleati dalla giurisprudenza costituzionale<sup>231</sup>. La nostra constatazione di un'inesistenza di diritti radicalmente nuovi, però, non risponde al proposito di avversare le novità, o di contrastare le proposte enunciate nel campo bioetico e neuroscientifico (di cui si condividono le finalità), quanto piuttosto a un'esigenza di parsimonia nella moltiplicazione dei diritti<sup>232</sup>. Questo sforzo mira soprattutto a inquadrare gli eventuali nuovi neurodiritti in una cornice teorico-giuridica che può già ricomprenderli.

Peraltro, è del tutto evidente che le novità tecnologiche giustificherebbero l'ipotesi di una revisione radicale delle categorie concettuali<sup>233</sup>; per contro, è improbabile che una simile revisione possa fondarsi, quanto al fronte teorico, sull'accrescimento sconfinato del catalogo dei valori<sup>234</sup> e,

---

<sup>227</sup> In questo senso, si condivide la prospettiva che afferma il compito di «lavorare insieme per poter dare a quei diritti, sorti dopo una pagina così triste della nostra storia come la violenza nazifascista che ha segnato il nostro territorio, un nuovo vigore, una nuova estensione in un'epoca in cui quello che conosciamo della persona lo guardiamo a una risoluzione diversa con prospettive diverse» (dall'intervento di P. BENANTI, *La dignità della persona al centro dello sviluppo gentile*, in *Privacy e neurodiritti La persona al tempo delle neuroscienze*, cit., 30).

<sup>228</sup> Per l'enunciazione del problema e la sua trattazione, su tutti, F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 1 ss.

<sup>229</sup> Un quadro sintetico sull'evoluzione e sui riferimenti positivi è offerto in G. RESTA, *Dignità, persone, mercato*, Torino, 2014, 73 ss. Basti il richiamo ad alcune voci enciclopediche che ne attestano l'affermazione diacronica: P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIII, Roma, 1991; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milano, 1983, 355 ss. Una prospettiva di critica dogmatica è in G. PINO, *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1 del 2003, 237 ss.

<sup>230</sup> Un'ampia rassegna delle questioni è offerta diffusamente in G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2020.

<sup>231</sup> F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 107.

<sup>232</sup> Si condivide, cioè la «evidenza della frammentarietà e della fragilità di una ricostruzione con sempre nuovi diritti della personalità»; piuttosto il «[p]ersonalismo significa tutela della persona nella sua unitarietà assecondandone la promozione e la realizzazione» (P. PERLINGIERI, *Note sul “potenziamento cognitivo”*, cit., 91). Si tratterebbe di una «tendenza alla partenogenesi disciplinare, una moltiplicazione di “nuove materie” che fanno oggetto di specifico studio i “nuovi diritti” e le tecnologie ad esse riferibili» (R. BIN, *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in AA. VV., *Studi in onore di Luigi Costato*, vol. III, Napoli, 2014, 76).

<sup>233</sup> Le tecnologie ne loro potenziale implicherebbero, nella prospettiva di H. Jonas, l'emergere di un nuovo “problema metafisico” (p. e. in H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità*, Torino, 1997, 33 ss.).

<sup>234</sup> Perché all'aumento delle tutele corrisponde l'aumento dei conflitti tra diritti. Per esempio, la libertà personale potrebbe essere estesa in caso di estensione della *privacy*, ma «da un lato un'estensione della *privacy* potrebbe avvenire solo attraverso l'introduzione di nuovi obblighi, dall'altro lato avrebbe l'effetto di incidere negativamente sullo spazio di altri diritti» (A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in *Teoria politica*, n. 2 del 2000, 10). Per altro verso, è noto che «una

quanto al fronte politico-giuridico, sul motore sociale e democratico che ha sempre caratterizzato l'affermazione dei nuovi diritti<sup>235</sup>. In altri termini, l'ipotesi dei nuovi neurodiritti difetterebbe (ancora) di una nuova teoria e di una nuova prassi (politica<sup>236</sup>) della loro affermazione, anche se non possono escludersi sviluppi futuri. Ciò nonostante, l'esigenza di presidiare la sfera intima e inviolabile della persona nei confronti di nuove tecnologie pervasive può essere pienamente condivisa, così come appaiono giustificati i dubbi sulla effettività delle garanzie attualmente presenti: anche «questa tesi teorica, evidentemente, è descrittiva del “dover essere” del diritto vigente, nel quale è ben possibile che manchi la predisposizione degli obblighi e dei divieti corrispondenti ai diritti stipulati; sicché, in tal caso, quel “dover essere” equivale all’obbligo di introdurli»<sup>237</sup>.

Resta incerto, però, se anche l'emersione di nuove garanzie e di nuove tutele dei “vecchi diritti” possa legittimarsi soltanto «alla luce del “metaprinzipio” della massimizzazione della tutela»<sup>238</sup> o se la loro affermazione debba seguire l'iter ordinariamente elaborato dai modelli di democrazia rappresentativa.

Questa considerazione ci colloca sul fronte più generale, quello del rapporto tra due modelli epistemologici, del diritto e della scienza, con punti di caduta sulla regolamentazione dei settori ad alta densità tecnologica. Qui si confrontano approcci più “apocalittici” e più “integrati”<sup>239</sup>: da un lato affermando che «la tecnica si spinge dove neppure il più pervasivo dei poteri statuali è potuto giungere»<sup>240</sup> e che ciò, di conseguenza, trasfiguri il diritto; dall'altro minimizzando le potenzialità delle nuove tecnologie, anche in considerazione della forte discrasia tra le «magnifiche sorti e progressive» preannunciate e una realtà che stenta a offrire segnali evidenti di questo potere induttivo. Anzi, la prospettazione di un rischio sconfinato e inattuale potrebbe essere la migliore

moltiplicazione dei diritti si traduce in un effetto inflativo, con impoverimenti sulle parti sociali più deboli» (così già G. ROSSI, *La moltiplicazione dei diritti*, Relazione al Convegno *Diritti della persona all'alba del terzo millennio*, Roma, 22 giugno 2007), secondo la tesi dei “diritti a somma zero”, per cui «[o]gni progresso nella tutela di un diritto ha un suo contrappeso, cioè la regressione della tutela di un altro diritto o di un altro interesse» (R. BIN, *Nuovi diritti e vecchie questioni*, cit., 77). Su

<sup>235</sup> Si contesta, cioè che «certe organizzazioni d'interessi [...] preferiscono usare il diritto davanti agli organi giudiziari, piuttosto che battersi per produrlo attraverso i metodi della democrazia rappresentativa» (*Ibidem*, 83). Sui rischi della depoliticizzazione della tutela dei diritti, v. G. ROMEO, *What's Wrong with Depoliticization?*, in [European Law Open](#), n. 1 del 2022, in particolare 11 ss.

<sup>236</sup> Se è vero che «[u]na teoria dei diritti non può che essere “impura”» (G. PRETEROSSO, *I diritti alla prova del “politico”*, in [Ragion pratica](#), n. 2 del 2008, 279).

<sup>237</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1, II ed., Bari, 2012, 35.

<sup>238</sup> A. RUGGERI, [Teoria delle fonti versus teoria dei diritti fondamentali? \(Oscillazioni e aporie di una ricostruzione ordinamentale internamente sfilacciata\)](#), in questa [Rivista](#), [Studi 2022/III](#), 1265. L'Autore evidenzia che l'affermazione di nuovi diritti consolida il riconoscimento di esigenze sorte nelle consuetudini sociali: la positivizzazione di nuovi diritti «per un verso, rafforza e viepiù radica le consuetudini in parola nel corpo sociale e, per un altro verso, incoraggia ed alimenta il processo incessante di rinnovo delle stesse» (A. RUGGERI, [Chi è il garante dei nuovi diritti fondamentali?](#), in questa [Rivista](#), [Studi 2023/I](#), 213). Sul punto v. anche A. RANDAZZO, *Il “metaprinzipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 2 del 2020, 10 giugno 2020, 689 ss. e *funditus* in I. DEL VECCHIO, *La massimizzazione dei diritti fondamentali e la struttura dell'argomentazione giuridica nel costituzionalismo pluralista*, Napoli 2020. *Contra* R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, spec. 63 ss.

<sup>239</sup> Riprende da ultimo la coppia di U. ECO (*Apocalittici e integrati: comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*, Milano 1964) T. E. FROSINI, *Apocalittici o integrati. La dimensione costituzionale della società digitale*, Modena 2021, 1 ss. I due approcci possono caratterizzare anche un passaggio evolutivo della cultura tra fasi storiche distinte, se non anche il percorso intellettuale degli autori: cfr. i due volumi di M. BARBERIS, *Come Internet sta uccidendo la democrazia. Populismo digitale*, Milano, 2020 (più “apocalittico”), e *Id.*, *Ecologia della rete. Come usare internet e vivere felici*, Sesto San Giovanni, 2021 (più “integrato”).

<sup>240</sup> P. STANZIONE, *Relazione introduttiva*, in *Privacy e neurodiritti. La persona al tempo delle neuroscienze*, cit., 10. Potrebbe richiamarsi la lettura più radicale delle caratteristiche e delle potenzialità del nuovo capitalismo della sorveglianza, in una sovversione radicale dalla sua forma tradizionale: S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri* (2019), trad. it. di P. Bassotti, Roma, 2019, in particolare 511 ss.

forma di pubblicità inconsapevole per un complesso di tecnologie che dimostra – allo stato – un’efficacia ancora marginale.

In ogni caso, per quanto sia generalmente condivisa l’obiezione della fallacia naturalistica, non v’è dubbio che le nuove tecnologie stiano pervadendo il discorso giuridico: «il diritto è il campo dei miracoli dove qualsiasi trasformazione può compiersi, o almeno può essere tentata»<sup>241</sup>. Ma la convergenza tra diritto e tecnica, a ben vedere, non sarebbe solo un “abbaglio dei commentatori”<sup>242</sup>, perché i modelli regolatori dei settori tecnologici affidano agli operatori coinvolti il compito di definire le regole di cui sono destinatari: in relazione all’ambito sanitario e alla ricerca scientifica, per via degli *standard* e delle linee guida; nell’ambito della protezione dei dati, attraverso l’autoregolamentazione e l’approccio *by design*; nell’ambito penale e processuale penale, dove si fa strada la tesi che la prova scientifica sia legittimamente ammissibile in quanto scientificamente supportata. Si potrà poi osservare che questi fenomeni non corrispondano a una vera e propria “normatività del fattuale”, ma che siano singolari attribuzioni di un potere normativo diffuso a soggetti diversi da quelli istituzionalmente deputati, e che questo nuovo modello di diritto consuetudinario sia pur sempre fondato su una base convenzionale<sup>243</sup>.

Tali attribuzioni sarebbero singolari, proprio perché il potere normativo e il bilanciamento tra diritti e interessi sono demandati in primo luogo al legislatore e, quindi, agli altri attori istituzionali (nel caso del meta-bilanciamento della Corte costituzionale, delle operazioni di bilanciamento del giudice comune, dell’attività paranormativa delle autorità amministrative indipendenti, del potere regolamentare, ecc.): del resto, l’art. 41 Cost., nel riconoscere la libertà dell’iniziativa economica, ribadisce il ruolo della sola legge nel controllo, nell’indirizzo e nel coordinamento della stessa ai fini sociali e ambientali<sup>244</sup>. Ma la prassi e la regolamentazione dei settori tecnologici sovvertono questo schema<sup>245</sup> coinvolgendo i destinatari delle norme nel bilanciamento tra diritti e interessi, nell’affermazione di nuove tutele e nel perseguimento dell’effettività dei diritti, secondo un’intensità implacabilmente diversa in ragione del rilievo che i destinatari assumono nella società e nel mercato<sup>246</sup>. E pur dubitando che il coinvolgimento degli *stakeholder* tecnologici in questo compito possa davvero ispirarsi a un’etica *human centered*, o alla prospettiva irenica che affida all’ambiente

---

<sup>241</sup> Proprio con riferimento al «divieto di violare la “grande divisione” tra fatti e valori ed incorrere nella “fallacia naturalistica”», R. BIN, *La normatività del fattuale*, Modena, 2021, 7.

<sup>242</sup> *Ibidem*, 59.

<sup>243</sup> È stato autorevolmente argomentato che la consuetudine è pur sempre un accordo consapevole e deliberato dei consociati, anche se tacito o espresso, poiché il comportamento concorde dei consociati e il combinarsi delle aspettative reciproche è per sempre un accordo, una convenzione (B. CELANO, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Roma, 2010, 173 ss.). Si può osservare, in generale, che ««[i]l sistema delle fonti fatto apparire ancora come una nebulosa assai poco definita del nostro universo giuridico-costituzionale, i cui contorni, con il passare del tempo, non hanno perso di incertezza sia per quanto riguarda i loro rapporti con le fonti costituzionali scritte che al proprio interno nella distinzione tra l’una e l’altra» (A. SAITTA, *Prassi, convenzioni, consuetudini costituzionali e gli organi di governo nella realtà costituzionale: un dibattito tra costituzionalisti*, in *Rivista AIC*, n. 4 del 2014, 11).

<sup>244</sup> È infatti c’è chi sostiene «la primazia di una disciplina legislativa di base per clausole generali e norme procedurali, via via affiancata da norme particolari» (A. LAMBERTI, *Libertà di informazione e democrazia ai tempi della società digitale: problemi e prospettive*, in questa *Rivista, Studi 2022/II*, 905).

<sup>245</sup> Per «una riflessione sull’incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche, in particolare, sul sistema delle fonti e sul processo costituzionale», cfr. ampiamente il volume di A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, *passim*.

<sup>246</sup> Non si tratterebbe solo di una singolare attribuzione normativa: «è la *soft law* in quanto tale, con la sua esistenza eteronoma rispetto ad un quadro di legittimazione democratica, a confliggere con il quadro costituzionali degli ordinamenti democratico-pluralistici» (A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino, 2018, 193). Infatti, «[i]n molti casi la neutralità [*i. e.* della norma tecnica] è più apparente che reale in quanto, dietro le norme tecniche, si celano interessi di produttori economici di grandi dimensioni che riescono ad imporre i propri interessi privati sulla decisione politica» (A. MOSCARINI, *Fonti dei privati e globalizzazione*, Roma, 2015, 91). Cfr. anche S. MANNONI, G. STAZI, *Sovranità.com. Potere pubblico e privato ai tempi del cyberspazio*, Napoli, 2021.

digitale la soluzione dei conflitti umani e del rapporto con l'ambiente<sup>247</sup>, si dovrà constatare che il miglioramento tecnologico sia la via più salda per rispondere ai rischi che la stessa tecnologia pone<sup>248</sup>; una via che può essere stimolata, indirizzata e talora anche imposta dal diritto<sup>249</sup>.

In questo spazio si colloca la questione dei neurodiritti, che nella nostra indagine sono stati analiticamente scomposti, quanto alla giustificazione, alla struttura e al contenuto; e poi ricomposti nel concetto unitario di *neuroprivacy*, facendo leva da un lato sulle note ambiguità semantiche del concetto di *privacy*, dall'altro sulla (ingenua) prospettiva fiscalista di riferire tutti i problemi a livello neurale, ancorché nessuna scienza o tecnologia consenta oggi una simile riduzione. Tuttavia, il concetto di *neuroprivacy* ha il pregio di evitare l'irragionevole moltiplicazione dei diritti e di radicarsi interamente nei diritti fondamentali nominati dalle carte sovranazionali, dalla Costituzione e, persino, sul rango delle fonti primarie<sup>250</sup>. La *neuroprivacy* ricomprende lo spazio inviolabile della persona nei confronti di qualsiasi ingerenza indebita, sia essa un'estrazione informativa o una interferenza attiva, richiamando il livello neurale in un approccio metodologicamente riduzionista, ancorché non per questo riduttivo: è la dimensione del corpo il punto di partenza e di arrivo dei diritti, delle libertà, dell'autodeterminazione, della dignità<sup>251</sup>. Non sappiamo se la libertà connoti l'arbitrio, ma di sicuro essa si rivolge al corpo.

Infine, quest'approccio lascia aperte le questioni che non possiamo ancora risolvere, rimarcando i rischi di un'interferenza indebita e ammettendo, al contempo, nuovi equilibri con gli altri diritti e interessi coinvolti nella costruzione di un ambiente futuro in cui affermare e proteggere la libertà "cognitiva"<sup>252</sup>. Una conoscenza sempre migliore delle determinazioni causali dei processi psichici, oltre ad aprire le porte della nostra dimensione più intima, è l'unica base possibile per indagare il senso, le condizioni e i limiti dell'autonomia della mente<sup>253</sup>.

Una prospettiva né apocalittica, né cautamente integrata: in fondo, se è vero che alcune tecnologie possono renderci schiavi, è certo che la scienza ci rende più liberi.

<sup>247</sup> Quanto alla prospettiva "irenica" potrebbe citarsi ancora la *Carta etica sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi* della Commissione europea per l'efficienza della giustizia, il cui primo principio, appunto il «principio del rispetto dei diritti fondamentali» afferma la necessità di «assicurare l'elaborazione e l'attuazione di strumenti e servizi di intelligenza artificiale siano compatibili con i diritti fondamentali», senza alcuna considerazione del problema del conflitto dei diritti. L'ipotesi che il mondo digitale possa contrastare la questione climatica, per tutti, è in L. FLORIDI, *Il verde e il blu. Idee ingenuie per migliorare la politica*, Milano, 2020, in particolare 255 ss.

<sup>248</sup> Appare centrale in questo ambito una riflessione intorno al concetto/principio di precauzione, per la quale si può fare riferimento a S. ZORZETTO, *Misure precauzionali e gestione dei rischi in condizioni d'incertezza*, in M. Biasi, F. Ferraro, D. Griego, S. Zirulia (a cura di), *L'emergenza Covid nel quadro giuridico, economico e sociale: Quattro chiavi di lettura: distanza, disuguaglianza, comunicazione, responsabilità*, Milano, 2021, 235 ss.

<sup>249</sup> Di fronte alle tendenze "concentrazionistiche" delle tecnologie informatiche, bisognerebbe, allora, «abbracciare una diversa impostazione che consenta, attraverso gli istituti regolatori, di mantenere il sistema in equilibrio, tra le sue fisiologiche istanze e pretese egemoniche», così A. CARDONE, "*Decisione algoritmica*" vs. *decisione politica?* A.I. *Legge Democrazia*, Napoli, 2021, 109.

<sup>250</sup> Possiamo anche assumere, quale definizione dei diritti fondamentali, quella secondo cui tali sono «i diritti di cui tutti sono titolari in quanto persone naturali, o in quanto cittadini oppure, ove si tratti di diritti potestativi, in quanto capaci di agire o in quanto cittadini capaci d'agire» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1, II ed., Bari, 2012, 727 e, più in generale, 724 ss.).

<sup>251</sup> Su questi temi, cfr. il collettaneo di A. Sterpa, C. Moroni (a cura di), *Corpo e società. Trasformazioni del convivere*, Napoli, 2021.

<sup>252</sup> Ciò implica una proiezione del principio di proporzionalità nell'ambiente digitale, con particolare riferimento alla proporzionalità *by design*, v. ancora L. TRUCCO, *App Immuni: una storia stran(ier)a e incompiuta*, in [Giustiziainsieme.it](http://Giustiziainsieme.it), 25 giugno 2020, *passim*; sia concesso il richiamo anche a F. GIRELLI, F. CIRILLO, *Immuni e green pass Prospettive di bilanciamento nella pandemia*, in questa *Rivista*, [Studi 2022/I](http://Studi 2022/I), 259 ss. Sul test di proporzionalità, v. da ultimo M. MEZZANOTTE, *La proporzionalità "contesa": Corte di giustizia e giudici nazionali a confronto*, in questa *Rivista*, [Studi 2022/I](http://Studi 2022/I), 318 ss.

<sup>253</sup> Cfr. sul punto le condivisibili osservazioni conclusive di P. SOMMAGGIO, *Neurociviltà o libertà cognitiva?*, in S. Fuselli (a cura di), *Neurodiritto. Prospettive epistemologiche, antropologiche e giuridiche*, Milano, 2016, 150 ss.



**Silvio Troilo**  
**L'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19**  
**nel bilanciamento fra i diritti e i doveri costituzionali\***

**ABSTRACT:** *The essay, also written to honour the memory of Professor Gladio Gemma, dwells on the collective interest to health and on the paradigmatic case of the compulsory vaccination against Covid-19 imposed on certain categories of subjects.*

*The introduction of such an obligation through an act with the force of law, then converted into an Act of Parliament, the purpose of protecting public health and the most fragile persons, and the absence of forced subjection to treatment are elements that highlight the certain constitutional legitimacy of the legislation in question, as held by much of the doctrine, including Gladio Gemma. In fact, in the end, the Constitutional Court also sanctioned the legitimacy of the Covid vaccination obligation, in its rulings No. 14 and No. 15 of 2023.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il diritto individuale e l'interesse collettivo alla salute secondo la Costituzione. – 3. I trattamenti sanitari obbligatori. – 4. La riserva di legge. – 5. Il necessario fondamento scientifico dell'obbligo vaccinale. – 6. L'introduzione dell'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 per alcune categorie di soggetti. – 7. Considerazioni conclusive.

### 1. Premessa

La pandemia di Covid-19 ha costretto l'Italia e gli altri Stati del mondo ad adottare stringenti misure di contenimento della diffusione del virus (come severe restrizioni nell'accesso a molti luoghi o nell'esercizio di svariate attività), inducendoli altresì ad avviare, appena fosse risultato possibile, campagne di vaccinazione di massa della popolazione.

In tale contesto, una parte dei cittadini e degli studiosi ha cominciato ad interrogarsi, non solo in Italia, circa la legittimità di tali misure e, da ultimo, dell'obbligo vaccinale, imposto a talune categorie di cittadini. È stato infatti avanzato il timore che, con la loro imposizione, fosse stato operato uno scorretto bilanciamento fra il diritto all'autodeterminazione individuale, anche riguardo all'adozione di eventuali precauzioni o trattamenti sanitari, e l'interesse collettivo per la salute pubblica e per quella di ciascun membro della società.

Tale problematica ha suscitato l'attenzione anche della dottrina costituzionalistica, nel cui ambito non ha mancato di fornire il suo significativo contributo Gladio Gemma<sup>1</sup>. Benché tanto si sia detto e scritto sull'argomento, non sembra inutile tornare su un tema così rilevante, in dialogo con il compianto studioso ed amico.

### 2. Il diritto individuale e l'interesse collettivo alla salute secondo la Costituzione

Come è ben noto, la Costituzione italiana – ispirandosi tanto al principio personalistico quanto a quello solidaristico – cerca di garantire sia le esigenze individuali che quelle collettive, sancendo all'art. 32 che la salute è “fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività” e precisando che “nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”, la quale, comunque, “non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

---

\*  Destinato anche agli Scritti in memoria di Gladio Gemma. In vista della sede per cui è stato pensato, il saggio è corredato da un apparato bibliografico necessariamente contenuto.

<sup>1</sup> V. G. GEMMA, *L'incompetenza scientifica al potere: nuovo fronte del costituzionalismo liberaldemocratico*, in [Rivista AIC](#), 1/2021, 343 ss.; ID., *La vaccinazione obbligatoria è utile ed è costituzionalmente legittima*, in [Rivista AIC](#), 4/2021, 329 ss.

A ciò si aggiunge l'art. 13, che non riguarda in modo specifico le cure sanitarie ma che, in linea più generale, tutela la libertà fisica e morale. Tale norma, infatti, può essere invocata anche nel caso in cui un soggetto venga forzatamente sottoposto ad un trattamento medico che implichi la manipolazione del suo corpo o la detenzione in un luogo di cura<sup>2</sup>.

Secondo l'opinione maggioritaria in dottrina, le norme costituzionali anzidette (insieme all'art. 2) concorrono a delineare un sistema che prevede il diritto di ogni persona ad autodeterminarsi in ordine alle cure senza distinzione tra aspetto positivo (consenso) e risvolto negativo (dissenso)<sup>3</sup>.

Si tratterebbe di un diritto inviolabile (*ex artt. 13 e 2 Cost.*) che si identifica nella "libertà di disporre del proprio corpo"<sup>4</sup>, fino alla possibilità estrema di lasciarsi morire.

Diversamente, altri studiosi, seguendo letture di tipo olistico, giungono alla conclusione che il diritto alla vita costituisce una meta-norma, che si pone come presupposto logico dello stesso esercizio degli altri diritti costituzionalmente sanciti<sup>5</sup>, legittimando, in tale ottica, il medico a somministrare una terapia anche in presenza del rifiuto del paziente, ove questi versi in situazione di grave e imminente pericolo di vita.

Inoltre, per alcuni – come l'illustre costituente e costituzionalista Costantino Mortati – vi sarebbe anche un "dovere costituzionale alla salute" come principio di ordine pubblico oppure come presupposto per l'adempimento di altri doveri costituzionali tipici (di cui agli artt. 2, 4, 30, 48 e 52 Cost.)<sup>6</sup>, senza per questo trascolorare in un "dovere di mantenere integra la propria salute" astenendosi da qualsivoglia comportamento nocivo<sup>7</sup>.

D'altra parte, dai lavori dell'Assemblea costituente risulta che la cura della propria salute sia stata ritenuta un valore altrettanto importante per l'individuo come per l'intera società. L'on. Merighi propose, infatti, un emendamento aggiuntivo al primo comma dell'art. 32, in modo che la declaratoria della salute come diritto personale e interesse collettivo fosse seguita dall'esplicito richiamo al "dovere" dell'individuo "di tutelare la propria sanità fisica, anche pel rispetto della stessa collettività"<sup>8</sup>. Egli rinunciò poi all'emendamento, dopo che l'on. Tupini, presidente della

---

<sup>2</sup> Cfr., per tutti, A. SIMONCINI-E. LONGO, *Art. 32*, in R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet, Torino, 2006, 667-668. Ed infatti la legge n. 833 del 1978 prevede che i trattamenti sanitari obbligatori (TSO) – che sarebbe più appropriato chiamare coattivi – siano disposti con provvedimento del Sindaco (del Comune di residenza o del Comune dove la persona momentaneamente si trova), quale autorità sanitaria, su richiesta avanzata da qualsiasi medico e convalidata da un medico della struttura pubblica (generalmente l'Ufficiale sanitario). Tuttavia, entro le 48 ore successive, il Sindaco deve comunicare al giudice tutelare del locale tribunale il provvedimento di TSO affinché il giudice, assunte le necessarie informazioni, lo convalidi entro le 48 ore successive. In mancanza, il provvedimento di TSO decade. Inoltre, chi è sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio e chiunque altro vi abbia interesse possono proporre ricorso al tribunale contro il provvedimento convalidato dal giudice tutelare.

<sup>3</sup> In tal senso cfr., per tutti, R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in *Commentario Scialoja-Branca al Codice civile, Delle persone fisiche*, sub art. 5, Zanichelli, Bologna, 1988, 335 ss.

<sup>4</sup> Come sintetizza A. SANTOSUOSSO, *Autodeterminazione e diritto alla salute: da compagni di viaggio a difficili conviventi*, in *Notizie di Politeia*, 1997, 47-48.

<sup>5</sup> In questa direzione cfr., per tutti, A. RUGGERI, *Dignità versus vita?* in *Rivista AIC*, 1/2011, 1 ss. Esemplificativa di una diversa lettura, non olistica, è la posizione di G. GEMMA, *Dignità umana: un disvalore costituzionale?* in *Quad. cost.*, 2/2008, 379 s.

<sup>6</sup> C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, ora in ID., *Raccolta di scritti*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1972, 436-437, pur reputando "in via astratta" esistente un dovere alla salute accanto al corrispondente diritto, ritiene comunque che tale dovere sia in concreto insuscettibile di imposizione coattiva, e che pertanto "rimanga inibita ogni imposizione". Reputano che per la Costituzione sia un disvalore non prendersi cura del proprio corpo, tra gli altri, G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, CISU, Roma, 1995, 42 e, sostanzialmente, M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020, 521 ss.

<sup>7</sup> In ogni caso, diversi Autori ritengono non condivisibile l'affermazione della sussistenza di un "diritto di ammalarsi e, comunque, di lasciarsi morire" (F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Cedam, Padova, 1974, 211). La tutela del diritto alla vita risulterebbe, infatti, prevalente, nello specifico, rispetto al diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario (F. GIARDINA, *Vita (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXVII, 1994, 2; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 43; A. RUGGERI, *Dignità versus vita?* cit., 11 ss.).

<sup>8</sup> Anche perché, a suo avviso, la salute non costituisce solo l'oggetto di un diritto sociale, ma è anche "il primo requisito essenziale per la libertà dell'individuo", in quanto "un individuo malato, o minorato nelle sue capacità fisiche e

“Commissione dei 75”, ebbe osservato che tale principio si poteva considerare implicito già nella formula proposta all’Assemblea e successivamente approvata<sup>9</sup>.

L’interesse collettivo verso la salute individuale è, d’altronde, diffusamente percepito nel vivere sociale ed espresso nelle leggi: attraverso le norme volte a prevenire gli infortuni sul lavoro, che prescrivono agli stessi lavoratori di adottare particolari precauzioni; attraverso l’obbligo imposto agli automobilisti e ai motociclisti di indossare la cintura di sicurezza ed il casco; attraverso le limitazioni poste all’uso di sostanze alcoliche e stupefacenti; e così via. Tutte queste norme limitano, in qualche misura, le libertà individuali, ma lo fanno in nome dei valori della salute e della vita<sup>10</sup>.

Dunque, affermando che la salute è un interesse della collettività, la Costituzione proclama che la vita di ciascuno (nelle migliori condizioni possibili) non riguarda solo ed esclusivamente se stessi. Ed infatti anche Gladio Gemma, pur aderendo alla prospettiva della autodeterminazione individuale in ordine alla salute, ha puntualizzato che “il diritto di rifiutare le cure può subire limitazioni oltre i limiti dell’art. 32 Cost.”, per soddisfare, oltre alla salute collettiva, “gli interessi che stanno alla base dei doveri costituzionali” di lavorare, curare i figli, difendere la Patria ed impegnarsi in caso di calamità naturali<sup>11</sup>.

Nondimeno, come rileva lo stesso Gemma, “hanno preso il sopravvento, nella comparazione di valori rilevanti nella materia de qua, l’interesse ed il principio della libertà di disporre del proprio corpo nei confronti di una doverosità di preservazione della salute o del mantenimento in vita dell’individuo anche mediante interventi coercitivi, se necessitati per la cura di malattie ad esito altrimenti mortale”<sup>12</sup>. Dunque, l’interpretazione prevalente della Costituzione è ormai nel senso che i trattamenti sanitari possono essere legittimamente imposti esclusivamente nei casi in cui non soltanto vi sia una legge a prevederlo, ma ciò sia necessario per tutelare l’interesse alla salute e all’incolumità degli altri consociati.

In tutti gli altri casi, si ritiene dai più che la Costituzione dia la prevalenza al principio di autodeterminazione individuale, per cui sarebbe illegittimo qualsiasi trattamento sanitario applicato contro il consenso dell’avente diritto (che sia capace di intendere e di volere), ancorché per salvaguardare il suo benessere<sup>13</sup>.

In tale direzione si è evoluta pure la giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>14</sup>.

Pur avendo evidenziato che “la disciplina costituzionale della salute comprende due lati, individuale e soggettivo l’uno (la salute come ‘fondamentale diritto dell’individuo’), sociale e oggettivo l’altro (la salute come ‘interesse della collettività’)”, – lati che “talora p[ossono] entrare in conflitto ..., secondo un’eventualità presente nei rapporti tra il tutto e le parti”<sup>15</sup> – la Consulta ha avuto modo di precisare che “la lettera del primo comma dell’art. 32 della Costituzione, che non a caso fa precedere il fondamentale diritto della persona umana alla salute all’interesse della collettività

---

intellettuali, non è più un uomo libero” (v. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. II, Roma, 1970, 1219).

<sup>9</sup> Ivi, 1225.

<sup>10</sup> Nonché per le ripercussioni degli infortuni e malattie “in termini di costi sociali sull’intera collettività, non essendo neppure ipotizzabile che un soggetto, rifiutando di osservare le modalità dettate in tale funzione preventiva, possa contemporaneamente rinunciare all’ausilio delle strutture assistenziali pubbliche ed ai presidi predisposti per i soggetti inabili” (*Corte cost., sent. n. 180 del 1994*).

<sup>11</sup> G. GEMMA, *Diritto a rifiutare cure ed interessi costituzionali diversi dalla salute pubblica*, in *Rivista AIC*, 2/2017, 19 ss.

<sup>12</sup> G. GEMMA, *La vaccinazione obbligatoria*, cit., 353.

<sup>13</sup> Per una panoramica complessiva sugli orientamenti della dottrina, v. G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l’art. 32, co. 2 Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 85 ss.; L. CHIEFFI *Il diritto all’autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, *passim*.

<sup>14</sup> Su cui v., in particolare, F. MINNI-A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, 3/2013.

<sup>15</sup> *Sent. n. 118 del 1996*.

alla medesima, ed i precedenti giurisprudenziali, inducono a ritenere sicuramente superata l'originaria lettura in chiave esclusivamente pubblicistica del dettato costituzionale in materia"<sup>16</sup>.

Tale visuale è stata fatta propria dalla recente legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento"<sup>17</sup>.

Nonostante la lettura preminentemente individualistica del diritto alla salute, la Consulta ha rilevato che esso non prevale sempre e comunque su tutti gli altri diritti e interessi considerati dalla Costituzione.

Occorre infatti procedere a "una valutazione sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro"<sup>18</sup>. In particolare, nella [sentenza n. 85 del 2013](#) sull'Ilva di Taranto, la Corte costituzionale ha sottolineato che non esistono diritti "tiranni" non bilanciabili, e dunque non limitabili. Non lo è nemmeno il diritto alla salute, pur definito "fondamentale" dall'art. 32, primo comma, Cost.

Così, anche le incisive restrizioni imposte, a seguito della pandemia di Covid-19, a numerosi diritti – a cominciare da quelli di circolazione, di riunione (anche a scopo religioso o politico), di iniziativa economica e di lavoro – sono state oggetto di bilanciamento e hanno dovuto rispettare il principio di proporzionalità<sup>19</sup>.

### 3. I trattamenti sanitari obbligatori

Oltre a comportare la possibile limitazione di numerosi altri diritti ed interessi di rilievo costituzionale, l'interesse collettivo alla salute può condurre a comprimere l'autodeterminazione individuale in tale campo, altrimenti garantita, come si è visto, al massimo grado.

Infatti, come anticipato, la stessa Costituzione, all'art. 32, secondo comma, prevede che "nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"<sup>20</sup>. Pertanto, come eccezione alla regola generale, la legge può obbligare le persone a sottoporsi ad un determinato trattamento<sup>21</sup>, in quanto la tutela della salute implica anche il "dovere dell'individuo di

---

<sup>16</sup> [Sent. n. 184 del 1986](#). Peraltro, è stato evidenziato che il diritto alla autodeterminazione viene richiamato nella giurisprudenza costituzionale "non ai fini di legittimare il rifiuto di un trattamento sanitario, bensì ne viene sottolineato il profilo della scelta libera e consapevole; in altre parole, per quanto opinabile e incerta possa essere la distinzione fra libertà negative e libertà positive, è indubbio che la Corte costituzionale in questa pronuncia [[n. 438 del 2008](#)] ponga l'accento sulla libertà di (scegliere, secondo l'art. 13 Cost.) e non sulla libertà da (i trattamenti sanitari, ex art. 32, comma 2 Cost.)" (R. BALDUZZI-D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, 4964 ss.).

<sup>17</sup> La legge, infatti, sancisce che "nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge" (art. 1, comma 1). "Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale" (art. 1, comma 6). Tuttavia, "nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'equipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente [solo] ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla" (art. 1, comma 7).

<sup>18</sup> [Corte cost., sent. n. 264 del 2012](#).

<sup>19</sup> Infatti, il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, fondamento delle misure anti-pandemiche, ha disposto che tali misure dovessero essere adottate nel rispetto del principio di proporzionalità e adeguatezza al rischio effettivamente presente sul territorio (art. 1, comma 2).

<sup>20</sup> La nozione, anche giuridica, di "trattamento sanitario" risulta pacificamente "comprensiva non solo dei trattamenti curativi (di un processo morboso in atto) e riabilitativi (volti al recupero dell'integrità fisica intesa in senso funzionale), ma anche di quelli effettuati a titolo di prevenzione" (D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano 2002, 172; R. PINARDI, *Pandemia da Covid-19 e obbligo vaccinale per i lavoratori: quali limiti costituzionali?* in R. Pinardi (a cura di), *L'obbligo vaccinale dei lavoratori durante l'emergenza sanitaria*, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi*, 1/2021, 6).

<sup>21</sup> Poiché ai sensi dell'art. 32 Cost. i trattamenti sanitari devono essere "determinati", è stato messo in rilievo, nell'ottica della salute come diritto individuale di libertà, che risulterebbe costituzionalmente illegittima una disciplina legislativa che disponesse "un generale obbligo di curarsi": la legge potrebbe imporre solo "singoli trattamenti sanitari"

non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri"<sup>22</sup>.

Tuttavia, l'imposizione in oggetto deve sottostare a certe condizioni (più restrittive di quelle generali contemplate dall'art. 23 Cost.)<sup>23</sup>, ben riassunte dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 307 del 1990](#). Occorre, infatti, che il trattamento sanitario:

a) "sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale";

b) sia imposto solo ove si valuti che esso "non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili";

c) sia accompagnato dalla previsione – nella pur improbabile ipotesi di danno alla salute del soggetto – della corresponsione di un'equa indennità, a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria.

Tale orientamento appare in sintonia con i recenti pronunciamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di vaccinazioni obbligatorie<sup>24</sup>, nei quali si afferma apertamente che simili obblighi "*can be regarded as being 'necessary in a democratic society'*".

Il giudice sovranazionale, pronunciandosi in particolare sulla legittimità di una decisione che aveva sanzionato il mancato rispetto della legislazione della Repubblica Ceca sull'obbligo vaccinale infantile, ha statuito che il principio di solidarietà sociale e la proporzionalità delle restrizioni richieste dalla legge per la tutela della salute di tutti i membri della società escludono la violazione dell'art. 8 della CEDU, che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

#### 4. La riserva di legge

Se, dunque, sul piano sostanziale è indiscutibilmente possibile imporre un trattamento sanitario, anche preventivo come una vaccinazione (nel rispetto delle condizioni anzidette), occorre verificare da ultimo quali siano le modalità per farlo, che implicano anche un bilanciamento con i diritti individuali.

La stessa Costituzione richiede che la decisione sia assunta dal legislatore<sup>25</sup>.

---

e comunque mai "in modo polivalente, cioè per scopi cumulati o indifferenziati" (P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 385).

<sup>22</sup> [Corte cost., sent. n. 218 del 1994](#).

<sup>23</sup> Rappresentando, come accennato, un'eccezione rispetto a quanto è garantito ad ogni persona dal primo comma dell'art. 32 (cfr., per tutti, P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2005, 434; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, cit., 37-38).

<sup>24</sup> In particolare *Vavrička e altri c. Repubblica Ceca*, 8 aprile 2021, su cui v. M.L. LO GIACCO, *Vaccini obbligatori e obiezione di coscienza dei genitori (La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Vavrička ed altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021)*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2021, 272 ss.; G. GOTTI, *La necessità in una società democratica degli obblighi vaccinali per i minori (nota a margine della sentenza della Corte EDU Vavrička e altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021)*, [ivi](#), 4/2021, 356 ss.; M. TOMASI, *La proporzionalità degli obblighi vaccinali nella lettura della Corte Edu*, in *Quad. cost.*, 2021, 445 ss.

<sup>25</sup> Come è noto, la dottrina è divisa tra chi vede in tale prescrizione una riserva assoluta di legge, viepiù rinforzata dalla previsione del necessario rispetto della persona umana (in questo senso, *ex plurimis*, A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1967, 87-88; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 28-29; P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 385; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, cit., 192 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 434) e chi ritiene, al contrario, che si tratti di una riserva relativa (tra gli altri, A.M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo (profili costituzionali)*, in *Dir. soc.*, 1978, 516; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Dir. soc.*, 1979, 900; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (a proposito del rifiuto di trasfusioni di sangue)*, in

Secondo la Corte costituzionale<sup>26</sup> e parte della dottrina<sup>27</sup>, la riserva di legge si atteggia diversamente a seconda delle situazioni: infatti, occorre distinguere il trattamento coattivo, il quale sarebbe soggetto a riserva di legge assoluta e a riserva di giurisdizione – per cui potrebbe essere disposto solo dall'autorità giudiziaria nei casi e modi stabiliti dalla legge –, dal trattamento sanitario obbligatorio, il quale sarebbe soggetto ad una riserva di legge relativa, e dunque potrebbe essere imposto anche dalle autorità amministrative e sanitarie.

In effetti, secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale, le vaccinazioni imposte per legge devono annoverarsi tra i trattamenti sanitari obbligatori, per cui sono soggette a riserva relativa. Inoltre, è stato precisato che “la riserva di cui all’art. 32 Cost. non è, specificamente, di ‘legge formale’ e può, dunque, essere costituzionalmente soddisfatta anche mediante l’adozione di un decreto-legge, fatti salvi i requisiti di ‘straordinaria necessità ed urgenza’ dettati dall’art. 77 Cost”<sup>28</sup>.

La Consulta ha riconosciuto anche la piena potestà legislativa statale in materia di determinazione dell’obbligo vaccinale, escludendo la facoltà delle Regioni di modificare l’obbligo introdotto a livello nazionale e assegnando ad esse, di conseguenza, una mera competenza sussidiaria da realizzare nel rispetto delle previsioni contenute nella normativa statale<sup>29</sup>.

### 5. Il necessario fondamento scientifico dell’obbligo vaccinale

L’apprezzamento della necessità di imporre un obbligo vaccinale e dell’urgenza di farlo “rientr[a] nella discrezionalità – e nella responsabilità politica – degli organi di governo”, come ha rilevato la Corte costituzionale<sup>30</sup>.

Peraltro, per imporre obblighi di questo tipo – e, più in generale, per assumere decisioni nel campo della salute pubblica – occorre che sussistano dati scientifici attendibili, anche se non necessariamente definitivi e totalmente incontrovertibili.

Infatti, quella che è stata definita “ragionevolezza scientifica” sembra ormai rappresentare una dimensione ulteriore - non limitata al contesto medico-sanitario – delle leggi ordinarie<sup>31</sup>.

---

*Dir. soc.*, 1982, 309; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, 558 ss.; M. LUCIANI, voce *Salute I) Diritto alla salute - Dir. cost.*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, 1991, 10). Sul carattere rinforzato della riserva di legge insistono L. CHIEFFI, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, in *Pol. dir.*, 1997, 601; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari “non obbligatori”*, cit., 313; S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico*, Jovene, Napoli, 1986, 189.

<sup>26</sup> Da ultimo, [sentt. n. 22](#) e [n. 127 del 2022](#) (con nota di E. DALY, *La distinzione fra trattamento sanitario “obbligatorio” e trattamento sanitario “coattivo” nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale. Luci e ombre*, in *Corti supreme e salute*, 3/2022, 1 ss.).

<sup>27</sup> Cfr., per tutti, M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all’art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, 455 ss.

<sup>28</sup> [Corte cost., sent. n. 5 del 2018](#).

<sup>29</sup> V. ancora la [sent. n. 5 del 2018](#). Nella [sent. n. 37 del 2021](#), la Corte ha più ampiamente riconosciuto allo Stato la competenza ad adottare “ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso ovvero a prevenirla”, compresa, quindi, l’imposizione di vaccinazioni obbligatorie (fondando peraltro tale competenza, diversamente dal passato, sul titolo della profilassi internazionale e suscitando, sul punto, perplessità in dottrina: cfr., *ex plurimis*, M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in questa *Rivista*, 2021/I, 334-335; D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all’emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2021, 14 ss.; R. PINARDI, *Pandemia da Covid-19*, cit., 24-25).

<sup>30</sup> [Sent. n. 5 del 2018](#), in cui si sottolinea altresì che “la copertura vaccinale è strumento di prevenzione e richiede di essere messa in opera indipendentemente da una crisi epidemica in atto. Deve perciò concludersi che rientra nella discrezionalità del Governo e del Parlamento intervenire prima che si verifichino scenari di allarme”.

<sup>31</sup> Cfr., per tutti, S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2009, 817 ss.; ma v. anche G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D’Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, 31 ss.

A partire dalle [sentenze n. 185 del 1998](#) (sulla “terapia Di Bella”) e [n. 282 del 2002](#) (sull’uso dell’elettroshock), la Consulta ha sottolineato come le valutazioni scientifiche spettino, innanzitutto, ai competenti organi tecnici. Nel rispetto di tali valutazioni, spetta poi al legislatore disciplinare una fattispecie in cui occorra tenere conto di elementi tecnico-scientifici. L’uso che il legislatore fa di quegli elementi può essere sindacato dalla Corte costituzionale solo in presenza di una evidente irragionevolezza, che può configurarsi in caso di “contrasto con ... i sicuri riferimenti scientifici o la forte rispondenza alla realtà delle situazioni che il legislatore ha inteso definire” oppure quando dalla disciplina emerga “che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale livello di indeterminazione da non consentire in alcun modo un’interpretazione ed un’applicazione razionali da parte del giudice”<sup>32</sup>.

Dunque, rappresenta punto fermo della giurisprudenza costituzionale il riconoscimento di spazi di autonomia a favore della scienza medica, rispetto sia alla discrezionalità del legislatore che ai poteri dell’autorità giudiziaria, oltre che in relazione allo stesso sindacato della Consulta<sup>33</sup>.

La Corte costituzionale ha indicato, comunque, una sorta di clausola di salvaguardia, affermando che, “qualora entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali” oltre a quello alla salute – o vi siano situazioni in cui lo stato di incertezza scientifica legittimi un intervento anche nel merito delle scelte terapeutiche –, il legislatore può dettare proprie norme, comunque alla luce delle acquisizioni scientifiche accertate o accertabili<sup>34</sup>.

#### 6. L’introduzione dell’obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 per alcune categorie di soggetti

Dopo aver promosso la vaccinazione contro il Covid-19 attraverso campagne di sensibilizzazione (accompagnate dalla gratuità e dalla capillarità della somministrazione), il Governo, con successivi decreti-legge, ne ha imposto l’obbligo a determinate categorie di soggetti<sup>35</sup>: dapprima agli esercenti le professioni sanitarie e agli operatori di interesse sanitario<sup>36</sup>; quindi a carico dei lavoratori impiegati in strutture residenziali, socio-assistenziali e socio-sanitarie, del personale scolastico del sistema nazionale di istruzione e delle altre istituzioni scolastiche, educative per l’infanzia, di formazione professionale e tecnica superiore, del personale universitario, dei lavoratori del comparto della difesa, sicurezza e soccorso pubblico nonché della polizia locale, del personale amministrativo della sanità e di quello esercente attività lavorativa all’interno degli istituti di pena alle dipendenze dei Dipartimenti dell’Amministrazione penitenziaria e per la Giustizia minorile<sup>37</sup>.

I decreti-legge si esprimevano inequivocabilmente nel senso dell’obbligo vaccinale, anche se l’adempimento dello stesso pareva configurabile come onere, dato che “la vaccinazione costitui[va]

---

<sup>32</sup> [Corte cost., sent. n. 114 del 1998](#).

<sup>33</sup> Cfr., *ex plurimis*, [sent. n. 282 del 2002](#) e [n. 151 del 2009](#). Per una ricostruzione dell’orientamento della Consulta sul tema sia consentito rinviare a S. TROILO, *La Corte costituzionale e le questioni tecnico-scientifiche in materia sanitaria*, in *Quad. cost.*, 2020, 355 ss.

<sup>34</sup> [Sent. n. 185 del 1998](#). In presenza, poi, di “circostanze peculiari ed eccezionali e di un anomalo contesto” e per proteggere interessi costituzionalmente rilevanti ([sent. n. 274 del 2014](#) sul “caso Stamina”, ma anche [sent. n. 185](#) cit. sul “caso Di Bella”), è ammessa una deroga – temporalmente circoscritta – all’operatività del principio summenzionato.

<sup>35</sup> Tranne “in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale, nel rispetto delle circolari del Ministero della salute in materia di esenzione dalla vaccinazione anti SARS-CoV-2” (art. 4, comma 2, d.l. n. 44/2021, come sostituito dal d.l. n. 172/2021). Inoltre, il d.l. 22 aprile 2021, n. 52, convertito con modificazioni dalla legge n. 87/2021 e successivamente modificato dal citato d.l. n. 172, ha previsto l’onere del possesso del c.d. *green pass* per svolgere molte attività, anche lavorative, e per accedere a numerosi luoghi.

<sup>36</sup> Ai sensi dell’art. 4 d.l. 1° aprile 2021, n. 44, convertito con modificazioni dalla legge n. 76/2021.

<sup>37</sup> Ai sensi degli artt. 4-bis e 4-ter del d.l. n. 44/2021, aggiunti rispettivamente dalla legge n. 133/2021 e dal d.l. 26 novembre 2021, n. 172, convertito con modificazioni dalla legge n. 3/2022 (nonché dal d.l. 7 gennaio 2022, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge n. 18/2022, quanto al personale universitario e dell’alta formazione artistica, musicale e coreutica, nonché ai frequentanti tirocini sanitari).

requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati" (artt. 4, co. 1, e 4-ter, co. 2)<sup>38</sup>.

Da ultimo, il d.l. 7 gennaio 2022, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge n. 18/2022, ha introdotto nel precedente decreto n. 44 l'art. 4-*quater*, con il quale l'obbligo vaccinale è stato esteso a tutte le persone che avessero compiuto il cinquantesimo anno di età (tranne in caso di accertato pericolo per la salute o di intervenuta infezione da SARS-CoV-2), in quanto i dati scientifici raccolti a livello mondiale indicavano una maggiore pericolosità del virus per i soggetti più anziani, anche se non portatori di altre patologie.

Ora, l'introduzione dell'obbligo vaccinale attraverso un atto avente forza di legge, la finalità di tutela della salute pubblica e delle persone più fragili, l'assenza di sottoposizione coattiva al trattamento rappresentano elementi che fanno propendere per la sicura legittimità costituzionale della normativa in questione, come ha ritenuto anche Gladio Gemma<sup>39</sup>. Né tale normativa può ritenersi irragionevole – in considerazione delle specifiche mansioni svolte dai destinatari dell'obbligo, delle condizioni di maggiore fragilità delle persone ultracinquantenni<sup>40</sup>, nonché della mancata adesione volontaria alla campagna di vaccinazione di una parte, minoritaria ma non ininfluenza, dei soggetti obbligati – e neppure discriminatoria, dal momento che solo la libera scelta dell'obbligato di non immunizzarsi determinava l'irrogazione delle sanzioni previste<sup>41</sup>.

Facendo puntuale applicazione dei principi fin qui esaminati, il Consiglio di Stato, respingendo un ricorso collettivo di alcuni esercenti professioni sanitarie e operatori di interesse sanitario del Friuli Venezia Giulia<sup>42</sup>, ha esplicitato che la vaccinazione obbligatoria selettiva introdotta dal d.l. n. 44/2021 risponde ad una chiara finalità di tutela non solo del personale sanitario (sulla base del principio personalista sancito dalla Costituzione), ma anche dei pazienti ed utenti della sanità, pubblica e privata, secondo il principio di solidarietà, che anima anch'esso la Costituzione. Infatti, "il legislatore, in una situazione pandemica che vede il diffondersi di un virus a trasmissione aerea, altamente contagioso e spesso letale per i soggetti più vulnerabili per via di malattie pregresse ... e dell'età avanzata, ha il dovere di promuovere e, se necessario, imporre la somministrazione dell'unica terapia

---

<sup>38</sup> Infatti, in caso di inadempienza, i soggetti obbligati – dopo essere stati invitati a provvedere all'immunizzazione – dovevano essere sospesi dall'attività lavorativa, senza diritto alla retribuzione o ad altri compensi ed emolumenti, ma con diritto alla conservazione del rapporto di lavoro e senza conseguenze disciplinari. Solo a seguito del d.l. n. 1/2022 è stata disposta, in aggiunta, l'irrogazione della stessa sanzione amministrativa pecuniaria di 100 euro prevista per le persone ultracinquantenni che non si fossero sottoposte alla vaccinazione.

<sup>39</sup> G. GEMMA, *La vaccinazione obbligatoria*, cit., spec. 354-355.

<sup>40</sup> Al riguardo, nell'individuare come discrimine l'età di 50 anni, il legislatore ha esercitato la sua discrezionalità, sulla base, comunque, di elementi scientifici relativi alla maggiore fragilità delle persone meno giovani di fronte al virus.

<sup>41</sup> Cfr., per tutti, B. LIBERALI, *Vaccinazioni contro il Covid-19: obbligo e nuove forme di obiezione di coscienza?* in *Diritti Comparati*, 15 aprile 2021; R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)*, in *Questione Giustizia*, 6 settembre 2021, 6.

Non sembrano porsi dubbi neppure rispetto all'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo cui "... nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: – il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; ...". Infatti la Carta di Nizza vincola gli Stati membri solo quando essi si trovino ad applicare il diritto dell'Unione. Inoltre, ove i diritti della Carta corrispondano a quelli garantiti anche dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il loro significato e la loro portata, comprese le limitazioni ammesse, sono identici a quelli della CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, che ammette, come già segnalato, le vaccinazioni obbligatorie. Ed infatti sia il TAR Lombardia, Sez. I, 17 gennaio 2022, n. 109 (con nota di M. GASPARRO, *Obbligo vaccinale per il personale sanitario: il giudice amministrativo fa il punto alla luce della normativa europea e costituzionale*, in *Corti Supreme e Salute*, 1/2022, 31 ss.) che il Consiglio di Stato, Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045 (punti 36.6 ss.) hanno ritenuto "insussistenti i presupposti dell'obbligo di disapplicazione della norma interna confliggente con il diritto euro-unitario".

<sup>42</sup> Cons. Stato, Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, con nota di V. DE SANTIS, *L'obbligo vaccinale nella società della sfiducia. Considerazioni intorno alla sent. del Consiglio di Stato, III sez. 20 ottobre 2021, n. 7045*, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2021, 286 ss.



– quella profilattica – in grado di prevenire la malattia o, quantomeno, di scongiurarne i sintomi più gravi e di arrestare o limitarne fortemente il contagio”<sup>43</sup>.

Alla fine, anche la Corte costituzionale ha sancito in modo inequivocabile la legittimità dell’obbligo vaccinale contro il Covid-19, con le [sentenze n. 14](#) e [n. 15 del 2023](#). Sono state ritenute, infatti, non irragionevoli, né sproporzionate le scelte del legislatore sull’obbligo imposto – nello specifico – al personale sanitario, sulla scorta dei risultati raggiunti dal mondo scientifico, “anche se l’efficacia vaccinale non [era] pari al 100% (come del resto tutti gli altri vaccini)” e se “esiste[va] e non [era] evitabile un rischio di evento avverso (anche grave) con riferimento ai vaccini e, ancor prima, a tutti i trattamenti sanitari”<sup>44</sup>. La misura, infatti, “ha consentito di perseguire, oltre che la tutela della salute di una delle categorie più esposte al contagio, ‘il duplice scopo di proteggere quanti entrano con loro in contatto e di evitare l’interruzione di servizi essenziali per la collettività’”<sup>45</sup>.

### *7. Considerazioni conclusive*

Non vi sono dubbi, quindi, sulla piena legittimità dell’imposizione di un obbligo vaccinale contro il Covid-19, data la rilevanza che la Costituzione riconosce non solo al diritto individuale, ma anche all’interesse collettivo alla salute, tale da giustificare la compressione di altri interessi pubblici e privati pur meritevoli di tutela.

Resta inteso che una tale compressione deve rappresentare l’esito di un necessario bilanciamento, basato sui canoni di ragionevolezza e proporzionalità. Canoni che devono ritenersi rispettati ove il pericolo per la salute collettiva non sia evitabile con misure – di agevole e tempestiva applicazione – “alternative all’imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio, in quanto in caso contrario lo Stato sarà tenuto a porre in essere le misure, diverse dai trattamenti sanitari obbligatori, in grado di evitare il pericolo per la salute collettiva senza il sacrificio della libertà personale dei cittadini”<sup>46</sup>.

Peraltro, come ci ricorda Gladio Gemma, “il criterio del bilanciamento deve operare a favore della libertà solo se c’è eccesso di limitazione della stessa: non è la limitazione in sé, bensì solo la eventuale misura ingiustificata di quest’ultima può rendere illegittima la restrizione della libertà.

Pertanto è irrazionale la critica dei trattamenti sanitari obbligatori (e non solo di questi, se consideriamo l’art. 23 Cost.) sulla base di un loro contrasto con la libertà, senza tener conto della misura della limitazione di quest’ultima. Se una norma giuridica consente di porre vincoli, si potranno

---

<sup>43</sup> Sent. n. 7045 cit., punto 30.2. Anche perché “le risultanze statistiche evidenziano ... l’esistenza di un bilanciamento rischi/benefici assolutamente accettabile e i danni conseguenti alla somministrazione del vaccino per il SARS-CoV-2 devono ritenersi, considerata l’estrema rarità del verificarsi di eventi gravi e correlabili, rispondenti ad un criterio di normalità statistica” (punto 29.1).

<sup>44</sup> V., rispettivamente, la [sent. n. 15](#) (pt. 11.1) e la [sent. n. 14](#) (pt. 5.3). D’altra parte, “non risultavano, a quel tempo, misure” alternative “altrettanto adeguate”. Non lo era, in particolare, “l’effettuazione periodica di test diagnostici dell’infezione da SARS-CoV-2. Innanzitutto, perché, dovendo essere effettuati con una cadenza particolarmente serrata (e cioè ogni due o tre giorni), avrebbero avuto costi insostenibili e avrebbero comportato un intollerabile sforzo per il sistema sanitario, già impegnato nella gestione della pandemia, tanto a livello logistico-organizzativo, quanto per l’impiego di personale. D’altro canto, l’esito del test non è immediatamente disponibile rispetto al momento della sua effettuazione: esso, pertanto, nasce già ‘obsoleto’” ([sent. n. 14](#), pt. 13.1).

<sup>45</sup> [Sent. n. 15](#), pt. 11.2, che richiama la precedente [sent. n. 268 del 2017](#). Sono state ritenute infondate anche le questioni relative alla previsione che escludeva, in caso di inadempimento dell’obbligo vaccinale e per il periodo di sospensione dall’attività lavorativa, la corresponsione di un assegno a carico del datore di lavoro per chi sia stato sospeso. Infatti, “il riconoscimento dell’assegno alimentare si giustifica alla luce della necessità di assicurare al lavoratore un sostegno allorquando la temporanea impossibilità della prestazione sia determinata da una rinuncia unilaterale del datore di lavoro ad avvalersene e da atti o comportamenti che richiedono di essere accertati in vista della prosecuzione del rapporto; ben diverso è il caso in cui, per il fatto di non aver adempiuto all’obbligo vaccinale, è il lavoratore che decide di sottrarsi unilateralmente alle condizioni di sicurezza che rendono la sua prestazione lavorativa ... legittimamente esercitabile” ([sent. n. 15](#), pt. 14.4).

<sup>46</sup> Come ha puntualizzato TAR Lazio, sez. III *quater*, sentt. 2 ottobre 2020, n. 10047 e 2 ottobre 2020, n. 10048.

contestare singoli vincoli per l'eccesso eventuale di limitazione, ma non la possibilità di imporre vincoli"<sup>47</sup>.

Occorre infatti evitare – come ha sempre fatto, con lucidità e passione, l'illustre Autore di cui onoriamo la memoria – ogni visione “assolutizzante, unidirezionale e riduttivistica, altrettanto contraria alla Costituzione, del diritto alla salute” (e di ogni altro diritto) “come appannaggio esclusivo dell'individuo, insensibile al benessere della collettività e al già richiamato principio della solidarietà a tutela dei più fragili”<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> G. GEMMA, *La vaccinazione obbligatoria*, cit., 352.

<sup>48</sup> Come sottolinea anche il Consiglio di Stato (Sez. III, sent. n. 7045 cit., punto 34.6; Commissione speciale, parere 26 settembre 2017, n. 2065). D'altronde, come evidenzia ancora G. GEMMA, *La vaccinazione obbligatoria*, cit., 348 (analogamente a L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, Torino, 2014, 62), “i diritti possono affermarsi e crescere solo in una società ben ordinata che riconosca limiti e responsabilità, doveri effettivi e vincoli di solidarietà”.

Luca Di Majo

Una legge «radicalmente oscura» è incompatibile con la Costituzione.  
Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 110/2023\*

**ABSTRACT:** *The Constitutional Court, with its judgment n. 110/2023, returns to the issue of the quality of legislation. The case law on the subject has often been vague, because of the difficulty of seeking a constitutional parameter that would allow the Court to sanction the obscure law. With the pronouncement in comment seems to have found a wider perspective for the union of constitutionality through art. 3 Cost.*

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. La complessa ricerca di un parametro costituzionale per sanzionare la legge oscura. – 3. La vicenda. – 4. La sentenza [n. 110 del 2023](#). – 5. Osservazioni conclusive.

### 1. Premessa

Ha tuonato per molto, anzi troppo tempo, ma alla fine è piovuto sull’arido terreno della qualità della legislazione.

Con sentenza [n. 110 del 2023](#), la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 7, comma 18, legge reg. Molise n. 8/2022, per violazione dell’art. 3 Cost., a causa dell’«inintelligibilità della disposizione impugnata, che utilizzerebbe espressioni vaghe e suscettibili delle più diverse interpretazioni; inintelligibilità che le spiegazioni offerte dalla stessa Regione alle richieste di chiarimenti [da parte del Presidente del Consiglio] non sarebbero riuscite a dipanare»<sup>1</sup>.

La sentenza [n. 110 del 2023](#) è stata accompagnata, il 5 giugno 2023, dal consueto comunicato che la Corte è solita emettere ogni volta in cui vuole evidenziare, se non l’importanza della pronuncia, almeno l’innovatività rispetto a questioni di grande rilevanza mediatica o mai precedentemente affrontate, che comunque destano l’interesse del legislatore, della dottrina e, perché no, dell’opinione pubblica.

Ciò vale, a sommosso parere, anche per i profili che interessano (o per lo meno intersecano, come nel caso di specie) il tema della qualità della legislazione che, nel panorama della giurisprudenza costituzionale, ha occupato una posizione ancillare non tanto per indifferenza della Corte, piuttosto per l’impossibilità di individuare un parametro, per così dire, *diretto* al quale ancorare la declaratoria di incostituzionalità di tutte quelle “leggi oscure”<sup>2</sup>, ambigue e poco comprensibili.

Non è un caso, in effetti, che il comunicato emesso dalla Consulta ponga l’accento su quella che, tra le disposizioni dichiarate incostituzionali, sembra essere il frutto ulteriore di un cammino giurisprudenziale in tema di qualità della normazione talvolta espansivo, talaltra più cauto<sup>3</sup>.



<sup>1</sup> Questo è solo uno dei motivi del ricorso notificato il 25 luglio 2022 e depositato il 28 luglio 2022 (reg. ric. n. 51 del 2022) dal Presidente del Consiglio dei ministri, con il quale ha impugnato gli artt. 4; 7, commi da 5 a 14 e 18; e 11 della legge della Regione Molise 24 maggio 2022, n. 8 (Legge di stabilità regionale anno 2022). Dato l’oggetto del presente contributo, pur dandone conto nella ricostruzione della vicenda (*par.* 2), la riflessione si incentrerà esclusivamente sul punto 4 del considerato in diritto in relazione al tema della qualità della legislazione. Non è la prima volta che la Corte costituzionale fonda il proprio ragionamento anche su elementi metagiuridici, peraltro ammessi nella valutazione a partire dall’esercizio dei poteri istruttori ammessi dalla legge n. 87/1953. In riferimento al parametro dell’art. 3 Cost., la Corte ha dimostrato di tener conto di lavori preparatori, circolari ministeriali ([sentenza n. 108/1967](#)) o accordi sindacali ([sentenza n. 81/1969](#)).

<sup>2</sup> L’espressione, come è noto, è di M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2012.

<sup>3</sup> Per una ricostruzione, sia consentito rinviare a L. DI MAJO, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, Napoli, 2019, 113-198.

Alcuni elementi sintomatici della scarsa qualità della regolazione, anche emersi in precedenti importanti, hanno però consentito alla Corte di compiere un passo ulteriore attraverso la sentenza [n. 110 del 2023](#), dal momento che ivi ha espresso con franchezza come «una norma radicalmente oscura vincola in maniera soltanto apparente il potere amministrativo e giudiziario, in violazione del principio di legalità e della stessa separazione dei poteri; e crea inevitabilmente le condizioni per un'applicazione diseguale della legge, in violazione di quel principio di parità di trattamento tra i consociati, che costituisce il cuore della garanzia consacrata nell'art. 3 Cost.».

## 2. La complessa ricerca di un parametro costituzionale per sanzionare la legge oscura

Non è la prima volta che la Corte tenta di tracciare una linea di demarcazione al di sotto della quale andrebbero collocate tutte quelle leggi e disposizioni oscure, «forier[e] di incertezza», che si traducono «in cattivo esercizio delle funzioni affidate alla cura della pubblica amministrazione»<sup>4</sup>, violando l'art. 97 Cost. e il principio di certezza del diritto, rendendo<sup>5</sup> imprevedibile l'attuazione concreta delle stesse regole. Si trattava, tuttavia, di parametri strettamente legati alla funzionalità, all'efficienza e all'efficacia della pubblica amministrazione, dovuti per lo più a fenomeni di riviviscenza di norme abrogate per le quali la Corte aveva espresso, poco prima<sup>6</sup>, una marcata intolleranza.

Insomma, per il passato emergevano per lo più casi limite che comunque consentivano alla Corte di esprimersi sulla qualità della legislazione italiana in modalità non troppo lineare, talvolta legando le pronunce ad evidenti distorsioni del procedimento normativo<sup>7</sup>, talaltra al controllo della «razionalità o non contraddittorietà della disposizione che permette alla Corte di verificare la compatibilità logica delle norme che compongono un medesimo testo legislativo»<sup>8</sup>, attraverso la valutazione di criteri come «coerenza, razionalità e ragionevolezza della legge»<sup>9</sup>.

Invero, la Corte è stata il più delle volte piuttosto cauta nello scrutinare l'intelligibilità di una normativa, dichiarando inammissibili<sup>10</sup> o infondate<sup>11</sup> diverse questioni sollevate su disposizioni pure piuttosto incomprensibili.

---

<sup>4</sup> Corte costituzionale, sentenze n. [364 del 2010](#) e [70 del 2013](#), su cui M. PICCHI, *Tecniche normative e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione: dalla Corte costituzionale un nuovo impulso per preservare la certezza del diritto. (Osservazioni a margine della sentenza n. 70/2013)*, in [federalismi.it](#), 21, 2013, 11, e D. PARIS, *Il controllo del giudice costituzionale sulla qualità della legislazione nel giudizio in via principale*, in *le Regioni*, 4, 2013, 828-840.

<sup>5</sup> F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in F. MODUGNO (cur.), *Trasformazioni della funzione legislativa*, Milano, 1999, 87.

<sup>6</sup> Corte costituzionale, sentenza [n. 13 del 2012](#).

<sup>7</sup> Tra le più significative sull'esercizio della delega legislativa ([sentenza n. 206 del 2001](#)) e dell'abuso del procedimento d'urgenza (sentenze [n. 391 del 1995](#), [n. 171 del 2007](#), [n. 128 del 2008](#), [n. 22 del 2012](#), [n. 32 del 2014](#)).

<sup>8</sup> E. LONGO, *Il contributo della Corte costituzionale alla qualità della normazione*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2007, 71.

<sup>9</sup> M. PICCHI, *Tecniche normative e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione*, cit., 3, che richiama, in nota, la sentenza [n. 494 del 2002](#) oltre ad ampia bibliografia. In tal senso, anche Corte costituzionale, sentenza [n. 245 del 1984](#).

<sup>10</sup> Corte costituzionale, ordinanza [n. 134 del 2003](#) in cui la Corte dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità proposta sebbene riconosca che «la grande varietà degli oggetti di delega [...] rischia di risultare di non facile interpretazione»; sull'altro versante, con la sentenza [n. 220 del 2003](#), pur riconoscendo un difetto di coordinamento tra le norme che disciplinano incompatibilità e ineleggibilità tra sindaco e direttore delle strutture sanitarie, dichiara infondate tutte le questioni di legittimità proposte.

<sup>11</sup> In alcuni casi la Corte arriva addirittura a sacrificare il principio della chiarezza normativa in favore della discrezionalità del legislatore – sentenze [n. 61 del 2006](#) e [n. 519 del 2000](#) – mentre in altri, pur rilevando la vaghezza di alcune norme, segnala che eventuali nodi andrebbero sciolti dal Giudice rimettente «in concreto, nel momento applicativo» Corte costituzionale, sentenza [n. 519 del 2000](#), cons. dir. p.to 4) ovvero attraverso «informazioni o

Solo con la “coraggiosa sentenza”<sup>12</sup> [n. 364 del 1988](#) si aprì uno spiraglio confortante per il raggiungimento di un auspicabile traguardo per la giurisprudenza costituzionale: l’ammissibilità del sindacato sulla *legge oscura*.

In sostanza, i principi costituzionali di riserva di legge, tassatività, sufficiente determinatezza e irretroattività delle leggi penali, sui quali si fonda per gran parte il modello ordinamentale penalistico interno, concorrono insieme a garantire la piena conoscibilità della norma ai cittadini e consentono agli stessi di capire appieno quali siano i comportamenti leciti e quali quelli vietati per non incorrere in eventuali responsabilità.

Da ciò consegue l’esistenza di un vero e proprio obbligo per il legislatore, sancito a livello costituzionale, di formulare «leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento»<sup>13</sup>, seppur tale principio rimaneva, *illo tempore*, circoscritto alla sola materia penale.

Pur riconoscendo la portata innovativa di una pronuncia che rimane fondamentale per delineare (ancorché in maniera parziale) il significato del principio della chiarezza normativa, appariva particolarmente difficile riconoscere effetti dirompenti anche su altre tipologie di leggi extrapenali. In effetti, eventuali violazioni al principio della *ignorantia legis non excusat* erano talché considerate esclusivamente nella misura in cui si rinvenivano parametri costituzionali – nella specie gli artt. 3, 25 comma 2, 27 e 73 comma 3 – la cui applicazione, in sede di giudizio in via incidentale, era ammessa esclusivamente per tali norme perché la Costituzione solo ad esse espressamente riconduce tali principi.

Peraltro, la stessa sentenza [n. 364 del 1988](#) si riferiva espressamente ed esclusivamente alla materia penalistica e si faceva fatica a scorgere eventuali possibilità di applicare tali principi ad una regolazione di altra natura, in assenza di un principio generale di chiarezza normativa costituzionalmente riconosciuto.

La stessa Corte non chiariva quali fossero gli elementi da tenere in considerazione per valutare l’oscurità o meno di una norma, a prescindere dal principio di sufficiente determinatezza che vale, come detto, solo per la legge penale, elaborando un principio dai confini abbastanza incerti per cui “l’incostituzionalità di qualsiasi legge [penale e non?] potrebbe essere dichiarata solo qualora la cattiva redazione non consentisse in alcun modo ai destinatari di rendersi conto dell’effettiva portata della legge”<sup>14</sup>.

In ogni caso, la sentenza [n. 364 del 1988](#) ha avuto importanti riconoscimenti successivi e la pronuncia n. 185/1992 ne ribadiva i principi: il Giudice remittente aveva ritenuto non individuabile una corrispondenza biunivoca tra la violazione delle autorizzazioni prescritte – si discuteva su trasferimenti di impianti di fusione sottoposti a particolari autorizzazioni – e le relative sanzioni, prospettando una violazione dell’art. 25, comma 2, Cost., che richiede una precisa indicazione delle prescrizioni normative che il cittadino deve rispettare, onde escludere il rischio di confondere ciò che è lecito da ciò che non lo è.

Si trattava di un evidente caso di errore materiale che la Corte ha risolto attraverso una sentenza manipolativa di accoglimento, dichiarando «l’illegittimità costituzionale dell’art. 25, comma 6 del d.P.R. 24 maggio 1988, n. 203, nella parte in cui fa riferimento all’autorizzazione prescritta nell’art. 13, anziché alla autorizzazione prescritta dall’art. 15».

---

documenti», ma sempre con tutti i poteri e le facoltà di cui dispongono (Corte costituzionale, sentenza [n. 109 del 2007](#), cons. dir. p.to).

<sup>12</sup> G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: “prima lettura” della sentenza n. 364/88*, in *Foro It.*, 1988, 1385 ss., D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss. e, diffusamente, G.M. SALERNO, *La tecnica legislativa e la chiarezza normativa nella giurisprudenza costituzionale più recente*, in *Rass. Parl.*, 1997, 1041 ss.

<sup>13</sup> Corte costituzionale, [sentenza n. 364 del 1988](#), cons. dir. p.to 7.

<sup>14</sup> R. BETTINI, *Introduzione: la nuova legalità*, in *Riv. trim. sc. amm.*, n. 1/1999, 25.

La Consulta, quindi, ha riconosciuto come anche un mero errore materiale incida negativamente sulla riconoscibilità del precetto penale, tale da violare gli artt. 3 e 25, comma 2, Cost., che, come abbiamo avuto modo di ricavare già dalla sentenza [n. 364 del 1988](#), impongono al legislatore «l'obbligo di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e della intelligibilità dei termini impiegati»<sup>15</sup>.

Per tale via è stato confermato l'orientamento che ha caratterizzato il tema della buona scrittura delle regole durante gli anni '80, ma non furono superati i rilievi critici mossi alla sentenza [n. 364 del 1988](#) perché non solo ci si chiedeva se una sentenza manipolativa di accoglimento volta a *riscrivere* una disposizione oscura potesse essere pronunciata anche nei confronti di regole extrapenali, ma anche se una manipolativa di accoglimento potesse essere pronunciata al di fuori dei casi specifici di errore materiale del legislatore<sup>16</sup>; ed infine se il vizio di manifesta oscurità potesse essere rilevato anche nei confronti di altre leggi una volta “superata una certa soglia”<sup>17</sup>, senza sapere quale, salvo pochi spunti indicati dalla Corte in due isolate pronunce, la [n. 233 del 1993](#) e la [n. 185 del 1982](#).

Con la sentenza [n. 233 del 1993](#) veniva dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 21, comma 2, d.P.R. n. 601/73, per violazione dell'art. 3 e dell'art. 53 Cost. in quanto talmente mal formulata da determinare «irrazionalmente l'effetto contrario di quello risultante dall'espresso intento del legislatore»<sup>18</sup>. Ancora, con la sentenza [n. 185/1982](#), la Corte giustificava la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 1052 c.c. con la violazione del principio della *sufficiente progettazione legislativa*, prendendo in considerazione non soltanto le “esigenze legate alla chiarezza normativa e alla tecnica legislativa, ma anche l'importanza della progettazione legislativa in vista della attuazione/applicazione, della valutazione dell'impatto con il sistema legislativo nel quale la norma viene ad immettersi”<sup>19</sup>.

Dopo questo filone particolarmente interessante in cui la Corte si mostrava sensibile al tema della qualità della regolazione<sup>20</sup>, soprattutto da una prospettiva contenutistica e non meramente processuale, nulla di nuovo si prospettava sotto il sole, benché già qualcuno, non riteneva ipotesi remota la possibilità di un'esondazione del sindacato di costituzionalità sulle leggi oscure in via più generale e proprio attraverso quei principi individuati volti a garantire la chiarezza non solo delle norme penali, ma anche di quelle che con il sistema penalistico nulla hanno a che vedere, perché il principio della certezza del diritto imporrebbe comunque un alto grado di chiarezza ed intelligibilità per le regole del nostro ordinamento fondato, tra gli altri, non tanto (e non solo) sulla violazione dell'art. 97 Cost.<sup>21</sup>, piuttosto su quei principi fondamentali emersi proprio tra le righe della sentenza [n. 110 del 2023](#)<sup>22</sup>.

---

<sup>15</sup> Corte costituzionale, sentenza [n. 185 del 1992](#), cons. dir. p.to 2, ma anche Corte costituzionale, sentenza n. [96 del 1981](#).

<sup>16</sup> G.U. RESCIGNO, *L'errore materiale del legislatore, la cattiva redazione delle leggi e la Corte*, in *Giur. Cost.*, 1992, 2423.

<sup>17</sup> *Ibidem*, 2426.

<sup>18</sup> Corte costituzionale, sentenza [n. 233 del 1993](#), cons. dir. p.to 5.

<sup>19</sup> M. RUOTOLO, *La progettazione legislativa. Un'esigenza di rilievo costituzionale?*, in *Giur. it.*, 2000, 2443; sul tema, si consideri anche A.A. MARTINO, *La progettazione legislativa nell'ordinamento inquinato*, in *Studi parl. pol. cost.*, n. 38/1977.

<sup>20</sup> Cfr., sul punto, G. SERGES, *Anacronismo legislativo, eguaglianza sostanziale e diritti sociali*, in *Giur. it.*, 2000, 684 ss.

<sup>21</sup> Corte costituzionale, sentenza [n. 70 del 2013](#) e, in tal senso, M. PICCHI, *Tecniche normative e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione*, cit. 4.

<sup>22</sup> In tal senso, P. COSTANZO, *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione (con riferimenti comparati e all'UE)*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giuseppe Floridia*, Napoli, 2009, 179 ss.; E. LONGO, *Il contributo della Corte costituzionale alla qualità della normazione*, cit., 58.

### 3. La vicenda

La questione trae origine da un ricorso presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri nei confronti della legge reg. Molise 24 maggio 2022, n. 8, *Legge di stabilità regionale anno 2022*, per presunte violazioni degli artt. 97, 117, comma 3, Cost. (in relazione all'art. 4 della legge molisana), e 81, comma 3, Cost. (in relazione agli artt. 7, commi da 5 a 15 e 11, della legge molisana).

Di interesse per il presente contributo – al di là delle questioni in premessa richiamate e ritenute tutte fondate dalla Corte costituzionale – è l'impugnazione dell'art. 7, comma 18, legge reg. Molise n. 8/2022, che disponeva quanto segue: «[n]elle fasce di rispetto di tutte le zone e di tutte le aree di piano, in presenza di opere già realizzate e ubicate tra l'elemento da tutelare e l'intervento da realizzare, quest'ultimo è ammissibile previa V. A. per il tematismo che ha prodotto la fascia di rispetto, purché lo stesso intervento non ecceda, in proiezione ortogonale, le dimensioni delle opere preesistenti o sia compreso in un'area circoscritta nel raggio di mt. 50 dal baricentro di insediamenti consolidati preesistenti».

Il Presidente del Consiglio ha ritenuto tale disposizione evidentemente incostituzionale, sia per la violazione degli artt. 9 e 117, comma 2, Cost., (anche in relazione agli artt. 135, 143 e 145, legge 6 luglio 2022, n. 137) sia per l'oscura formulazione di un testo che, non chiarendo «a quale tipologia di “piano” la norma facesse riferimento, che cosa dovesse intendersi per “opere già realizzate e ubicate tra l'elemento da tutelare e l'intervento da realizzare”, quale significato dovesse attribuirsi al termine “tematismo”, nonché se “V.A.” dovesse essere inteso come “acronimo della valutazione di impatto ambientale o della valutazione ambientale strategica o di entrambe”», sarebbe idoneo a configurare una violazione della portata strutturale dell'art. 3, Cost.<sup>23</sup> e della sua valenza di canone di coerenza del sistema normativo.

Le censure mosse dal ricorrente sono fondate, dunque, sulla grave e manifesta carenza di intelligibilità della disposizione impugnata, in aperto contrasto con il canone della ragionevolezza imposto dal rispetto dell'articolo 3 della Costituzione», a causa del ricorso a «espressioni vaghe e suscettibili di varie interpretazioni». Per vero, prima di sollevare la questione, il Presidente del Consiglio formulava interrogativi alla Regione Molise, invitandola a sciogliere i nodi di siffatta ambigua formulazione normativa, senza tuttavia ottenere chiarimenti soddisfacenti in relazione alla specificazione di cosa si intendesse per «aree di piano», «fasce di rispetto» e a quali tipologie di «intervento» la legge regionale si riferisse<sup>24</sup>, per tentare di non estendere all'art. 17, comma 8, legge reg. Molise n. 8/2022, l'ulteriore questione inerente la qualità della legislazione<sup>25</sup>, oltre a quelle relative agli artt. 9 e 117, comma 3, Cost.

Invano il tentativo *stragiudiziale* del ricorrente che insisteva, così, anche sulla condizione di «assoluta inconoscibilità del testo normativo», di per sé in contrasto con il principio di ragionevolezza sotteso all'art. 3 Cost.

---

<sup>23</sup> In tal senso, Corte costituzionale, sentenza [n. 25 del 1966](#). Come ritiene A.S. AGRÒ, *Art. 3*, in G. Branca (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Roma-Bologna, 1975, 128, “canone generale informatore di qualsiasi atto subordinato”.

<sup>24</sup> Prosegue, infatti, il Presidente del Consiglio, che sarebbe infatti impossibile comprendere cosa il legislatore regionale abbia voluto intendere facendo riferimento all'acronimo «V. A.», al «tematismo che ha prodotto la fascia di rispetto», nonché alla condizione che «lo stesso intervento non ecceda, in proiezione ortogonale, le dimensioni delle opere preesistenti o sia compreso in un'area circoscritta nel raggio di mt. 50 dal baricentro di insediamenti consolidati preesistenti».

<sup>25</sup> La Regione rispondeva che «le novità legislative si riferiscono al Piano Paesistico Regionale e che le opere ritenute ammissibili sono quelle che vanno a collocarsi in territori già “contaminati” da fabbricati, in presenza di opere già realizzate. Nello specifico, le opere di cui si intende consentire la realizzazione sono quelle che, seppur previste nelle c.d. “fasce di rispetto”, sono progettate in maniera tale che la percezione visiva e di impatto delle stesse siano mitigate dalla proiezione ortogonale del manufatto: ove, cioè, tra l'elemento oggetto di tutela e il nuovo fabbricato vi siano già dei manufatti allineati sulla medesima proiezione e che comunque l'area oggetto di intervento ospiti già degli insediamenti consolidati. In ogni caso, è sempre fatta salva la Valutazione Ambientale riferita al vincolo esistente sul lotto, che ha originato l'applicazione della fascia di rispetto».

Anzi, la difesa regionale assumeva, a proprio scarico, come «l'ipotizzata difficoltà di lettura della norma [...] non costituirebbe motivo di illegittimità costituzionale, bensì presupposto per l'attività dell'interprete nell'applicazione della legge».

Si è trattato, dunque, di uno scrutinio legato strettamente al contenuto della disposizione sospettata di incostituzionalità e come tale, forse non a caso, assegnata ad un Giudice di formazione penalistica, dunque maggiormente sensibile alla prospettiva qualificante di una normazione più chiara, come da anni la dottrina che si occupa di un tema importante da sempre auspica<sup>26</sup>, a fronte dello scarso rendimento storico della legislazione italiana<sup>27</sup>.

#### 4. *La sentenza n. 110 del 2023*

La sentenza [n. 110 del 2023](#) non appare soltanto innovativa rispetto al filone giurisprudenziale precedente in tema di qualità della normazione, ma è significativamente interessante per le argomentazioni del Giudice relatore nell'individuare l'art. 3 Cost. quale parametro per la valutazione dell'intelligibilità della norma, a partire da una valutazione di una ragionevolezza scardinata da «disposizioni irrimediabilmente oscure, e pertanto foriere di intollerabile incertezza nella loro applicazione concreta».

Si tratta, a ben vedere, di un'espressione forte che non nasconde lo spirito di un relatore di formazione penalistica particolarmente sensibile alla valutazione degli effetti di una norma «determinat[a] da assoluta oscurità del testo legislativo».

Non che la sentenza [n. 110 del 2023](#) sia scevra da alcuni aspetti di lieve criticità che comunque non ne intaccano la portata innovativa<sup>28</sup>. Da un lato, pur richiamando precedenti *storici* in tema di sufficiente determinatezza della norma penale<sup>29</sup>, è assente qualsivoglia riferimento a quella che è stata la sentenza spartiacque nella quale la Corte ebbe a rilevare un prisma di violazioni dei principi costituzionali sanciti dagli artt. 2, 3, commi 1 e 2, 25, 27, commi 1 e 3, benché l'argomentazione sul principio di eguaglianza nella sentenza [n. 364 del 1988](#) si fondasse su presupposti parzialmente diversi (ma in ogni caso significativi ai fini della parziale incostituzionalità dell'art. 5 c.p.), cioè sul duplice rilievo della «impossibilità di prendere conoscenza» di un comportamento penalmente rilevante idonea «a far ricadere sul singolo tutte le colpe della predetta ignoranza» e sull'incapacità, da parte dello Stato, di eliminare tutti quegli ostacoli volti a rimuovere l'ignoranza portata dalla legge penale.

Dall'altro lato, pur essendo interessante il richiamo ai profili emersi nella giurisprudenza comparata portata a riferimento, alcune precisazioni appaiono d'obbligo.

---

<sup>26</sup> *Ex multis* (ma senza presunzione di esaustività), M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, cit., E. Albanesi, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale* Napoli, 2013, S. Bartole (cur.), *Lezioni di tecnica legislativa*, Padova, 1988, M. BASCIU, *Legislazione. Profili giuridici e politici*, Atti del XVII congresso nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica, Milano, 1992, M. Cavino e L. Conte (curr.), *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, Atti del Seminario di Novara, 15-16 novembre 2013, Napoli, 2014, N. LUPO, *Le tecniche [e la politica] della legislazione come strumenti essenziali per il legislatore contemporaneo*, in *Iter legis*, giu/lug 2002, N. LUPO, *L'impossibile qualità della legge, specie con i procedimenti attuali*, in M. Cavino e L. Conte (curr.), *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, cit., B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, ocure, complicate*, Bologna, 2011, L. LORELLO, *Funzione legislativa e Comitato per la legislazione*, Torino, 2003, D. MONE, *Qualità normativa tra tecnocrazia ed effettività della democrazia rappresentativa*, Napoli, 2010, R. Pagano, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, 2004, R. ZACCARIA, *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della regolazione*, Brescia, 2011.

<sup>27</sup> Tra il 2019 e il 2020, dalla lettura del rapporto *Doing business* stilato dall'International Financial Corporation della World Bank, l'Italia è scesa dal 51° al 57° posto della graduatoria dei Paesi in cui è maggiormente semplice avviare un'impresa, ben lontana dalle potenze economiche mondiali.

<sup>28</sup> Ed infatti, P. COSTANZO, [Ancora un \(notevole\) avanzamento nella giustiziabilità del drafting legislativo](#), in questa [Rivista](#), [2023/II](#), 461-462.

<sup>29</sup> Corte costituzionale, sentenze [n. 185 del 1992](#), [n. 34 del 1995](#).



Intanto, in Francia, il contributo del *Conseil Constitutionnel* si è progressivamente espanso dal 1999<sup>30</sup> senza soluzione di continuità (diversamente da un cammino *altalenante* della Consulta), manifestandosi in una posizione di assoluta riluttanza nei confronti di tutta quella normativa oscura che «rend le droit imprévisible, en fait un instrument de l'arbitraire, indulgent envers les habiles et les puissants, impitoyable envers les faibles et les maladroits, une source permanente de conflits, de verbalismes, de procédures judiciaires interminables; elle est un des moyens de mettre fin à l'état de droit, le plus pitoyable parce que c'est l'inintelligence qui le fait disparaître: une loi inintelligible est une mascarade juridique. Seule la loi claire, simple, limpide, transparente, compréhensible de tous peut être respectée, devenir efficace et assurer ce que l'on peut attendre du droit: la justice, l'ordre, la prévisibilité, la sécurité, le bien-être, la paix et peut-être le bonheur»<sup>31</sup>. L'*intelligibilité*, l'*accessibilità* e la *clarté de la loi*, ad avviso della Corte francese<sup>32</sup>, trovano fondamento tanto nell'art. 34 Cost.<sup>33</sup> che negli articoli 4, 5, 6 e 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, laddove si esprime (benché non espressamente) una “triade di obiettivi di valore costituzionale che il legislatore è tenuto a perseguire [...] la cui infrazione può portare a far considerare invalida la delibera legislativa”<sup>34</sup>.

A ciò si aggiunga un ruolo di primo piano anche del *Conseil d'Etat* che si insinua nel procedimento legislativo *ex art. 39 Cost. fr.*, pronunciando un parere (comma 2), ovvero rilasciandolo su richiesta «alle condizioni previste dalla legge» (comma 5), così assumendo un ruolo endoprocedimentale importante e previsto dalla Costituzione, a differenza dell'ordinamento italiano in cui le analisi *ex ante* ed *ex post* sono contenute in leggi ordinarie<sup>35</sup>, in d.P.C.M.<sup>36</sup> e nei regolamenti parlamentari (art. 96 R.C.), pertanto disattendibili, non molto efficaci, ed infungibili come parametro per consentire alla Corte costituzionale margini di sindacato più ampi di quelli fin qui conosciuti, certamente non maggiori rispetto a quelli a disposizione del *Conseil Constitutionnel* francese<sup>37</sup>.

---

<sup>30</sup> Conseil Constitutionnel, sentenza n. 99-421 del 16 dicembre 1999.

<sup>31</sup> P. MALAURIE, *L'intelligibilité des lois*, in *Pouvoirs*, 3, 2005, 131.

<sup>32</sup> Conseil Constitutionnel, sentenza n. 2004-503 del 12 agosto 2004.

<sup>33</sup> Vengono in rilievo i commi 3 e 4 dell'art. 34: «La presentazione dei disegni di legge depositati dinanzi all'Assemblea nazionale o al Senato risponde alle condizioni stabilite con legge organica. I disegni di legge non possono essere inseriti all'ordine del giorno se la Conferenza dei presidenti della prima assemblea incaricata ravvisa che le regole stabilite dalla legge organica sono state disattese». Tale procedimento è specificato nella legge organica n. 2009-403 del 15 aprile 2009.

<sup>34</sup> P. COSTANZO, *Considerazioni introduttive sulla buona scrittura delle leggi e la valutazione delle politiche pubbliche nell'ordinamento costituzionale francese*, in P. Caretti e M. Morisi (curr.), *Il procedimento legislativo in prospettiva comparata*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2018, 228.

<sup>35</sup> art. 5, l. n. 50/99, poi ridisciplinata dall'art. 14, comma 5, l. n. 246/05 che la definisce una «valutazione preventiva degli effetti di ipotesi di intervento normativo ricadenti sulle attività dei cittadini e delle imprese sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni, mediante comparazione di opzioni alternative».

<sup>36</sup> D.P.C.M. n. 170/2008, *Regolamento recante disciplina attuativa dell'analisi di impatto della regolazione e direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 26 febbraio 2009 Istruttoria degli atti normativi del Governo*. Su tali aspetti, cfr. N. LUPO, *La direttiva sull'analisi di impatto e sull'analisi tecnico-normativa: un passo avanti, in via sperimentale, per la qualità della normazione*, in *Quad. Cost.*, n. 1/2000, 749 ss.; F. Bailo, *L'analisi tecnico-normativa alla luce delle più recenti direttive governative*, in P. COSTANZO (a cura di), *La qualità della normazione nella dialettica governo-parlamento. Strumenti e tecniche nella XVI legislatura*, Napoli, 2011, 30. Per quanto concerne la Valutazione di Impatto sulla Regolazione, La disciplina della VIR è contenuta nel d.P.C.M. n. 212 del 19 novembre 2009 e consiste nella «valutazione del raggiungimento delle finalità e nella stima dei costi e degli effetti prodotti da atti normativi» (art. 1) sui destinatari, ossia imprese, cittadini e pubblica amministrazione (su cui, M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI e N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011, 86 ss.; M. DE BENEDETTO, *Tecniche di analisi della regolazione nell'istruttoria degli atti normativi del Governo: "niente (o assai poco) di nuovo sotto il sole"*, in *Osservatorio AIR*, settembre 2010, 9 ss.

<sup>37</sup> Peraltro, sempre in Francia, come fa notare P. COSTANZO, *op. cit.*, 230, permane la “*Commission supérieure de codification*, istituita con *décret* n. 89-647 del 12 settembre 1989, il cui art. 1 attribuisce alla commissione il compito di coadiuvare il Governo nella redazione e nella modificazione dei codici legislativi”.

Parimenti in Germania, non solo il *Bundesverfassungsgericht* “ha elaborato, già a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, una giurisprudenza secondo la quale, nel caso in cui da una legge derivino incertezze sulla tutela e sull’esercizio dei *Grundrechte*, il legislatore è tenuto a svolgere, ad intervalli regolari di tempo, una valutazione retrospettiva degli effetti della legge ed in relazione ai risultati procedere alle necessarie correzioni, pena la possibilità di una declaratoria di incostituzionalità”<sup>38</sup>, ma è la stessa Costituzione tedesca a prevedere un’intensa attività di “*Ausgestaltung*”<sup>39</sup>, consentendo alla Corte di Karlsruhe di collocarsi in una inedita fase procedimentale come se si trattasse di una “quarta lettura della legge”<sup>40</sup>.

Insomma, pare che in Francia e in Germania lo scrutinio sulla chiarezza normativa sia più agevole per essere la qualità della normazione parte costituzionalmente integrante del *life-cycle of legislation*, tanto da rendere obbligatorie non soltanto le fasi preliminari volte alla verifica se e come l’intervento normativo sia in grado di conseguire i *milenstones* preventivati, ma anche se stia conseguendo (o magari abbia conseguito) risultati in termini di efficacia ed efficienza.

Ed infine, il richiamo alla sentenza n. [70 del 2013](#) sembra sminuire la valenza innovativa della sentenza n. [110 del 2023](#) per essere il richiamo all’art. 97 Cost., in quella pronuncia, anziché strettamente legato alle cause dell’oscurità della legge, “piuttosto alle sue conseguenze”<sup>41</sup> che si riflettono sul buon andamento attraverso la lesione di un altro principio benché costituzionalmente rilevante<sup>42</sup>.

Ciò che è violato in via immediata è, infatti, il principio di legalità della pubblica amministrazione che garantisce il buon andamento, ma non assicura autonomamente la produzione di norme chiare. La stessa tecnica argomentativa della Corte induce a queste riflessioni per un giudizio fondato non tanto su “uno scrutinio sulla tecnica normativa” piuttosto su un giudizio di ragionevolezza che censura più il contenuto della volontà legislativa che non le modalità con cui si è manifestato”<sup>43</sup>. Resta ferma la violazione dell’art. 97 Cost. che si riflette più che sul buon andamento, sul suo presupposto, ossia il principio di legalità che rimane il fondamento portante per l’organizzazione dei pubblici uffici, così che regole oscure producono, sì, effetti pregiudizievoli sull’organizzazione stessa, ma solo in via indiretta, tanto da poter conseguire solo potenzialmente una lesione del principio del buon andamento.

Dalla sentenza [n. 110 del 2023](#), emerge invece con chiarezza quello scrutinio sulla ragionevolezza della scelta normativa *oscura* che rimaneva per lo più sottotraccia tanto nella sentenza [n. 364 del 1988](#), che nella sentenza [n. 70 del 2013](#), nella quale l’art. 3 Cost., neanche veniva menzionato.

L’approdo all’incostituzionalità dell’art. 7, comma 18, legge reg. Molise n. 8/2022, muove da tre distinti piani di ragionamenti indicati nei considerati in diritto n. 4.1, 4.3.1, 4.3.2 e 4.3.3

La Corte espressamente condivide l’impostazione del motivo di ricorso proposto dal Presidente del Consiglio in merito alla formulazione di una disposizione che «abbonda di termini imprecisi, o

---

<sup>38</sup> A.A. PRACILIO, *Istruttoria legislativa, contributo delle lobbies e qualità della normazione in Germania*, in P. Caretti e M. Morisi (curr.), *Il procedimento legislativo in prospettiva comparata*, cit., 445

<sup>39</sup> M. CORNILS, *Die Ausgestaltung der Grundrechte: Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers*, Tübingen, 2005.

<sup>40</sup> J. LUTHER, *Tecniche di normazione e tutela dei diritti fondamentali: il caso tedesco*, in A. Ruggeri, L. D’Andrea, A. Saitta e G. Sorrenti (a cura di), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*. Atti dell’incontro di studio svoltosi a Messina il 14 dicembre 2006, Torino, 2007.

<sup>41</sup> D. PARIS, *Il controllo del giudice di costituzionalità sulla qualità della legislazione nel giudizio in via principale*, cit., 5.

<sup>42</sup> Anzi, come rileva ancora D. PARIS, *I limiti del controllo del giudice costituzionale sulla qualità della legislazione e le nuove prospettive aperte dalla sentenza n. 70/2013*, in M. Cavino e L. Conte (curr.), *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, cit., 316, “inaspettatamente, tuttavia, non viene invocato il parametro dell’art. 3 Cost., che sarebbe stato certamente il più idoneo a sanzionare l’irragionevolezza di un divieto dapprima introdotto, poi revocato, quindi ripristinato e di nuovo revocato, senza alcuna apparente giustificazione razionale: il mancato richiamo all’art. 3 Cost è un aspetto centrale della vicenda in esame e influisce in maniera determinante sulla motivazione della pronuncia”.

<sup>43</sup> *Ibidem*, 7.

comunque di ardua [anzi, radicale] intelligibilità, in difetto di qualsiasi riferimento al contesto normativo nel quale essa aspirerebbe ad inserirsi».

L'art. 17, comma 8, l. reg. Molise n. 8/2022, in effetti, gronda di “peccati capitali”<sup>44</sup>, ossia ambiguità, irrazionalità e incoerenza, per «l'utilizzo di espressioni vaghe e suscettibili delle più diverse interpretazioni» che se interpretate secondo le spiegazioni (pur insufficienti) fornite dalla Regione molisana nella memoria di costituzione e in udienza confermerebbero, peraltro, la violazione degli artt. 9 e 117, comma 2, lett. s), Cost., letti in combinato disposto con gli artt. 135, 143 e 145, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, per un ingiustificato e non consentito abbassamento del livello di tutela del paesaggio, in deroga al piano paesaggistico.

Conseguentemente, la fondatezza del ricorso proposto rileva sul piano della chiarezza normativa per il significato assente, anzi così «radicalmente oscuro» da violare espressamente il principio di ragionevolezza posto dall'art. 3 Cost.

E lo viola così manifestamente che la Corte riesce a legare tale parametro non ad una disciplina di natura penalistica – come invece accaduto nelle pronunce più significative (su tutte, la sentenza [n. 185 del 1992](#)) nelle quali ha, sì, riconosciuto che «vi sono requisiti minimi di riconoscibilità e di intellegibilità del precetto penale che rappresentano anche, peraltro, requisiti minimi di razionalità dell'azione legislativa, in difetto dei quali la libertà e la sicurezza giuridica dei cittadini sarebbero pregiudicati» – ma a partire da un giudizio in via principale fondato su uno scrutinio volto ad accertare l'ambito materiale ex art. 117 Cost. in cui la legge regionale molisana aspirava a collocarsi.

Insomma, mentre nelle pronunce richiamate nel considerato in diritto p.to 4.3.2.1 si esprimevano nel massimo grado quei solidi principi costituzionali di tipicità e sufficiente determinatezza della legge penale – la cui violazione ha comportato, a cascata, un evidente *vulnus* degli artt. 2, 3, 25 e 27 Cost. –, nel caso di specie la Corte accoglie una interpretazione estensiva e generalizzata di un orientamento giurisprudenziale fino ad oggi strettamente legato allo scrutinio di norme penali caratterizzate da disposizioni *vuote* (art. 603 c.p.)<sup>45</sup> e da un elevato livello di genericità (art. 1, numero 1), legge n. 1423/1956, poi confluita nell'art. 1, lett. a), decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159)<sup>46</sup>, gravate da errori materiali (art. 25, comma 6, d.P.R. 24 maggio 1988, n. 203)<sup>47</sup> oppure da omissioni (art. 7-*bis*, comma 1, decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416)<sup>48</sup>.

E procede non tanto nel segno tracciato da pronunce pure originate da conflitti tra Stato e Regioni che hanno portato, come *supra* rilevato, alla mera possibilità («può») di una violazione indiretta dell'art. 97 Cost.<sup>49</sup> (espressa in un «cattivo esercizio delle funzioni affidate alla cura

---

<sup>44</sup> L'espressione è di M. AINIS, *La legge oscura*, cit.

<sup>45</sup> Corte costituzionale, sentenza [n. 96 del 1981](#).

<sup>46</sup> La Corte costituzionale, sentenza [n. 24 del 2019](#), p.to 12.3 cons. diritto, parla di «radicale imprecisione». Sul punto, cfr. le riflessioni di G. LA CORTE, *La disciplina delle misure di prevenzione, tra passato e presente, al vaglio (nuovamente) della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza penale*, 6, 2019.

<sup>47</sup> Corte costituzionale, sentenza [n. 185 del 1992](#).

<sup>48</sup> Corte costituzionale, sentenza [n. 34 del 1995](#).

<sup>49</sup> Ed infatti tale principio è stato spesso unito ad altri costituzionalmente rilevanti per non poter essere considerato, da solo, per l'assenza di una chiara definizione del proprio contenuto (Cfr., sul punto, A. SAITTA, *Il principio del buon andamento della pubblica amministrazione nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1988, 63 ss. Anzi, M. PICCHI, *Il principio del buon andamento della pubblica amministrazione quale parametro nel sindacato di costituzionalità sulle tecniche normative: l'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M. Cavino e L. Conte (curr.), *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, cit., 305-306 rileva che “il Giudice costituzionale, mentre ha prestato una certa attenzione ai significati del principio di imparzialità, poiché lo ha solitamente unito con quello di non discriminazione di cui all'art. 3 Cost. e lo ha poi declinato secondo l'articolazione dei contenuti di quest'ultimo, non ha invece sviluppato le caratteristiche del principio di buon andamento, neppure facendo riferimento al principio di ragionevolezza, al quale viene spesso affiancato, e la cui violazione, anzi, viene ritenuta abitualmente come sintomatica della compromissione dello stesso buon andamento: in questa maniera, però, quest'ultimo si confonde ancora una volta con il principio di ragionevolezza e non riesce ad assumere connotati propri”. Precisa D. PARIS, *I limiti*

della pubblica amministrazione» non per sua colpa)<sup>50</sup>, ma nell'impostazione tradizionale dell'art. 3 Cost. che legittima la Corte a "custodire la ragionevolezza"<sup>51</sup> ogni volta (è non sono solo questi i casi)<sup>52</sup> che la discrezionalità legislativa sfocia in un *vulnus* nei confronti del principio di eguaglianza.

### 5. Osservazioni conclusive

Non può dirsi con sufficiente certezza, oggi, se la sentenza [n. 110 del 2023](#) squarcerà il velo dell'oscurità della legislazione italiana futura, sensibilizzando maggiormente i titolari di potestà normativa.

Purtuttavia, dalla prima lettura delle motivazioni espresse nel punto 4 del considerando in diritto può forse ricavarsi un legame più solido tra la Costituzione e l'attività normativa per essere, l'art. 3 Cost., quella disposizione che ammette la possibilità di sindacare quella "conciliazione legislativa"<sup>53</sup> volta al perseguimento di interessi costituzionalmente tutelati<sup>54</sup>.

Tuttavia, qualche dubbio permane alla luce dei principi di *better regulation* espressi nell'ordinamento italiano e dei limiti che la Corte si è auto-imposta nello scrutinare la ragionevolezza in tutti quei casi in cui il sindacato di costituzionalità rischia di «sovrapporsi [ad] una verifica di opportunità, per di più condotta sulla base di un etereo parametro di giustizia ed equità»<sup>55</sup>. Quando la violazione è così radicale e manifesta da riverberarsi sulla chiarezza del dettato normativo? E se l'ambiguità della norma oscura deriva da una mala gestazione dovuta al mancato rispetto delle "regole per la qualità delle regole"<sup>56</sup> e di tutti quegli strumenti di *drafting* volti a conseguire, invece, un elevato grado di chiarezza alla singola disposizione e all'atto normativo integrale, come rendere più efficaci i precetti ivi contenuti ma più volte sacrificati in favore del "momento politico"<sup>57</sup>, cioè di quel compromesso che soffoca troppe volte le analisi *ex ante* ed *ex post*?

---

*del controllo del giudice costituzionale*, cit., 318, che "la cattiva qualità della legislazione e la sua oscurità non vengono infatti censurate in quanto tali, ma in quanto determinano la violazione di un altro bene giuridico di rango costituzionale",

<sup>50</sup> Corte costituzionale, sentenze [n. 364 del 2010](#) e [n. 70 del 2013](#).

<sup>51</sup> A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Torino, 2001.

<sup>52</sup> Sul legame tra ragionevolezza ed eguaglianza la Corte si è espressa anche nelle sentenze [n. 21 del 1961](#), [n. 10 del 1980](#), [n. 331 del 1988](#), [n. 89 del 1996](#) e [n. 432 del 2005](#). Su tali aspetti, cfr. anche A. CERRI, *Tecnica legislativa e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. Giuliani e N. Picardi (curr.), *L'educazione giuridica. Modelli di legislatore e scienza della legislazione. La discussione contemporanea*, Napoli, 1987, 249 ss., A. D'ALIOIA e P. MAZZINA, *Qualità della legge e giustizia costituzionale: appunti intorno ad una questione aperta*, in V. Cocozza e S. Staiano (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Atti del convegno di Napoli svoltosi nei giorni 12 e 13 maggio 2000, Napoli, 2007, 658 ss.

<sup>53</sup> A.S. AGRÒ, *Art. 3*, cit., 135, nel senso di razionalità della scelta legislativa come "strumento" (p. 138) con il quale la Corte esercita il proprio sindacato. *Contra* A. CERRI, *Nuove note sul principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 987.

<sup>54</sup> Ritiene la Corte costituzionale, sentenza [n. 54 del 1968](#), che «nel giudizio sulla razionalità di una certa disciplina non si deve guardare soltanto alla posizione formale di chi ne è destinatario ma anche alla funzione od allo scopo a cui essa è preordinata».

<sup>55</sup> Corte costituzionale, sentenza [n. 89 del 1996](#). Peraltro, con sentenza [n. 10 del 1980](#), la Corte costituzionale, dichiarando le questioni prospettate una inammissibile e l'altra infondata, ha specificato che «le valutazioni di legittimità costituzionale sul rispetto del principio di eguaglianza, sebbene operabili e concretamente operate nelle forme più diverse e nei più vari settori dell'ordinamento giuridico, comportano per definizione che la normativa impugnata venga posta a raffronto con un'altra o con altre normative (sia pure estendendo l'indagine alle difettose previsioni ovvero alle lacune dell'ordinamento giuridico), per stabilire in tal modo se il legislatore abbia dettato disposizioni così poco ragionevoli da doversi ritenere costituzionalmente illegittime».

<sup>56</sup> M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI e N. RANGONE, *La qualità delle regole*, cit.

<sup>57</sup> F. BILANCIA, *Sul concetto di legge politica: una prospettiva d'analisi*, in F. Modugno (cur.), *Trasformazioni della funzione legislativa, I. "Vincoli" alla funzione legislativa*, Milano, 2009.

Probabilmente tali problematiche inducono ad una riflessione più profonda sugli elementi di discontinuità tra Italia, Francia e Germania che la Corte richiama, senza però esprimersi sulla lacuna del nostro ordinamento che non consente uno scrutinio pieno e diretto di un “malcostume legislativo”<sup>58</sup> tipico di un “pessimo artista”<sup>59</sup> incapace di raffigurare un quadro normativo coerente, anzi il più delle volte restando indifferente ad un prisma di strumenti che, ad oggi, né lo vincolano e né sono in grado di *assuefarlo* “culturalmente”<sup>60</sup>.

Ed allora non resta che riporre le residue speranze nella sapienza di una Corte costituzionale che ha dimostrato di sapersi muovere con sufficiente autorevolezza almeno nella «radicale oscurità» della legislazione italiana, al fine di rimediare, per quanto possibile, alle patologie dell’ordinamento anche in mancanza di parametri certi<sup>61</sup> sui quali misurare la chiarezza della regolazione.

---

<sup>58</sup> Per l’utilizzo di questo termine, v. L. DI MAJO, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, cit.

<sup>59</sup> F. CARNELUTTI, *Scienza o arte della legislazione?* in *Dir. ec.*, 2, 1960, 823.

<sup>60</sup> M. CARLI, *La qualità della normazione in Italia: un problema di cultura*, in M. Raveraira (cur.) *Buone regole e democrazia*, Catanzaro, 2007.

<sup>61</sup> E, anche per tale motivo, ha espresso in passato alcune perplessità R. ROMBOLI, *Tecnica legislativa e qualità della legislazione: l’inidoneità del giudizio costituzionale a verificarne i vizi*, in *Foro It.*, 2008, 1424.

**Matteo Milanesi**

**L'incostituzionalità delle «disposizioni irrimediabilmente oscure».  
Riflessioni a margine di [Corte cost., sent. n. 110/2023](#)\***

**ABSTRACT:** *This paper analyzes the judgment of the Italian Constitutional Court no. 110/2023, which has affirmed that irremediably-obscure legal rules are invalid for the violation of art. 3 of the Constitution. The article examines critical elements of the decision and purposes an alternative exegetical solution, which can be identified in the principle of certainty of law.*

SOMMARIO: 1. Il fatto alla base della sentenza e la tesi erariale. – 2. Il percorso argomentativo della Corte. – 3. Profili innovativi. – 4. Considerazioni critiche. – 5. Prospettive future.

*1. Il fatto alla base della sentenza e la tesi erariale*

Con ricorso n. 51/2022<sup>1</sup>, la Presidenza del Consiglio dei Ministri impugnava in via principale diverse norme della legge della Regione Molise 24 maggio 2022 n. 8 (*Legge di stabilità regionale anno 2022*), tra cui l'art. 7, comma 18 in materia di pianificazione paesaggistica. Secondo la difesa erariale, tale disposizione avrebbe integrato la violazione – oltre che degli artt. 9 e 117 Cost.<sup>2</sup> – «dell'art. 3 della Costituzione e del principio di ragionevolezza»<sup>3</sup>; ne domandava, di conseguenza, la declaratoria di incostituzionalità. Il comma testualmente disponeva che «[n]elle fasce di rispetto di tutte le zone e di tutte le aree di piano, in presenza di opere già realizzate e ubicate tra l'elemento da tutelare e l'intervento da realizzare, quest'ultimo è ammissibile previa V. A. per il tematismo che ha prodotto la fascia di rispetto, purché lo stesso intervento non ecceda, in proiezione ortogonale, le dimensioni delle opere preesistenti o sia compreso in un'area circoscritta nel raggio di mt. 50 dal baricentro di insediamenti consolidati preesistenti»<sup>4</sup>.

La Presidenza del consiglio riteneva le espressioni impiegate dalla norma «vaghe e suscettibili di varie interpretazioni»<sup>5</sup>. Si denunciava, in particolare, l'impiego delle locuzioni «aree di piano» e «fasce di rispetto», nonché dell'acronimo «V.A.», tutti riferibili ad una pluralità di istituti giuridici e, quindi, dal significato non univoco. Non solo: per il ricorrente nemmeno vi sarebbe stata «la possibilità obiettiva di più interpretazioni diverse, in un certo senso equivalenti l'una all'altra e tutte egualmente plausibili secondo il canone dell'interpretazione costituzionalmente orientata» (cfr. ordinanza n. 197 del 29 giugno 2018 del CGA per la Regione Siciliana)<sup>6</sup>.

*2. Il percorso argomentativo della Corte*

Seguendo la tesi della Presidenza del Consiglio, la [sentenza della Corte costituzionale n. 110](#)<sup>7</sup>, depositata in data 05/06/2023, ha dichiarato l'incostituzionalità del citato art. 7, comma 8,



<sup>1</sup> In *G.U.*, 1<sup>a</sup> Serie spec., n. 39 del 28/09/2022.

<sup>2</sup> L'Avvocatura dello Stato sosteneva che la disposizione, consentendo la realizzazione di opere all'interno delle aree di rispetto, incidesse sulla pianificazione paesaggistica, invadendo così una competenza esclusiva statale, in violazione del riparto di cui all'art. 117, comma 2, lett. s), Cost. (nonché degli articoli 135, 143 e 145 del decreto legislativo n. 42/2004 quali norme interposte). Lamentava, inoltre, l'abbassamento del livello di tutela del paesaggio medesimo, in violazione dell'art. 9 Cost. (punto 3) del ricorso).

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Art. 7, comma 18, cit.

<sup>5</sup> Punto 3) del ricorso.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Si rinvia da subito ai primi commenti, in particolare: P. C(OSTANZO), [Ancora un \(notevole\) avanzamento nella giustiziabilità del drafting legislativo \(osservazioni minime a prima lettura di Corte cost. n. 110/2023\)](#), e L. DI MAJO,

rilevandone il contrasto con il terzo articolo della Carta costituzionale. Per la Consulta, la considerazione dirimente è una: «deve [...] ritenersi che disposizioni irrimediabilmente oscure, e pertanto foriere di intollerabile incertezza nella loro applicazione concreta, si pongano in contrasto con il canone di ragionevolezza della legge di cui all'art. 3 Cost.»<sup>8</sup>.

Il Giudice delle leggi, con la sentenza in commento, ha abbracciato l'impostazione di quella dottrina minoritaria secondo la quale l'art. 3 Cost. vale a riconoscere, nell'ordinamento costituzionale italiano, il requisito della chiarezza delle leggi<sup>9</sup>. Per giungere a tale conclusione, il Collegio ha affrontato un percorso teorico che spazia da una (parziale) ricostruzione delle proprie precedenti decisioni sino ad una disamina del dato comparatistico.

Quanto al primo profilo, la Corte cita la fitta giurisprudenza costituzionale in materia penale<sup>10</sup>, volta ora a garantire la chiarezza e l'intelligibilità dei termini impiegati dalle norme incriminatrici (su tutte: [sent. n. 96/1981](#), ma anche [sents. nn. 34 /1995](#) e [25/2019](#)), ora a sanzionare gli erronei rinvii in esse contenuti ([sent. n. 185/1992](#)). Sono poi riportate analoghe pronunce in materia di misure di prevenzione ([sents. nn. 24/2019](#) e [177/1980](#)); nelle casistiche citate, si precisa, la declaratoria muove dal rilevato contrasto delle norme oggetto di scrutinio «con vari [...] parametri costituzionali»<sup>11</sup>. Ancora: con specifico riguardo al profilo regionale, la Consulta ricorda i provvedimenti con i quali essa ha sanzionato quella mala tecnica legislativa, «foriera di incertezza [...] e idonea a] tradursi in cattivo esercizio delle funzioni affidate alla cura della pubblica amministrazione» ([sents. nn. 364/2010](#) e [70/2013](#))<sup>12</sup>.

In ordine ai riferimenti esteri, invece, la Corte dà conto – in via generale – del ruolo svolto da giurisdizioni ad essa affini. Si riporta, a tal riguardo, l'esperienza d'Oltralpe, ove «l'accessibilità e l'intelligibilità della legge impongono al legislatore di adottare disposizioni sufficientemente precise al fine di proteggere gli individui dal rischio di applicazioni arbitrarie delle leggi»<sup>13</sup>; tali istanze di garanzia si legano al «principio di eguaglianza dinanzi alla legge, proclamato dall'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, non potendo esservi effettiva eguaglianza – ad avviso del Conseil – se non quando i cittadini abbiano una “conoscenza sufficiente delle norme loro applicabili”»<sup>14</sup>. Anche il caso tedesco viene analizzato; in particolare, si citano la «precisione» e la «chiarezza normativa», corollari diretti del principio dello Stato di diritto, costituzionalizzato all'art. 20, comma 3, della Legge fondamentale.<sup>15</sup>

È nella consapevolezza di questo sostrato concettuale che il Collegio afferma «[l]'esigenza di rispetto di standard minimi di intelligibilità del significato delle proposizioni normative»<sup>16</sup>. Senza incedere in *self-restraint* di sorta, il Giudice espande le garanzie di comprensibilità del precetto oltre al diritto penale, osservando che «sarebbe errato ritenere che tale esigenza non sussista affatto rispetto alle norme che regolano la generalità dei rapporti tra la pubblica amministrazione e i cittadini, ovvero i rapporti reciproci tra questi ultimi. Anche in questi ambiti, ciascun consociato ha un'ovvia aspettativa a che la legge definisca ex ante, e in maniera ragionevolmente affidabile, i limiti entro i quali i suoi diritti e interessi legittimi potranno trovare tutela, sì da poter compiere su quelle basi le proprie libere scelte d'azione.»<sup>17</sup>

---

[Una legge «radicalmente oscura» è incompatibile con la Costituzione. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 110/2023, retro](#), rispettivamente, 461 ss. e 715 ss.

<sup>8</sup> Punto 4.3.3 del *Considerato in diritto*.

<sup>9</sup> Si veda, *infra*, la nota n. 31.

<sup>10</sup> Punto 4.3.2.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>11</sup> Punto 4.3.2.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>12</sup> Punto 4.3.2.3 del *Considerato in diritto*.

<sup>13</sup> Punto 4.3.5 del *Considerato in diritto*.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> *Ibid.*

Per un confronto tra il sistema italiano e quello spagnolo, cfr. P. DAMIANI, *La certezza del diritto come parametro nei giudizi di costituzionalità. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, in *Giur. cost.*, 1999, 3, 2347-2360.

<sup>16</sup> Punto 4.3.3 del *Considerato in diritto*.

<sup>17</sup> *Ibid.*

Si evidenzia dunque che «una norma radicalmente oscura [...] vincola in maniera soltanto apparente il potere amministrativo e giudiziario, in violazione del principio di legalità e della stessa separazione dei poteri»<sup>18</sup>. Contestualmente, si paventa il rischio che una disposizione siffatta implichi «un'applicazione diseguale della legge, in violazione di quel principio di parità di trattamento tra i consociati, che costituisce il cuore della garanzia consacrata nell'art. 3 Cost.»<sup>19</sup>

L'impugnata norma viene considerata un «esempio paradigmatico di un enunciato normativo affetto da radicale oscurità»<sup>20</sup>, attesa anche la sua mancata collocazione in un corpo normativo preesistente; condizione, quest'ultima, che rende impossibile «utilizzare il prezioso strumento dell'interpretazione sistematica, che presuppone l'inserimento della singola disposizione in un contesto normativo che si assume connotato da interna coerenza.»<sup>21</sup>

In ultimo, viene ribadito il contrasto della norma con «il principio di legalità dell'azione amministrativa» (i) e con le «esigenze minime di eguaglianza di trattamento dei consociati» (ii); si aggiunge, poi, l'impossibilità – per il privato – di esercitare il «proprio diritto di difesa in giudizio contro l'eventuale provvedimento negativo [...], proprio in ragione dell'indeterminatezza dei presupposti della legge che dovrebbe assicurargli tutela contro l'uso arbitrario della discrezionalità amministrativa»<sup>22</sup> (iii).

Nonostante questo quadro composito, la declaratoria di incostituzionalità viene resa per il solo motivo *sub* ii), restando peraltro assorbite le «questioni formulate in riferimento agli artt. 9 e 117, secondo comma, lettera s), Cost.»<sup>23</sup>

### 3. Profili innovativi

Così statuendo, la Corte ha rivoluzionato la propria giurisprudenza in materia di conoscibilità del precetto e tecnica legislativa, individuando una soluzione innovativa al problema della legge incomprensibile. Da lungo tempo, del resto, la dottrina si domandava se esistesse un autonomo vizio costituzionale alla luce del quale sanzionare oscurità e disordine legislativi<sup>24</sup>.

Da un lato, vi è chi ha sostenuto che fosse «arduo ipotizzare un autonomo vizio di legittimità»<sup>25</sup> o, più radicalmente, che sussistesse addirittura una sostanziale «inidoneità del giudizio costituzionale»<sup>26</sup> in materia. Seguendo la stessa linea, taluni hanno ritenuto che «non convinc[esse] la tesi che i problemi delle incertezze e delle oscurità del sistema po[tessero] essere affrontati

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> Punto 4.3.6 del *Considerato in diritto*.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Punto 4.4 del *Considerato in diritto*.

<sup>24</sup> R. PINARDI, S. SCAGLIARINI, *Sindacato sulle leggi e tecnica legislativa: un giudizio senza parametro?* in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008, 1747-1776; G. M. SALERNO, *La tecnica legislativa e la chiarezza normativa nella giurisprudenza costituzionale più recente*, in *Rass. parl.*, 1997, 4, 1034-1070; R. ROMBOLI, *Tecnica legislativa e qualità della legislazione: l'inidoneità del giudizio costituzionale a verificarne i vizi*, in *Foro it.*, 2008, 1422-1425; M. RUOTOLO, *La progettazione legislativa. Un'esigenza di rilievo costituzionale?* in *Giur. it.*, 2000, 2440-2446; V. CAIANIELLO, *Il drafting delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1999, 1, 15-26; L. CUOCOLO, *I "maxi-emendamenti" tra opportunità e legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2004, 6, 4753-4770; F. DAL CANTO, *La qualità della normazione e i suoi custodi*, in M. Cavino, L. Conte (curr.), *La tecnica normativa tra legislazione e giudici. Seminario annuale del Gruppo di Pisa. Novara 15-16 novembre 2013*, Napoli, 2014, 53-102; S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Tecniche di normazione e tutela dei diritti fondamentali: il punto di vista della giurisprudenza costituzionale*, in A. Ruggeri et al. (curr.), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali. Atti dell'incontro di studio svoltosi a Messina il 14 dicembre 2006*, Torino, 2007, 211-237; A. D'ALOIA, P. MAZZINA, *Qualità della legge e giustizia costituzionale: appunti intorno ad una questione aperta*, in V. Coccozza, S. Staiano (curr.), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale. Atti del convegno di Napoli svoltosi nei giorni 12 e 13 maggio 2000*, Torino, 2001, 841-867.

<sup>25</sup> G. SALERNO, *La tecnica legislativa*, cit., 1035.

<sup>26</sup> R. ROMBOLI, *Tecnica legislativa*, cit.



facendo riferimento ad un preteso generico parametro [...] individuato nella chiarezza dell'ordinamento»<sup>27</sup>.

Diametralmente opposte – e, invero, minoritarie – sono state le aperture in favore dell'esistenza di un vincolo di «buona scrittura» per il legislatore. La ricerca dell'idoneo parametro di giudizio ha tuttavia restituito esiti plurimi<sup>28</sup>, tanto che ci si è chiesti, emblematicamente, se il sindacato sulla tecnica legislativa non fosse effettivamente «un giudizio senza parametro»<sup>29</sup>. Da un lato, alcuni autori hanno affermato con tenacia il rilievo del principio di certezza del diritto; principio, questo, da ricavarsi a partire dalla regola dell'osservanza *ex art. 54 Cost.*, in combinato disposto con ulteriori norme costituzionali<sup>30</sup>. Altri, in alternativa, hanno ritenuto di ancorare la chiarezza normativa alla ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, sposando l'idea secondo la quale «[s]e la norma è irrimediabilmente incomprensibile sarà sempre irrimediabilmente irragionevole»<sup>31</sup>.

La Corte, con la sentenza in commento, ha evidentemente valorizzato quest'ultima impostazione. Infatti, è proprio sulla base dell'argomentato contrasto con il terzo articolo della Carta, sostenuto peraltro sin nell'atto di ricorso *ex art. 127 Cost.*, che opera la scure della Consulta.

In ogni modo, tale intervento del Giudice delle leggi non è del tutto esente da precedenti. Diverse sono state le decisioni della Consulta che hanno preso posizione, più o meno mediamente, sulla qualità della tecnica normativa impiegata dal legislatore. Come già precisato, la Corte opera – con la sentenza in esame – una parziale ricostruzione della propria precedente giurisprudenza. Tra i provvedimenti citati, spiccano due pronunce. Dapprima, viene citata la [sent. n. 96/1981](#), la quale dichiarò – a suo tempo – l'incostituzionalità del reato di plagio. La fattispecie di cui all'art. 603 c.p. veniva paragonata, in tal sede, ad «una mina vagante»<sup>32</sup> dell'ordinamento, stante «l'impossibilità di attribuire ad essa un contenuto oggettivo, coerente e razionale»<sup>33</sup>; sulla legislazione (penale) – secondo la pronuncia – grava infatti l'onere «di determinare la fattispecie criminosa con connotati precisi in modo che l'interprete, nel ricondurre un'ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da un fondamento controllabile.»<sup>34</sup>

Altrettanto importante è il riferimento alla [sent. n. 185/1992](#), secondo la quale – sempre in materia penale – il mero «errore materiale [...] costituisce per il cittadino una vera e propria insidia, palesemente idonea ad impedirgli la comprensione del precetto penale, o, quantomeno, a fuorviarlo.»<sup>35</sup> Tali considerazioni bastarono a fondare l'intervento forte della Consulta, che censurò la norma incriminatrice oggetto di scrutinio per contrasto con il principio di tassatività. La

---

<sup>27</sup> V. CAIANIELLO, *Il drafting delle leggi*, cit., 18.

<sup>28</sup> Un'efficace sintesi è offerta da E. LONGO: «È stato proposto di ritenere illegittime, perché “oscuri”, disposizioni rispetto alle quali “non è possibile argomentare l'estrazione di una norma vincolante” assumendo che certe disposizioni costituzionali presuppongono la conoscibilità e conoscenza delle norme (artt. 13, 15, 54, 73 Cost.) o che altre stabiliscono una procedura sulla approvazione delle leggi che si riferisce anche al testo delle leggi (art. 72 Cost.).» (*Brevi note sul contributo recente della Corte costituzionale alla qualità della legislazione*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 1/2022, 419)

<sup>29</sup> R. PINARDI, S. SCAGLIARINI, *Sindacato sulle leggi e tecnica legislativa*, cit.

<sup>30</sup> M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2002, 117 ss. A. TOSCANO, *Chiarezza, omogeneità e retroattività della legge. Alcune riflessioni su forma di stato e fonti del diritto*, Milano, 2012, 36.

<sup>31</sup> F. DAL CANTO, *La qualità della normazione*, cit., 88; l'A. sostiene infatti quanto segue: «Se il giudizio sulla ragionevolezza [...] comporta che sia esaminata la coerenza delle disposizioni, sia all'interno del testo legislativo che nel contesto normativo, “la rispondenza degli interessi tutelati dalla legge ai valori ricavabili dalla tavola costituzionale o al bilanciamento tra gli stessi” nonché “la congruità tra mezzi approntati e fini perseguiti”, pare possibile affermare come tale parametro, in tutte le sue accezioni, possa dirsi osservato solo sul presupposto che la norma oggetto del sindacato sia, prima di tutto, sufficientemente conoscibile e chiara.»

Sulla stessa linea – ma meno perentoria – è l'idea secondo cui vi sarebbe un'astratta idoneità delle regole di *drafting* «a fungere da inizi sintomatici ed elementi di valutazione nell'ambito [...] del sindacato sulla ragionevolezza» (A. D'ALOIA, P. MAZZINA, *Qualità della legge e giustizia costituzionale*, cit., 866); nei termini, cioè, di una «presunzione di irragionevolezza» (*ibid.*).

<sup>32</sup> Punto 16 del *Considerato in diritto* della [sent. n. 96/1981](#).

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> *Ivi*, punto 2 del *Considerato in diritto*.

<sup>35</sup> [Sent. n. 185/1992](#), punto 2 del *Considerato in diritto*.

peculiarità della pronuncia sta nel fatto che «è direttamente l'errore materiale di redazione del testo legislativo a determinare una condizione di irrazionalità e contraddittorietà rispetto al contesto normativo in cui la disposizione è inserita»<sup>36</sup>. Una dottrina critica ha osservato come «il congiunto riferimento all'art. 3, al principio di determinatezza [...] ed al principio di coerenza dell'ordinamento rend[er]la difficile la risposta all'interrogativo se l'errore materiale vizi solo la legge penale.»<sup>37</sup> Altri, invece, hanno valorizzato la pronuncia, sottolineandone le potenzialità garantistiche e proponendone l'estensione alla materia extra-penale<sup>38</sup>. Sullo stesso piano si è posta una autorevole dottrina, coeva al provvedimento, che, pur dando conto dell'«incertezza del percorso argomentativo della Corte» e dell'«eccesso di argomenti esposti»<sup>39</sup>, segnalava come «la sentenza [...] costitui[ss]e un importante precedente che [avrebbe potuto] aprire la strada a dichiarazioni di incostituzionalità nel caso di leggi così mal redatte da violare principi implicitamente posti da disposizioni costituzionali»<sup>40</sup>.

A ben vedere, così è stato. Con la [sentenza n. 110/2023](#), tirando le fila delle proprie precedenti intuizioni, la Consulta ha finalmente affermato, in via espressa, l'autonomo rilievo costituzionale della tecnica legislativa; esigenza, questa, che tocca – per espressa statuizione della Corte – ogni settore dell'ordinamento ed ogni norma del sistema, comprese quelle che regolano i rapporti orizzontali tra privati. L'innovatività della pronuncia, dunque, risiede proprio in questo *passo in più*; nell'avere, cioè, emancipato l'esigenza della buona normazione, che, oggi, rileva da sé e tocca l'ordinamento nel suo complesso<sup>41</sup>.

#### 4. Considerazioni critiche

Senza disconoscere l'importante traguardo raggiunto con la pronuncia in esame, deve darsi conto di un essenziale nodo problematico: quello del parametro. Come visto, la pronuncia di che trattasi muove dall'art. 3 e dal connesso principio di ragionevolezza. Questa scelta, peraltro, pare contrastare con una posizione assunta in passato dalla Consulta, la quale ritenne di non poter ricondurre le mancanze della tecnica legislativa alla irragionevolezza, in quanto: «[n]on è compito di questa Corte procedere ad aggiustamenti delle norme [...] per mere esigenze di coerenza sistematica e simmetria, in ossequio ad un astratto principio di razionalità del sistema normativo, senza che si possano rilevare lesioni di principi o regole contenuti nella Costituzione o di diritti costituzionalmente tutelati»<sup>42</sup>. Siccome la ragionevolezza assurge oggi a regola aurea del *drafting* normativo, siamo di fronte ad un *overruling*.

Ciò posto, è necessario domandarsi se la decisione di impiegare tale parametro sia concettualmente corretta. Sembra doversi propendere per una risposta negativa: il tentativo di spingere l'art. 3 Cost. verso un'eccessiva dilatazione, idonea a snaturarne la reale – e più ristretta – portata normativa, appare una forzatura. Secondo la nozione “tradizionale”, sussiste invero un legame indissolubile tra uguaglianza e ragionevolezza<sup>43</sup>: la seconda integrerebbe un corollario della

<sup>36</sup> A. D'ALOIA, P. MAZZINA, *Qualità della legge e giustizia costituzionale*, cit., 859.

<sup>37</sup> V. CAIANIELLO, *Il drafting delle leggi*, cit., 25.

<sup>38</sup> R. PINARDI, S. SCAGLIARINI, *Sindacato sulle leggi e tecnica legislativa*, cit., 1755.

<sup>39</sup> G. U. RESCIGNO, *L'errore materiale del legislatore, la cattiva redazione delle leggi e la Corte*, in *Giur. cost.*, 1992, 2426.

<sup>40</sup> Ivi, 2428.

<sup>41</sup> Su questo, cfr. P. C(OSTANZO), che rileva come «l'essenziale è stato di aver potuto battezzare [...] un preciso parametro normativo che valesse da orientamento immediato per tutti i legislatori e soprattutto immettesse definitivamente la Corte nel circuito del buon confezionamento delle leggi» ([Ancora un \(notevole\) avanzamento nella giustiziabilità del drafting legislativo](#), cit., 462).

<sup>42</sup> [Sent. n. 182/2007](#).

<sup>43</sup> Su questo si legga C. ESPOSITO, secondo il quale «non si può sostenere [...] che il controllo di giustizia delle leggi [...] sia consentito quando esistono affermazioni del legislatore sulla parità o disparità delle situazioni disciplinate. In questa ipotesi il controllo di giustizia operato dal giudice lungi dall'essere ammissibile come più limitato sarebbe anzi più esteso e costituirebbe contemporaneamente controllo della verità delle valutazioni legislative» (*Osservazione alla*

prima, talché nella ragionevolezza si rinverrebbe un mero schema di scrutinio costituzionale, attuativo del principio d'uguaglianza. Detto binomio viene peraltro rimarcato dalla Consulta con la stessa sentenza in commento, che tratta *expressis verbis* di «canone di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.»<sup>44</sup>, così evidenziando il radicamento del primo nel principio d'uguaglianza; la disparità di trattamento domina l'argomentazione della Corte, per la quale l'oscurità della lettera costituisce un pericolo proprio perché conduce alla diseguale applicazione della disciplina<sup>45</sup>. Se questo è il presupposto – se, cioè, la ragionevolezza meramente sanziona «la legge [...] che] senza un ragionevole motivo, faccia un trattamento diverso ai cittadini che si trovino in eguali situazioni»<sup>46</sup> – allora viene in rilievo una considerazione: è pur vero che l'incertezza di disciplina cagiona il moltiplicarsi delle interpretazioni e che, a catena, tale situazione costituisce terreno fertile per la *disparità* di trattamento; tuttavia, questo pare essere un effetto del vizio, non già il vizio in sé. Quest'ultimo si integra – a monte – nella *incomprensibilità* della lettera, di per sé inammissibile in un sistema di diritto scritto<sup>47</sup>.

Comunque sia, risulterebbe altrettanto problematico ricondurre la decisione della Corte alla nozione “evoluta” della ragionevolezza<sup>48</sup>. È necessario spiegare, in via preliminare, che cosa si intende con la locuzione “nozione evoluta”. Parzialmente emancipatosi dal nesso con l'art. 3 Cost.<sup>49</sup>, il principio di ragionevolezza ha visto una costruzione progressiva e caotica nella giurisprudenza costituzionale italiana. Esso è così divenuto, secondo l'impostazione maggioritaria, un contenuto estremamente eterogeneo; Paladin scriveva che «il cosiddetto principio di ragionevolezza si risolve in una denominazione riassuntiva di tecniche o di criteri valutativi assai diversi»<sup>50</sup>. A seguito dell'estensione del campo d'operatività del principio, per ammissione della Corte, non è possibile addivenire a «criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati»<sup>51</sup>. In definitiva, usando le parole dello stesso Ufficio Studi della Consulta, «attraverso la breccia della ragionevolezza si sono ampliati i contorni della legittimità costituzionale»<sup>52</sup>. Si sarebbe dunque di fronte ad un criterio non riconducibile ad unità<sup>53</sup>, ad una norma di chiusura<sup>54</sup> dai limiti indefiniti.

---

sentenza 14 luglio 1958, n. 5, in *Giur. cost.*, 1958, 606). Cfr. anche L. PALADIN, che rimarca come la «conformità del diritto alla “natura delle cose” non concerne [...] l'eguaglianza, ma costituisce un problema di giustizia.» (*Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, 194).

<sup>44</sup> Considerato in diritto, punto 4.3.2.

<sup>45</sup> Si legga il Considerato in diritto 4.3.3.

<sup>46</sup> [Corte cost., sent. n. 15/1960.](#)

<sup>47</sup> Cfr., *infra*, § 4, 5.

<sup>48</sup> Comunque, apparentemente non utilizzata dalla Consulta nel caso di specie, per le ragioni pocanzi esposte.

<sup>49</sup> Per M. OLIVETTI, «[l]a ragionevolezza deriva dall'eguaglianza “come Eva da una costola di Adamo” [...]. Tuttavia la ragionevolezza, sempre come Eva rispetto ad Adamo, si è poi staccata dal principio di uguaglianza, divenendo un principio giuridico autonomo, dalla portata molto ampia, e dai contorni spesso equivoci e indeterminati.» (*Diritti fondamentali*, Torino, 2020, 160). Analogamente, per F. SORRENTINO, la giurisprudenza in materia di ragionevolezza «muove [...] da diverse premesse concettuali, non riconducibili allo schema trilatero del rapporto caratterizzante il principio di eguaglianza, e costituisce il primo avvio del controllo di ragionevolezza in rapporto al principio di non contraddizione.» (*L'eguaglianza nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di uguaglianza. Atti del convegno in ricordo di Livio Paladin. Padova 2 aprile 2001*, Padova, 2002, 125). È stato inoltre scritto che «[è] palese come questa costruzione giurisprudenziale abbia reso “irricognoscibile” l'art. 3 Cost., che costituisce solo la “parte emergente dell'iceberg” nella quale è contenuta “la regola di *rationabilitas* delle leggi”» (A. CELOTTO, *Art. 3, 1° co., Cost.*, in A. Celotto et al. [curr.], *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, I, 81). Per una ricostruzione storica di questo allontanamento dalla lettera dell'art. 3 Cost.: A. S. AGRÒ, *La nascita del controllo di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. Cerri (cur.), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Roma, 2007, I, 223-234.

<sup>50</sup> L. PALADIN, *Ragionevolezza (Principio di)*, in *Enc. dir.*, I agg., 1997, 905.

<sup>51</sup> [Sent. n. 1130/1988](#), riportata da J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1997, XII, 349.

<sup>52</sup> CORTE COSTITUZIONALE. SERVIZIO STUDI, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Corte costituzionale portoghese*, Roma, 2013, reperibile sul [sito della Corte](#), 12.

<sup>53</sup> Cfr. L. PALADIN, *Ragionevolezza*, cit., 902.

Seguendo tale impostazione, sarebbe conseguentemente possibile censurare, in quanto irragionevoli, discipline variamente illogiche, incoerenti o sproporzionate rispetto al fine, anche eventualmente in esito a valutazioni di stampo equitativo<sup>55</sup>. Siccome un siffatto procedimento decisorio nasconde evidenti insidie<sup>56</sup>, pare opportuno non espungerlo dalla dogmatica del processo costituzionale, ma quantomeno rivestirlo di un carattere surrogatorio. Del resto, è stato scritto che «[m]entre il giudizio tradizionale di legittimità costituzionale viene concepito come verifica di un contrasto puntuale tra una norma ricavata dalla legge [...] con una norma ricavata dalla costituzione, il controllo della ragionevolezza si occupa di relazioni più complesse»<sup>57</sup>; da ciò discendono la tortuosità e la difficoltà dello scrutinio in esame, che invoca criteri di giudizio tanto raffinati da rasentare l'impalpabilità<sup>58</sup>. Sicché, quantomeno per ragioni di economia processuale, sembrerebbe preferibile scomodare il giudizio di ragionevolezza solo in via sussidiaria, allorché cioè non sia possibile impiegare altri (e più lineari) parametri. Questo ha una sostanziale ricaduta nel caso di specie. Invero, anche nella (denegata) ipotesi in cui si volesse supporre che la Consulta, con la pronuncia in esame, abbia inteso ascrivere il requisito della chiarezza alla ragionevolezza in senso largo, si dovrebbe comunque dar conto della effettiva possibilità di percorrere una strada alternativa e più convincente.

A ben vedere, infatti, un parametro più adeguato al quale legare la tecnica normativa si rinviene, come già autorevolmente sostenuto<sup>59</sup>, nel principio di certezza del diritto. Inteso in termini oggettivi<sup>60</sup>, detto principio esprime la possibilità di prevedere gli effetti giuridici di un dato atto o fatto; come proposto da una dottrina, ci si può riferire al contenuto in vaglio con il termine composto «certezza-prevedibilità»<sup>61</sup>. La nozione – che si arricchisce talora di precisazioni ulteriori<sup>62</sup>

<sup>54</sup> «[L]’eguaglianza è ormai da tempo recepita come principio di chiusura di ogni manifestazione della funzione legislativa che è ancora a coerenza o a ragionevolezza.» (P. CASAVOLA, *La giustizia costituzionale nel 1994*, 6).

<sup>55</sup> Tale considerazione si deve ad A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, 1991, 22. In una pronuncia, la Corte ha del resto trattato, in senso ampio, di ragionevolezza come «razionalità pratica, matrice dell’equità» (*sent. n. 74/1992*, sempre riportata da J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., 349). Significativo, in questo senso, è anche il richiamo all’*equitas* medievale da parte del Presidente della Corte costituzionale P. GROSSI, nella conferenza stampa annuale del 2017 (e riferita al precedente anno giudiziario): «davanti al giudice delle leggi [...] è come se il discorso sulla legislazione, di carattere intrinsecamente emendativo, riprendesse a svolgersi fuori dal piano della politica e si trasferisse, entro i limiti suoi propri, nella dimensione eminentemente giuridica: nella quale, oltre i confini della “lite” e tuttavia con le garanzie di un contraddittorio, gli argomenti e le ragioni si confrontano in termini di compatibilità e sono valutati secondo una razionalità ragionevole o, se si volesse, secondo *bonum et aequum*.» (*Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2016*, 2).

<sup>56</sup> Cfr. PALADIN, che denuncia «gravissime ragioni di dubbio» circa determinati impieghi del principio (*Ragionevolezza*, cit., 906); si rinvia inoltre alla precedente nota 4.

<sup>57</sup> J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., 351.

<sup>58</sup> Cfr. su questo G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ (*Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012), i quali trattano di «pervasività del concetto» e di «inafferrabilità del suo contenuto, che mal si presta a essere racchiuso in una formula» (*ivi*, 202). Diversi sono stati i tentativi di sistematizzare le tecniche decisorie ed i profili contenutistici della ragionevolezza; si segnala, *ex multis*, quanto scritto da A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2022, 143-196, i quali peraltro riportano le relazioni annuali dei Presidenti della Corte citate *supra*.

Ad ogni modo, ZAGREBELSKY difende la vaghezza del principio, sulla base dell’idea secondo cui «l’interpretazione accettabile come ragionevole è quella che risponde alle esigenze del caso valutate alla luce dei principi costituzionali» (*Uguaglianza e giustizia nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di uguaglianza*, cit., 72). Cfr., chiaramente, anche ID., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992.

<sup>59</sup> Su tutti: M. AINIS *La legge oscura*, cit., e A. TOSCANO *Chiarezza, omogeneità e retroattività della legge*, cit.

<sup>60</sup> Il principio ha infatti una anche manifestazione soggettiva, che esprime la «esigenza di assicurare stabilità alle situazioni giuridiche soggettive e all’ordinamento giuridico che disciplina quelle situazioni» (S. MARGIOTTA, *Certezza del diritto e diritto positivo*, in *Nomos*, 2021, 1, 17). In altri termini, risulta centrale la nozione di affidamento o di «sicurezza dei rapporti giuridici, in virtù di una presumibile stabilità della regolamentazione, o *coherence* tra normative susseguentisi nel tempo» (L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Digesto online*, Torino, 1988).

<sup>61</sup> Si legga F. F. PAGANO (*Legittimo affidamento e attività legislativa*, Napoli, 2018, 57). L’A. differenzia la «certezza-prevedibilità» dalla «certezza-affidamento», rinviando la seconda espressione alla certezza delle situazioni giuridiche soggettive.

– sempre si ripropone «in termini di conoscenza del contenuto delle disposizioni di legge da parte dei loro destinatari, tale da consentire all'individuo di prevedere con esattezza le conseguenze giuridiche delle proprie condotte individuali»<sup>63</sup>.

Alle condizioni di fatto idonee ad assicurare un maggior grado di certezza giuridica, la letteratura spesso ascrive il rispetto delle corrette regole sulle fonti<sup>64</sup>; secondo una tesi, ciò costituisce «la condizione principe della certezza» medesima<sup>65</sup>. Dovendosi ricondurre le regole di *drafting* alla disciplina delle fonti, può conseguentemente affermarsi che la corretta redazione delle leggi sia presupposto imprescindibile del rispetto del principio di certezza. Sicché, in ultima analisi, la legge è da intendersi come “buona” allorché gli elementi normativi che vanno a comporre l'ordinamento siano, come nel motto rousseauiano, «chiari, brevi, precisi»<sup>66</sup>.

Può ben dirsi che la Corte costituzionale sia consapevole della rilevanza di una «certezza-prevedibilità» espressa in questi termini e ne abbia dato nota in più sedi. Del resto, già nel 1999 la più attenta dottrina constatava come, per far fronte al «crescente [...] contesto di sempre maggiore frammentazione legislativa e normativa, e di oscurità del linguaggio giuridico»<sup>67</sup>, la Corte avesse «“inventato” l'esistenza di un “valore” (o “principio”) costituzionale di certezza»<sup>68</sup>, evidenziandone così il forte nesso con la tecnica legislativa. L'osservazione era (ed è) suffragata da più indici.

Anzitutto, è significativo dar conto di come la Consulta non abbia mai dichiarato l'inammissibilità del parametro di certezza, talora allegato<sup>69</sup>. In questo senso, in relazione al rapporto tra norme interne e comunitarie, statuisce il giudice delle leggi che «non si rinviene [...] alcun ostacolo processuale in grado di precludere alla Corte la piena salvaguardia, con proprie decisioni, del valore costituzionale della *certezza e della chiarezza normativa*»<sup>70</sup>. L'organo si pone su di una linea simile anche allorché, pochi anni più tardi, con la [sent. n. 286/2004](#), dichiara inammissibile una questione testualmente promossa in relazione al «*principio di certezza del diritto*»<sup>71</sup> senza tuttavia escluderne la dignità giuridico-costituzionale. Non solo: la Consulta si spinge anche oltre, arrivando a sondare nel dettaglio la compatibilità delle disposizioni con il suddetto valore; il dispositivo della [sent. n. 253/2015](#) è emblematico: qui si «dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale [...] di una norma], promossa, in riferimento [...], tra gli altri, ai] *principi di chiarezza normativa e di certezza del diritto*»<sup>72</sup>.

Un ulteriore indice – ancorché *extra*-giuridico – di questa apertura della Corte al principio di certezza si è avuto con le granitiche parole spese dal Presidente della Corte costituzionale nella relazione sulla giustizia costituzionale del 2003; in questa sede, si interpreta una importante pronuncia del collegio (la [sent. n. 314/2003](#)) come facente parte di una «linea giurisprudenziale propria di altre Corti, che considerano costituzionalmente illegittime, in quanto in violazione del *principio di certezza del diritto*, le formule legislative che valgono a dissimulare la portata normativa.»<sup>73</sup>

<sup>62</sup> G. ALPA, ad esempio, pur aderendo alla tesi della prevedibilità, ritiene utile dar nota delle varie articolazioni del concetto (*La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, 14).

<sup>63</sup> S. PRADUROUX, *Certezza del diritto*, in *Digesto online*, Torino, 2014.

<sup>64</sup> Cfr., in questo senso, G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2018, 2, 517-544.

<sup>65</sup> L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, cit., La citazione originale contempla anche interpretazione, argomentazione e processo.

<sup>66</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Considerazioni sul governo di Polonia e sul progetto di riformarlo*, in ID., *Scritti politici*, Bari, 1971, III, 229; considerazione efficacemente ripresa in termini pessimistici da B. G. MATTARELLA, che – nel descrivere la situazione italiana – ha utilizzato, per le leggi, i termini «molte, oscure, complicate» (*La trappola delle leggi. Molte, oscure complicate*, Bologna, 2011).

<sup>67</sup> P. DAMIANI, *La certezza del diritto come parametro*, cit., 2350.

<sup>68</sup> Ivi, 2360.

<sup>69</sup> Si legga MARGIOTTA, *Certezza del diritto*, cit., 19. I provvedimenti citati nel prosieguo sono indicati dall'Autore.

<sup>70</sup> [Corte cost., sent. n. 94/1995](#); corsivo aggiunto.

<sup>71</sup> [Corte cost., sent. n. 286/2004](#); corsivo aggiunto.

<sup>72</sup> [Corte cost., sent. n. 253/2015](#); corsivo aggiunto.

<sup>73</sup> G. ZAGREBELSKY, [La giustizia costituzionale nel 2003](#), 34; corsivo aggiunto.

Ciò premesso, è tuttavia da constatare come la Corte abbia seguito, negli anni, una linea piuttosto altalenante in materia<sup>74</sup>. Non solo la certezza del diritto non ha mai visto una costruzione coerente e «di sistema» nei provvedimenti della giurisdizione costituzionale, ma è anzi spesso stata scalzata da concetti (e, come visto, parametri) di stampo differente. Così, le decisioni coinvolgenti – in via più o meno diretta – la qualità della normazione sono state talora racchiuse al sotto di una «chiarezza» normativa intesa in senso lato ed i passaggi argomentativi più rilevanti in ordine alla tecnica legislativa spesso derubricati ad argomenti *ad adiuvandum*, meramente aggiuntivi rispetto a profili di incostituzionalità evidentemente considerati più pregnanti<sup>75</sup>. Da ultimo, la Corte ha eletto l'art. 3 – già efficacemente definito, in passato, «parametro-“salvagente”»<sup>76</sup> – a baluardo di garanzia della comprensibilità delle leggi, espandendo eccessivamente la portata di tale principio ed omettendo di riconoscere la categoria dogmatica più corretta, che pare essere quella della «certezza-prevedibilità».

### 5. Prospettive future

Se è vero che la pronuncia in commento costituisce una presa d'atto storica del rilievo costituzionale della qualità della normazione, non è dunque detto che essa rappresenti il capitolo finale della saga. A ben guardare, infatti, la limitazione dell'indagine sulla tecnica legislativa al solo art. 3 della Carta tradisce parzialmente quella costruzione del valore della conoscibilità del precetto che, per piccoli passi, è stata promossa dalla Corte sin dalla [sent. n. 96/1981](#). Un valore, questo, omnicomprensivo e plurale, che non può essere contenuto nelle maglie del terzo articolo della Carta, né in quelle della mera ragionevolezza, suo surrogato.

L'esigenza di una buona legislazione, infatti, «attraversa tutte e nessuna tra le dichiarazioni costituzionali; ma sta di fatto che all'interno della costituzione [...] fa difetto una disposizione esplicita».<sup>77</sup> Così, per una convincente dottrina, la qualità della normazione è trasversalmente implicata dalla regola dell'osservanza *ex art. 54 Cost.*, dalle norme relative alle libertà personali ed economiche, dalla disciplina della pubblicazione della legge e – in senso ampio ed inclusivo – dal catalogo aperto dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 *Cost.*<sup>78</sup> Si può ben notare come tutte queste norme – non singolarmente considerate, ma costituite in sistema – concorrano a fondare il requisito della certezza delle leggi, in quanto lo presuppongono ai fini della propria applicazione.

In un celebre contributo del secolo scorso, Norberto Bobbio scriveva che «il diritto o è certo o non è neppure diritto»<sup>79</sup>. A ben vedere, la considerazione è fortemente implicante: nel campo del giuridico, la conoscibilità fonda la validità: l'incomprensibilità è un pericolo da combattere, poiché mina in nuce la possibilità stessa del messaggio normativo. Secondo un attento esame, «viene in gioco qualcosa di ben più profondo ed essenziale di un principio: viene in gioco una tra le specifiche condizioni di pensabilità del fenomeno giuridico, un presupposto o per meglio dire un prerequisito della produzione normativa, senza il quale essa smarrisce la propria ragion d'essere, e il diritto medesimo diventa in conclusione inconcepibile.»<sup>80</sup> Del resto, nascendo, la norma giuridica non può non aspirare all'effettività. Al netto della disputa dottrinale riguardante la prevalenza – nella sistematica filosofico-giuridica – degli effetti sulla validità (o viceversa), dato essenziale della produzione normativa è l'obiettivo finalistico: la disposizione, fisiologicamente, aspira ad essere

---

<sup>74</sup> Cfr. P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare. Contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, Napoli, 2007, 62 e s.

<sup>75</sup> Per G. M. SALERNO, «il difetto del messaggio legislativo assume generalmente un carattere accessorio rispetto alla norma parametro violata, ed il suo accertamento acquista un valore essenzialmente confermativo della violazione medesima» (*La tecnica legislativa*, cit., 1038 e s.).

<sup>76</sup> Ivi, 1039.

<sup>77</sup> M. AINIS, *La legge oscura*, cit., 120.

<sup>78</sup> Si rinvia agli autori citati nella nota 30.

<sup>79</sup> N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?* in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 150.

<sup>80</sup> M. AINIS, *La legge oscura*, cit., 123.

adempita. Ed è questo lo scopo che è perseguito, in prima battuta, dalla disciplina del *drafting*. Nella buona tecnica legislativa, insomma, si concreta il primo tassello della sistematica ordinamentale: «l'effettività formale delle norme [...], basata su imprescindibili requisiti di comprensibilità, coerenza e accessibilità, costituisce il presupposto dell'effettività sostanziale delle regole»<sup>81</sup>.

Se questa è la premessa – se, cioè, il fondamento costituzionale del *drafting* vede una costruzione multicentrica e sinergica – allora l'operazione teorica da seguire non è tanto quella della ricerca di una *singola* disposizione che, più o meno espressamente, enunci le istanze della qualità della normazione, bensì quella della ricostruzione di un principio dal fondamento *plurale*.

È incontestato che «la Costituzione non contiene solo regole ma anche, e *soprattutto*, principi»<sup>82</sup>, senza contare che anche i classici più risalenti del diritto costituzionale repubblicano enunciano espressamente che «nella violazione di legge (costituzionale) entrano tutti i vizi [...] derivanti dal contravvenire ai precetti rivolti dalla costituzione al legislatore, sia che si trovino concretati in norme specifiche ovvero in forma di principi generali, anche se solamente impliciti»<sup>83</sup>. Inoltre, ad oggi, «*i principî generali del diritto [...] corrispondono ai principî costituzionali*, norme che reggono l'intero ordinamento giuridico in quanto dotate anche della funzione di conferire razionalità sistematica e completezza all'ordinamento costituzionale.»<sup>84</sup> Calato nel procedimento di formazione della sentenza, il contenuto di principio non assolve ad una funzione solamente orientativa, ma innegabilmente normativa e, dunque, vincolante<sup>85</sup>.

Tale assetto sembra riaffermare la collocazione della «certezza-prevedibilità» nel campo del principio costituzionale. Trattasi infatti di un elemento certamente importante, fondamentale e persino anteriore al sistema, ma pur sempre di un principio. È invero principio anche quello che gioca una funzione costitutiva<sup>86</sup>; e tale è pure quello di certezza, «coessenziale alla vita stessa dell'ordinamento»<sup>87</sup>. Tale visione è confortata dalla giurisprudenza costituzionale, che, senza forgiare categorie alternative, riconduce i valori costitutivi dell'ordinamento nient'altro che all'ambito dei principi; ciò vale, ad esempio, per la separazione dei poteri<sup>88</sup> e per la laicità<sup>89</sup>. Al più, volendo sottolinearsi la radicale essenzialità del contenuto, si potrebbe azzardare<sup>90</sup> una riconduzione della certezza all'ambito dei principi supremi<sup>91</sup>.

La certezza del diritto, all'esito di questa costruzione, assume un carattere autonomo ed una dignità propria. Essa, inoltre, descrivendosi contenutisticamente come un criterio di conoscibilità del precetto da parte dei consociati, risulta marcatamente definita nella sua nozione e nelle sue

<sup>81</sup> G. CORSO ET AL., *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, 2022, 184.

<sup>82</sup> G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 222; corsivo aggiunto.

<sup>83</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, II, 1281.

<sup>84</sup> L. MEZZETTI, *Valori, principî, regole*, in Id. (cur.), *Principî costituzionali*, Torino, 2011, 20.

<sup>85</sup> Cfr. A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, 2003, 125.

<sup>86</sup> G. ALPA, *I principî generali*, Milano, 2006, 18-19.

<sup>87</sup> Ivi, 18.

<sup>88</sup> In ordine al tema, la Corte scrive: «[il] principio di separazione dei poteri [...], in relazione al potere giudiziario, “si atteggia a principio supremo e strutturale della tradizione costituzionale liberale”, non suscettibile di attenuazioni.» ([Corte cost., sent. n. 142/2018](#)).

<sup>89</sup> Nella celebre [Corte cost. sent. n. 203/1989](#) si legge: «i valori richiamati [agli artt. 2, 3 e 19] concorrono, con altri (artt. 7, 8 e 20 della Costituzione), a strutturare il principio supremo della laicità dello Stato, che è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica.»

<sup>90</sup> Trattasi, forse, di azzardo perché la Corte – allo stato – si dimostra timida pure nello sviluppo della «certezza-prevedibilità» quale principio semplice.

<sup>91</sup> Cfr. G. RAZZANO, *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2002. Scrive l'Autrice: «acquista rilievo il momento costitutivo dell'ordinamento giuridico. Non basta infatti che i principi supremi individuati di volta in volta dalla Corte non siano fra loro in irriducibile contraddizione: non lo debbono essere neanche con riguardo alla Costituzione, non già in quanto documento formale ma soprattutto in quanto atto storico di costituzione di un ordinamento. Sono appunto i principi supremi di un ordinamento costituzionale che, una tantum, è stato costituito.» (177).

implicazioni; di conseguenza, nemmeno richiede un legame con altri e diversi principi<sup>92</sup>, essendo immediatamente fondata dal testo costituzionale.

A fronte di queste considerazioni, si può supporre che l'evoluzione giurisprudenziale in materia di tecnica legislativa possa vedere ancora sviluppi e, segnatamente, che il principio di certezza del diritto possa giocare un ruolo centrale. Tale contenuto, come precisato, risulta essere anzitutto più adeguato nel rappresentare le istanze della buona normazione. E, in secondo luogo, potrebbe essere il miglior modo per sistematizzare *tutta* la giurisprudenza costituzionale (anche passata) concernente il tema<sup>93</sup>, che – indipendentemente dal parametro in concreto impiegato, di volta in volta, dalla Corte – è riconducibile, in prospettiva, ad una unità dogmatica di fondo.

---

<sup>92</sup> Segnatamente: quello che è stato definito *supra* (§4) come «nozione “evoluta” della ragionevolezza».

<sup>93</sup> Giurisprudenza che, peraltro, non si limita a quella citata nella [sentenza n. 110](#), ma vede ulteriori importanti esempi. A partire dalla [sent. n. 364/1988](#), giustamente considerata da L. DI MAJO «la sentenza spartiacque» in materia ([Una legge «radicalmente oscura» è incompatibile con la Costituzione.](#), cit., 720).



**Alessandro Rosario Rizza**  
**Il ricorso per conflitto tra poteri dello Stato e l'eccesso giurisdizionale.**  
**Limiti e presupposti\***

**ABSTRACT:** *The paper addresses the problem of excessive jurisdictional power. In particular, the possibility of appealing to the Constitutional Court to have the violation ascertained is analysed.*

SOMMARIO: 1. Il labile confine tra la *legis latio* e la *legis executio*. – 1.1. L'apertura della Corte costituzionale e la configurazione dell'eccesso del potere giurisdizionale. – 2. La legittimazione del giudice e la sentenza come oggetto del giudizio. Cenni. – 2.1. La possibilità giuridica e la soggezione del giudice soltanto alla legge. – 3. La differenza tra “disapplicazione” e “non applicazione della legge” ai fini dell'ammissibilità del conflitto tra poteri. – 3.1. Una ipotesi di eccesso giurisdizionale sindacabile: la disapplicazione della legge (ritenuta) incostituzionale dal giudice ordinario e il diverso caso della non applicazione. – 4. *Segue*. La “non applicazione” della legge quale inammissibile ipotesi di sindacato nel merito. Il rischio di una Corte costituzionale come giudice dell'impugnazione. – 5. Luci e ombre sul binomio disapplicazione/non applicazione della legge: l'opportunità di un approccio sostanziale.

### 1. *Il labile confine tra la legis latio e la legis executio*

Un tema dibattuto, specie nella teoria generale del diritto, riguarda la possibilità di sindacare, innanzi alla Corte costituzionale (nella sua veste di giudice dei conflitti – chiamata dunque ad accertare il perimetro esterno del corretto esercizio del potere, ai sensi dell'art. 37 della legge n. 87 del 1953) l'eccesso del potere giurisdizionale, che vedrebbe contrapposto il legislatore (statale o regionale) al giudice comune (inteso come potere dello Stato diffuso) che, andando a risolvere una data controversia *z*, sia finito per eccedere la sfera tipica della propria *potestas*, sconfinando dalla “interpretazione” del diritto alla “normazione” sostanziale.

Prima di passare in rassegna la posizione assunta dalla Corte costituzionale, e il *discrimen* individuato dalla stessa tra esercizio legittimo e illegittimo del potere giurisdizionale da parte del giudice ordinario (che sarà oggetto di precipua trattazione a partire dal terzo paragrafo), nei primi due paragrafi del presente contributo si illustrerà in breve, sotto un profilo teorico, la figura dell'eccesso del potere giurisdizionale quale ipotesi deducibile innanzi alla Corte costituzionale.

Come noto, la problematica è stata delineata da Hans Kelsen che, nella sua opera sui problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, era andato ad individuare una linea di demarcazione tra il potere del Parlamento e quello dell'organo giudizio<sup>1</sup>.

Tuttavia, nei suoi *Lineamenti di teoria*, ha osservato che tra il momento della produzione astratta e quello della applicazione concreta della legge (il c.d. salto “*disposizione-norma*”) non può esistere un confine netto, ma qualcosa di decisamente più sfumato: ciò in quanto tra le due figure si può intravedere, sostiene il giurista, una “*gerarchia interscambiabile*”, perché esse finiscono per influenzarsi l'una con l'altra, modellandosi e determinandosi nella loro concretezza applicativa<sup>2</sup>.

D'altra parte, come noto, il giudice, andando ad applicare i criteri di risoluzione delle antinomie normative, *de facto* tende ad adattare l'astrattezza del diritto alla peculiarità del caso, e, attraverso questa operazione esegetica, va a colmare le lacune dell'ordinamento: un ruolo non molto dissimile - verrebbe da dire - da quello svolto dal formante dottrinale, dedito alla “*integrazione del diritto, ove questo sia lacunoso*”, tendente alla ricerca della corretta “*soluzione di antinomie*” ove il sistema “*sia*



<sup>1</sup> H. KELSEN, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* (1911), Napoli, 1997, 21.

<sup>2</sup> Nello specifico, ritiene Hans Kelsen che il contrasto tra la *legis-latio* e la *legis-executio* “*non rappresenta che il rapporto fra due tappe successive del processo di produzione del diritto. In ogni caso, però, non si tratta di un accostamento di funzioni più o meno prive di relazioni, o addirittura essenzialmente differenti, ma di una gerarchia, di una sovra e sott'ordinazione di gradi di diritto, che*” – osserva ancora il giurista – “*si determinano reciprocamente*”: H. KELSEN, *Lineamenti di teoria generale dello Stato* (1926), Torino, 2004, 81.

*antinomica*” e, soprattutto, mirante alla “sistematizzazione, cioè alla rappresentazione del diritto come sistema unitario, relativamente completo e coerente”<sup>3</sup>.

Nell’epoca moderna e contemporanea, il ruolo interpretativo, rimesso alla prudenza del giudice, ha effetti indubbiamente positivi. Tuttavia, sotto un diverso prisma, esso potrebbe provocare (in tesi) uno straripamento del potere giurisdizionale nella sfera, invece, di più tipica competenza del legislatore: in altri termini, il fenomeno interpretativo (*recte*: la tecnica interpretativa del giudicante) rischierebbe (o potrebbe rischiare) d’introdurre, tra i due poteri, una sorta di “intollerabile concorrenza”<sup>4</sup>, che l’ordinamento interno cerca di arginare conferendo al legislatore la possibilità di intervenire con una legge di interpretazione autentica, la quale tuttavia rischia di aumentare il ventaglio delle interpretazioni ammissibili su un dato testo normativo<sup>5</sup>.

Il labile confine che intercorre tra la produzione della legge (la *law in the books*) e la sua operatività *in motu* (la *law in action*) porta ad interrogarsi su quali siano i limiti cui vada sottoposto il potere giudiziario, e travalicati i quali sarebbe possibile sollevare un conflitto di attribuzione<sup>6</sup>.

Senonché, un tale piano di verifica non potrebbe prescindere dall’individuare, *ex ante*, le premesse giuridiche entro cui innestare un valido ragionamento sull’esistenza ontologica dell’eccesso di potere giurisdizionale, e cioè sulla sua configurabilità come figura patologica e non mero riflesso fisiologico dell’interpretazione giuridica<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino, 1990, 298-299. Seguendo questa linea di tendenza, l’*economic analysis of law* ha inteso l’attività svolta dal giurista come la predisposizione di “*schemi di soluzione*” delle controversie giudiziali, suscettibili, una volta recepiti dal giudice, di “*massimizzare l’efficienza economica*” del sistema giuridico (P. TRIMARCHI, *L’analisi economica del diritto: tendenze e prospettive*, in *Quadr.*, 1987, 563). Se guardiamo al passato, il ruolo del giudice – da parte sua – ricorda quello svolto dal giureconsulto classico, che risolveva il problema giuridico attraverso un tendenziale “*approccio casistico*” (M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 18) proprio perché, come avviene *mutatis mutandis* ai tempi d’oggi, “*il sistema romano, anche nel diritto giustiniano, non offriva una dottrina o una disciplina unitaria*” (G. ASTUTI, voce *Obbligazioni*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 104) e il diritto era, nel suo complesso, una grande “*fucina*” sperimentale, che andava ad adeguare continuamente la realtà all’esigenza sociale attraverso lo sviluppo e la cristallizzazione del diritto pretorio (sia permesso rinviare, anche per i riferimenti bibliografici, ad A.R. RIZZA, *La lex Aquilia. Profili evolutivi della responsabilità extracontrattuale nel diritto romano*, Roma, 2018, 11).

<sup>4</sup> Così G. D’AMICO, *Problemi (e limiti) dell’applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, 484.

<sup>5</sup> Per arginare alla discrezionalità del giudice, l’ordinamento giuridico italiano ammette il ricorso al peculiare strumento dell’interpretazione autentica, che, innestata nel sistema dei pesi e contrappesi costituzionali, servirebbe a limitare – sebbene con i noti limiti ad essa connessi e di seguito accennati – l’eccesso della funzione giudiziaria (F. BIONDI, *Soggezione alla legge e limiti della funzione giudiziaria*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 917). Tuttavia, secondo una certa visione, l’auspicabile proclama della interpretazione autentica rappresenterebbe, appunto, un solo manifesto: un istituto ad oggi insoddisfacente, che rischia di aggravare il problema di fondo: “*il legislatore stesso cade di solito*” – si è osservato – “*in questo equivoco e, nell’intento di rendere chiaro il proprio pensiero e la propria volontà, abbonda in parole che dovrebbero chiarire il senso di altre parole, moltiplicando così e non riducendo le possibilità interpretative del suo prodotto. Così, la mera esegesi dei testi risulta, alla fine, la più aperta di tutte le interpretazioni*” (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, 202).

<sup>6</sup> Ai sensi dell’art. 37 della legge n. 87 del 1953.

<sup>7</sup> La discrezionalità del potere giudiziario nell’interpretazione della legge, d’altra parte, sebbene corollario del *rule of law*, ha sempre preoccupato, in modo e con intensità differenti, sotto una prospettiva storica, i legislatori nazionali. L’esperienza del *common law*, fondata sulla responsabilità politica del magistrato ha ispirato la dottrina italiana a voler riflettere sull’applicabilità di un simile modello anche nell’ordinamento moderno nazionale (su cui M. BUSSANI, *Il diritto dell’occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, *passim*). Ad Autori che hanno espresso perplessità su un simile assetto (M. BUSSANI, *Il diritto dell’occidente*, cit., *passim*) od opinioni sostanzialmente negative (N. ZANON, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2006, 175) anche richiamando l’art. 101, comma 2, della Costituzione (M. RAMAT, *Responsabilità politica della magistratura*, in *Foro amm.*, 1969, 15) se ne sono contrapposti altri che, invece, hanno guardato con particolare simpatia all’istituto della responsabilità politica del magistrato (D. MARAFIOTI, *Metamorfosi del giudice. Riflessioni su giustizia e potere*, Soveria Mannelli 2004, 4) pur domandandosi innanzi a quale diverso potere il giudiziario sarebbe chiamato a rispondere anche a fronte di una normativa sulla responsabilità del magistrato considerata eccessivamente blanda (ci si riferisce alla responsabilità di cui alla legge n. 117 del 1988, per come anche modificata, in accoglimento degli indirizzi eurounitari, dalla legge n. 18 del 2015, a fronte dell’approdo di Corte giust., 13 giugno 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*). Secondo un diverso orientamento, l’ordinamento italiano già conoscerebbe una peculiare forma di responsabilità (politica s’intende) del magistrato: essa consisterebbe nel potere,

### 1.1. L'apertura della Corte costituzionale e la configurazione dell'eccesso del potere giurisdizionale

La Corte costituzionale si è pronunciata sulla controversa questione in sede di conflitto di attribuzione, andando ad affermare, in primo luogo, che anche una sentenza possa originare, divenendone oggetto, un conflitto tra poteri dello Stato, in quanto idonea ad ingenerare un'ipotesi ascrivibile al concetto della *vindicatio potestatis*.

I giudici della Consulta, pronunciandosi sul tema ed accogliendo una interpretazione ampia di conflitto, hanno osservato che *“la figura dei conflitti di attribuzione non si restringe alla sola ipotesi di contestazione circa l'appartenenza del medesimo potere, che ciascuno dei soggetti contendenti rivendichi per sé, ma si estende a comprendere ogni ipotesi in cui dall'illegittimo esercizio di un potere altrui consegua la menomazione di una sfera di attribuzioni costituzionalmente assegnate all'altro soggetto”*<sup>8</sup>, ammettendo, per tale via, la configurabilità dell'eccesso giurisprudenziale.

L'ammettere un rimedio all'eccesso del potere giurisdizionale trova giustificazione nella maggiore tutela dei diritti da garantire al cittadino, destinatario finale del provvedimento giudiziario e soggetto pretensivo dei principi che ispirano e innervano il giusto processo, inteso come corollario trasversale e informatore dell'intero sistema<sup>9</sup>. Né di giusto processo sembra possa parlarsi, laddove una pronuncia che voglia dirsi *“giusta”* sia il prodotto dell'esercizio di un potere spettante ad un organo diverso dal giudiziario<sup>10</sup>. È allora in un quadro ove – come accennato in nota – la disciplina sulla

---

riconosciuto al cittadino, di criticare, anche pubblicamente, l'operato del giudice (G.U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano, 1967, 65) peculiare declinazione, questa, del diritto alla libera manifestazione del pensiero (G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento*, in *Giur. cost.*, 1982, 780). Diversamente dal sistema giuridico d'oltremontana, l'esperienza storica francese ha, ad esempio, cercato di arginare la discrezionalità del giudice attraverso il rafforzamento del positivismo giuridico. In questo sistema, infatti, non può che rammentarsi la diffusione dell'idea del giudice come *“bocca della legge”*, anche se essa, nell'Antico Regime, *“significava che la legge parlava soltanto attraverso l'attività dei magistrati e che quindi essa era destinata a restare muta senza la mediazione patriarcale dei giuristi”* (G. PERLINGIERI, *L'attualità del discorso preliminare di Portalis. A proposito dei miti della certezza del diritto e della cosiddetta crisi delle fattispecie*, in G. Conte, S. Landini (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti, obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Mantova, 2017, 318). È invece con l'avvento della Rivoluzione francese che il significato del concetto cambiò, iniziando ad indicare il (diverso) tentativo di voler circoscrivere l'interpretazione del giudice. Su questa mutazione semantica del concetto, è stato osservato che, nel periodo rivoluzionario, *“non s'intese più quel che avevano inteso i giuristi di Antico Regime, ma esattamente l'opposto: il giudice avrebbe dovuto essere solo la bocca, non lo spirito della legge. La sua funzione sarebbe stata puramente dichiarativa, limitata cioè a tradurre in provvedimenti giudiziari (e non giurisdizionali) la volontà di un testo normativo. Da principio-manifesto del potere giurisdizionale trionfante, l'espressione giudice bocca della legge divenne allora il manifesto funebre del potere togato”* (F.D. DONATO, *La Costituzione fuori del suo tempo. Dottrine, testi e pratiche costituzionali nella Lunga durata*, in *Quad. cost.*, 2011, 909). Secondo poi un recente e diverso orientamento, anche nel periodo della Rivoluzione, il giudice avrebbe continuato a conservare il suo potere interpretativo (C. AMODIO, *Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, Torino, 2012, 24).

<sup>8</sup> *Corte cost.*, 26 giugno 1970, n. 110, con nota di V. GUCCIONE, *La giurisdizione contabile: bilancio di un conflitto e nuove prospettive*, in *Giur. cost.*, 1970, 1943.

<sup>9</sup> G. GIORGIO, *La via del comprendere. Epistemologia del processo di diritto*, Torino, 2015, 275.

<sup>10</sup> *“Vi è sempre il rischio”*, ha osservato riflettendo sul problema Mauro Barberis, *“che dove non arriva il diritto creato dal legislatore, subentra quello creato dai giudici”*. In tal modo *“la creazione giudiziale del diritto svincolerebbe il giudice dalla soggezione alla legge, renderebbe vana la produzione di diritto da parte del Parlamento legittimato democraticamente”*, violando *“il diritto del cittadino a essere giudicato in base a un diritto preconstituito al giudizio”* (M. BARBERIS, *Il diritto*, cit., 293). Il problema s'innesta in un clima ove la crisi dello Stato civile è avvertita, dalla società, con sempre maggiore insistenza (cfr. L. SCIOLLA, *La sfida dei valori. Rispetto delle regole e rispetto dei diritti in Italia*, Bologna, 2004) dove *“la sfiducia nelle istituzioni democratiche assume tutti i tratti di un basso continuo, di un bordone di fondo che disegna il deficit di legittimità delle istituzioni democratiche e pregiudica la nostra dotazione di capitale sociale”* (R. CARTOCCI, *Diventare grandi in tempo di cinismo. Identità nazionale, memoria collettiva e fiducia nelle istituzioni tra i giovani italiani*, Bologna, 2002, 137). In questo trend, si è registrato come il cittadino sembra essere sempre più diffidente verso il potere giudiziario (S. LAVADIOTTI, *Magistrati. L'ultracasta*, Milano 2011), mentre i dati

responsabilità civile del magistrato viene avvertita come non adeguata da alcuni Autori<sup>11</sup>, trova spazio la “*possibilità di ricorrere alla stessa Corte costituzionale, in sede di conflitto di attribuzioni fra poteri*”, allorquando “*il Parlamento ritenesse che il magistrato abbia oltrepassato i confini dell’attività interpretativa giudiziaria, usurpando in tal modo le funzioni legislative*”<sup>12</sup>.

Sulla scia di questa riflessione, un certo orientamento ha ritenuto che la sede del conflitto tra poteri dello Stato – sebbene, come noto, esso sia uno strumento processuale di tipo residuale – possa rappresentare la sede più idonea per avanzare simile doglianza<sup>13</sup>, sempre che avverso il provvedimento giudiziario non siano esperibili diversi rimedi processuali. Ciò in quanto – come confermato dalla Corte costituzionale in una recente pronuncia in materia – il conflitto sollevato su un provvedimento giudiziario non può intendersi come nuova sede nella quale far valere *errores in iudicando*<sup>14</sup>.

## 2. La legittimazione del giudice e la sentenza come oggetto del giudizio. Cenni.

Affrontando alcuni aspetti processuali, non sembrano esservi problemi sulla legittimazione passiva del giudice innanzi alla Corte costituzionale: essa, invero, pare trovare fondamento nel crollo del potere giudiziario quale struttura monolitica, lasciando spazio a quella che è stata definita, con una fortunata terminologia, la “*polverizzazione*” del potere<sup>15</sup>.

Approfondendo il profilo oggettivo, cui si è fatto sopra breve, va detto come la Corte costituzionale ha stabilito che oggetto del giudizio possa essere anche una sentenza.

La prima pronuncia, in questo senso, risale già al 1964<sup>16</sup>.

In quel giudizio, si era revocato in dubbio il potere del giudice di conoscere, in un giudizio ordinario, gli atti sui rapporti di impiego dei dipendenti dell’assemblea regionale siciliana. La Corte costituzionale ritenne ammissibile il conflitto tra poteri sollevato, che ebbe ad oggetto una ordinanza emessa dal Consiglio della Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia.

La Corte costituzionale, attraverso questo *leading case*, inaugurò un’importante stagione, il cui principio di diritto sarà spesso richiamato anche nelle successive pronunce: “*secondo la costante*

---

statistici vanno ad evidenziare un tasso di sfiducia che tange ormai i massimi storici (M.L. GHEZI, M.A. QUIROZ VITALE, *L’immagine pubblica della magistratura italiana*, Milano, 2006, 45).

Secondo gli ultimi dati completi a disposizione, che risalgono all’indagine “*Demos 14*”, la credibilità del potere giudiziario risulta in forte calo (passando dal 50% del 2010 al 33% nel 2014), con una perdita di sette punti percentuale dal 2013 al 2014. Ancora più allarmante risulta essere la tendenza grafica, confermata dal Rapporto Eurispes 2015, secondo cui la fiducia verso la magistratura (pari al 41% nel 2014) sarebbe scesa al 28% nel 2014 (I. DIAMANTI, *Partiti, istituzioni, Europa: la fiducia va a picco, cittadini sempre più soli. Il Papa unica speranza*, in [la Repubblica](#), 28 dicembre 2014), dati che hanno subito un lieve miglioramento che emerge dall’indagine Istat 2022, ove si registra che è “*in crescita la quota di coloro che si fidano del sistema giudiziario, da meno del 40% nel 2018 al 47,4% nel 2021*” (Comunicato stampa dell’Istat 2022 – “*La fiducia nelle istituzioni del paese*”, consultabile al sito web dell’[ISTAT](#), Sezione “*Vita quotidiana e opinioni dei cittadini*”).

<sup>11</sup> V. VIGORITI, *La responsabilità civile del giudice: timori esagerati entusiasmi eccessivi*, in *Foro it.*, 2015, 287.

<sup>12</sup> F. BINDI, *Soggezione*, cit., in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario*, cit., 917.

<sup>13</sup> N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, in *Riv. ass. it. cost.*, 2004, 236.

<sup>14</sup> [Corte cost., 6 luglio 2023, n. 137](#) che ho commentato, se si vuole, in *Judicium*, [La sospensione dell’atto amministrativo e la disapplicazione della legge. La Corte costituzionale ritorna sull’eccesso del potere giurisdizionale in sede di conflitto di attribuzione](#).

<sup>15</sup> R. BIN, *L’ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996, 15. La Corte costituzionale, con riferimento al singolo giudice, ha osservato che “*la cerchia degli organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono è più larga di quella degli organi comunemente detti supremi in quanto strutturalmente collocati al vertice di un potere*”. Da ciò, come noto, è conseguito che “*i singoli organi giurisdizionali, esplicando le loro funzioni in situazione di piena indipendenza, costituzionalmente garantita, sono da considerare legittimati attivamente e passivamente ad esser parti di conflitti di attribuzione*” ([Corte cost., ord. 17 luglio 1975, n. 228](#), con nota di F. CUOCOLO, *Corte costituzionale e magistratura (profili organizzativi)*, in *Giur. cost.*, 1976, 1709).

<sup>16</sup> [Corte cost., 30 giugno 1964, n. 66](#), con nota di F. BILE, *Sul rapporto d’impiego dei dipendenti dell’assemblea regionale siciliana*, in *Giust. civ.*, 1964, 244.

giurisprudenza della Corte”, scrivono i giudici nel 1992 in una ipotesi di conflitto intersoggettivo, “*nulla vieta che un conflitto di attribuzione fra Stato e Regioni tragga origine da un atto giurisdizionale, quando la Regione non censuri il modo in cui il giudice amministrativo ha esercitato la giurisdizione*”<sup>17</sup>.

L’orientamento è stato riconfermato, da ultimo, in una [pronuncia del 2018](#), in cui la Corte costituzionale ha ritenuto ammissibile un conflitto che aveva ad oggetto una sentenza emanata dalla Corte dei conti<sup>18</sup> e nuovamente, in tempi recentissimi, da [Corte cost., 6 luglio 2023, n. 137](#).

La Corte costituzionale, infine, ha anche precisato come il suo sindacato sull’eccesso del potere giurisdizionale possa riguardare anche le sentenze emesse dal giudice di legittimità: disattendendo le eccezioni sollevate dall’organo giudiziario convenuto (nella specie la Corte di Cassazione – che, in quanto giudice supremo, si era ritenuta priva della legittimazione passiva ad essere parte convenuta in sede di conflitto tra poteri dello Stato), la Corte costituzionale ha avuto l’occasione di sancire che non assume neanche importanza, ai fini dell’ammissibilità del conflitto originato da provvedimento giudiziario, il grado ordinamentale del giudice che ha emesso il provvedimento, “*una volta ammesso il conflitto su di un atto giurisdizionale*”, infatti, “*nulla rileva quale sia il giudice che l’ha emanato*”<sup>19</sup>.

### 2.1. La possibilità giuridica e la soggezione del giudice soltanto alla legge

Accennati i profili afferenti alla legittimazione processuale del giudice quale parte del conflitto tra poteri dello Stato, il *punctum dolens* della vicenda pare più riguardare la “*possibilità giuridica*” dell’azione, inteso come “*primo requisito*”, senza la sussistenza del quale “*la domanda non è accoglibile, neppure ipoteticamente*”.

La possibilità giuridica (che è configurabilità in concreto dell’esistenza di un eccesso del potere giurisdizionale quale figura patologica) è considerata dalla dottrina come “*condizione limite*”, che, sebbene alle volte possa avere portata “*prevalentemente teorica*”<sup>20</sup>, assume un ruolo cardine in quello che è stato definito il “*diritto processuale costituzionale*”<sup>21</sup>, sotto forma di requisito per l’ammissibilità del ricorso.

La possibilità giuridica, nel caso di specie, sembra fondarsi sulla portata da attribuire all’art. 101, comma 2, Cost., secondo cui “*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*”, e, più nello specifico, sul significato da attribuire a quest’ultima nozione – disposizione peraltro richiamata dalla Regione Veneto nel conflitto sollevato, recentemente, avverso due ordinanze cautelari emesse dal Tar Veneto<sup>22</sup>.

Un primo orientamento ritiene che il giudice sia chiamato a svolgere un’attività parallela a quella esercitata dal legislatore, limitando, in questo modo, il caos che deriva dall’incoerenza sistematica e dall’inflazione della produzione legislativa<sup>23</sup>. Il giudice, allora, potrebbe lecitamente travalicare anche i limiti della sua attribuzione costituzionale, per sconfiggere quello “*sconsolato ossequio alle leggi perché sono tali (...) anche se il cuore le maledice e ne affretta col desiderio l’abolizione*”<sup>24</sup>.

Questa idea muove le mosse da un ripensamento del sistema delle fonti, sostenendosi che, in un’ottica di tutela “*multilivello*”, la nozione di legge, per come accolta nell’art. 101, comma, 2 Cost.,

---

<sup>17</sup> [Corte cost., 26 marzo 1994, n. 113](#), con nota di R. FUZIO, *La prevenzione degli inquinamenti nei centri urbani: quale normativa?* in *Foro it.*, 1994, 1309.

<sup>18</sup> Cfr. [Corte cost., 16 febbraio 2018, n. 31](#), con nota redazionale di richiami in *Foro it.*, 2018, 1116.

<sup>19</sup> [Corte cost., 14 giugno 1990, n. 285](#), con nota di G. MARAZZITA, *Tre leggi regionali cassate*, in *Nomos*, 1991, 1.

<sup>20</sup> C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Torino 2019, 36-37.

<sup>21</sup> L’espressione è di G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?* in AA.V.V., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, 1990, 105.

<sup>22</sup> [Corte cost., 6 luglio 2023, n. 137](#), cit.

<sup>23</sup> A. RIDOLFI, *Interpretazione costituzionale, positivismo giuridico ed opinione dissenziente*, in *Nomos*, 2006, 471.

<sup>24</sup> P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, 348.

non può riferirsi alla sola legge formale, bensì a quella che la dottrina ha definito come la *tota lege perspecta*<sup>25</sup>.

Secondo una diversa scuola di pensiero, la visione esposta rischierebbe, inevitabilmente, di condurre ad una “*ribellione del giudice al dettato normativo*”, una situazione giuridica, si è detto, “*evitabilmente inaccettabile*”<sup>26</sup>, con conseguente possibilità di sindacare la violazione innanzi alla Corte costituzionale come Giudice dei Conflitti.

In tale modo, si è cercato di valorizzare la soggezione del giudice alla legge: l’art. 101, comma 2, Cost. prescriverebbe non solo l’indipendenza funzionale del giudice, ma servirebbe anche a circoscrivere l’arbitrio del potere giudiziario, obbligandolo a muoversi all’interno della medesima previsione legislativa<sup>27</sup>.

L’attività del giudice, influenzando anche sui diritti soggettivi del cittadino, dovrebbe indurre ad una intensificazione dei precetti costituzionali, che dovrebbero imporsi nei confronti del potere giudiziario, nell’esercizio del suo compito, “*in forma più rigida e rafforzata*”<sup>28</sup>.

Il giudice, in questa ottica (forse più) garantistica, sarebbe obbligato ad utilizzare un apparato interpretativo stabile<sup>29</sup>, la cui violazione dovrebbe essere sempre passibile di vaglio quanto meno “*per linee esterne*”, sul rilievo che l’attività ermeneutica tenderebbe ad incidere negativamente sul sistema delle fonti<sup>30</sup>, potendolo alterare se utilizzata in modo distorto.

L’art. 101, comma 2, Cost., andrebbe allora riferito anche alla legge “*processuale*”: in tal senso il precetto costituzionale sarebbe preordinato a regolare la “*modalità di esercizio del potere giudiziario*” e a limitare l’ampiezza dei poteri del singolo giudice nel provvedimento decisorio, inteso quale momento di sintesi dell’intero iter processuale<sup>31</sup>.

### 3. La differenza tra “*disapplicazione*” e “*non applicazione della legge*” ai fini dell’ammissibilità del conflitto tra poteri

L’apertura della Corte costituzionale, che ha così ammesso il conflitto avverso la figura dell’eccesso giurisdizionale del giudice, è avvenuta in sede di conflitto intersoggettivo, tuttavia l’approdo, che assume connotati generali, può ritenersi esportabile anche alla parallela ipotesi del conflitto tra poteri dello Stato.

In dottrina, si è peraltro osservato come il conflitto tra Stato e Regione, laddove verta su una sentenza giudiziaria, pare assumere “*la natura sostanziale di un conflitto tra poteri*”<sup>32</sup>, vedendo contrapposto, da un lato, il potere giudiziario, dall’altro, il legislatore regionale. Ciò a seguito di una evidente “*affinità tra l’organo esecutivo regionale e l’omologo statale, quando essi si contrappongono al giudice*”<sup>33</sup>.

La giurisprudenza costituzionale, allineandosi a questo argomento, ha osservato che “*il conflitto di attribuzione fra Stato e Regione è dato, al pari del conflitto fra poteri dello Stato, contro gli atti di qualsiasi giudice indipendentemente dalla definitività di essi*”, tuttavia specificando che “*l’atto o il*

---

<sup>25</sup> A. PIZZORUSSO, *Il libero convincimento del giudice*, in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, 1454. Ciò induce, di riflesso, ad una rivisitazione del concetto poliedrico (L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano, 1984, spec. 57) di “*fedeltà alla Repubblica*”, cui si riferisce l’art. 54 comma 1 Cost., da intendersi, in questa visione, come fedeltà all’ordinamento costituzionale nel suo complesso (P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 156).

<sup>26</sup> C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008, 367.

<sup>27</sup> S. FOIS, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 683.

<sup>28</sup> Così C. PAGOTTO, *La disapplicazione*, cit., 367.

<sup>29</sup> A. PIZZORUSSO, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e sistema delle fonti del diritto*, in S. Labriola (a cura di), *Valori e principi del sistema repubblicano*, Roma-Bari, 2006, 109.

<sup>30</sup> C. PAGOTTO, *La disapplicazione*, cit., 368.

<sup>31</sup> Per questa concezione, S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell’ordinamento giudiziario*, Padova, 1964, 232.

<sup>32</sup> R. ROMBOLI, *Storia di un conflitto “partito” tra enti ed “arrivato” tra poteri (il conflitto tra lo Stato e la Regione avente ad oggetto un atto giurisdizionale)*, in AA.VV., *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, 1995, 594.

<sup>33</sup> R. BIN, *L’ultima fortezza*, cit., 21-22.

*comportamento invasivo denunciabile con l'uno o l'altro tipo di conflitto non può consistere nella mera sospensione o nel mero annullamento di un atto (...), ma deve concretare mediante atti non consentiti ad alcun giudice una interferenza nell'azione amministrativa idonea a condizionare l'attribuzione che in quell'azione si esprime e si svolge*<sup>34</sup>.

Un punto critico del percorso giurisprudenziale, tuttavia pare essere rappresentato dalla circostanza che la Corte costituzionale ha ravvisato un discrimine (ai fini di ammettere la sindacabilità del potere esercitato dal giudice nel provvedimento giudiziario) sulla differenza, già nota in dottrina<sup>35</sup>, tra la “disapplicazione” (operazione ermeneutica illegittima) e “non applicazione della legge” (operazione fisiologica connessa all'utilizzo dei criteri di risoluzione delle antinomie giuridiche).

La prima figura consisterebbe nel “*potere di non applicare ad una singola fattispecie un determinato atto*”<sup>36</sup>, facendosi ricorso ad una argomentazione estranea “*al sistema dei classici poteri di risoluzione delle antinomie*”<sup>37</sup>, e dunque a un elemento extra-giuridico. La disapplicazione, che sarebbe compiuta dal giudice con la volontà di non applicare un atto normativo, è spesso connessa alla percezione di invalidità dell'atto che si sarebbe applicato, come ad “*evocare vizi della norma*”<sup>38</sup> (es. una legge percepita come ingiusta, come incostituzionale, ecc.).

La non applicazione, al contrario, sarebbe una diversa figura assorbita nel campo dell'esclusione interpretativa dell'applicabilità. Essa è il risultato dell'applicazione, più o meno corretta ad opera del giudice, dei criteri di risoluzione delle antinomie. Un'eventuale doglianza su questo profilo non sarebbe mai sindacabile innanzi alla Corte costituzionale in sede di conflitto tra poteri dello Stato, trattandosi di un qualcosa più vicino all'*error in iudicando* (da farsi valere con gli ordinari mezzi di impugnazione e che incontrerebbe come limite invalicabile quello della sentenza passata in giudicato), come sembra, peraltro, alludere lo stesso Codice di rito civile, che, nell'erronea o *falsa applicazione* di norme, individua specifici motivi di ricorso<sup>39</sup>.

### 3.1. Una ipotesi di eccesso giurisdizionale sindacabile: la disapplicazione della legge (ritenuta incostituzionale dal giudice ordinario e il diverso caso della non applicazione)

La Corte costituzionale ha avuto modo di “sanzionare” la disapplicazione della legge ordinaria ad opera del giudice ordinario, sostanzialmente “cassando” una sentenza della Corte di Cassazione. Per tale via, la Corte costituzionale ha ritenuto che la disapplicazione della legge, laddove il giudice ritenga quest'ultima incostituzionale senza sollevare una previa questione di legittimità, rappresenti una ipotesi di eccesso nella giurisdizione, da risolversi in sede di conflitto.

Nello specifico, nel 1990, la Corte di Cassazione aveva disapplicato una normativa regionale che andava a stabilire la depenalizzazione di un reato, sul presupposto che si fosse trattato di disciplina non conforme, sotto vari profili, alla Costituzione.

Secondo il contenuto del provvedimento giudiziario di legittimità, il quadro normativo sarebbe stato affetto da un vizio “*palese*” da rendere “*superfluo*” sollevare la questione di legittimità costituzionale. In quell'ipotesi, la Corte costituzionale ha annullato la pronuncia del giudice di legittimità, sul presupposto che possa ritenersi sussistente, nell'ordinamento italiano, un giudice, diverso dalla stessa Corte costituzionale, abilitato a dichiarare l'illegittimità di una disposizione<sup>40</sup>,

<sup>34</sup> [Corte cost., 2 marzo 1991, n. 99](#), con nota di A. PISANESCHI, *Conflitto di attribuzione e questioni di giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 1991, 1096.

<sup>35</sup> R. NIRO, *Disapplicazione di norme e declaratoria di illegittimità di provvedimento*, in S. Cassese, C. Franceschini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 207.

<sup>36</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991, 299.

<sup>37</sup> C. PAGOTTO, *La disapplicazione*, cit., 80.

<sup>38</sup> [Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168](#), con nota di A. CELOTTO, *Un ulteriore passo in avanti nell'affermazione della prevalenza del diritto comunitario (considerazioni a margine della sentenza 18 gennaio 1991, n. 168)*, in *Giur. it.*, 1992, 1651.

<sup>39</sup> Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Padova, 2009, 495.

<sup>40</sup> [Corte cost., 14 giugno 1990, n. 285](#), cit.

neppure laddove essa presenti una manifesta incostituzionalità (è evidente che la problematica possa assumere una portata più ampia aprendo la riflessione sulla natura della legge incostituzionale, quale atto nullo ma momentaneamente efficace).

Un nuovo caso di disapplicazione della legge, [nel 2004](#), è stato riproposto all'attenzione del Giudice dei conflitti costituzionali<sup>41</sup>.

In quella diversa circostanza, il GIP aveva ritenuto incostituzionale la normativa emanata dalla Regione Lombardia, giacché quest'ultima non avrebbe potuto validamente inserire alcune eccezioni, in materia di divieto di caccia venatoria, ulteriori rispetto a quelle contemplate dalla legislazione statale.

Esercitando un potere estraneo a quello di normale competenza, il giudice aveva emesso un'ordinanza attraverso la quale, su considerazioni di illegittimità costituzionale della normativa della Regione, procedeva alla sua disapplicazione, incorrendo, però, nella scure della Corte costituzionale, che – in sede di conflitto – nuovamente annullava il provvedimento giudiziario in quanto esorbitante dall'ambito dei poteri riservati al giudice ordinario.

La giurisprudenza costituzionale è giunta a diverse conclusioni, quando ha dovuto sindacare ipotesi di non applicazione di una legge. In un [caso](#), il giudice amministrativo aveva annullato un provvedimento dirigenziale, che aveva ad oggetto il diniego di una concessione edilizia, sul rilievo che la normativa regionale, sulla quale l'atto stesso si fondava, fosse stata abrogata<sup>42</sup>.

La Regione sollevava così un conflitto tra poteri dello Stato per eccesso di potere giurisdizionale, osservando come il giudice, in realtà, stava tentando di “*mascherare*” una disapplicazione (sostanziale) della normativa regionale, ricorrendo, solo formalmente e apparentemente, ai criteri di risoluzione delle antinomie (nelle specie, al criterio cronologico). Sarebbe stato sottaciuto, in realtà, un giudizio implicito sulla legittimità costituzionale della legge regionale che il giudice amministrativo non avrebbe deliberatamente voluto applicare.

Il ricorrente, a sostegno della propria tesi, osservava come sarebbe stato inverosimile ritenere che il giudice amministrativo avesse potuto considerare la normativa regionale abrogata in forza di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, fonte amministrativa, secondaria e gerarchicamente subordinata, nel sistema delle fonti, alla fonte primaria regionale: il criterio cronologico, in altri termini, avrebbe rappresentato un pretesto, attraverso cui giungere ad una disapplicazione sostanziale della legge.

Il giudice amministrativo, osservava il ricorrente, “*avrebbe dovuto sollevare questione di legittimità costituzionale della legge*” e “*non decidere i ricorsi semplicemente dichiarando l'abrogazione, come invece ha fatto*”.

La Corte costituzionale è stata, però, di diverso avviso, dichiarando infondato il ricorso sollevato dalla Regione. Il Giudice dei Conflitti ha ritenuto di non potere sindacare la scelta del giudice amministrativo, in quanto egli ha fondato la propria decisione sull'effetto abrogativo, secondo cui “*le leggi della Repubblica che modificano i principi fondamentali nelle materie di competenza concorrente abrogano le leggi regionali che siano in contrasto con esse*” e “*nel dichiarare il suddetto effetto abrogativo, il Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto non ha fatto altro che esercitare un potere strettamente inerente alla funzione giurisdizionale, che consiste nell'applicazione delle norme vigenti ai casi concreti*”.

Secondo la Corte, “*è del tutto evidente che il giudice deve previamente accertare se le norme che viene chiamato ad applicare nel procedimento di sua competenza siano ancora in vigore o eventualmente siano stata abrogate in modo esplicito o implicito da leggi successive, secondo quando stabilisce l'art. 15 delle disposizioni preliminari al Codice civile*”.

Si tratterebbe, in diversi termini, non di un eccesso di potere giurisdizionale, ma dell'esercizio di un effettivo “*dovere di verifica*” della validità normativa, inteso come “*conseguenza naturale e*

---

<sup>41</sup> [Corte cost., 28 aprile 2004, n. 129](#), con nota di G. SMURRA, *Conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni aventi ad oggetto un atto giurisdizionale: giudizio sull'atto o giudizio sulla competenza?* in *Giur. cost.*, 2005, 456.

<sup>42</sup> [Corte cost., 21 giugno 2007, n. 222](#), con nota di F. CORVAJA, *Abrogazione di legge regionale a mezzo di regolamento statale e conflitto di attribuzioni, in le Regioni*, 2007, 1055.



*necessaria del criterio cronologico, che, insieme a quello gerarchico ed a quello di competenza, disciplina il sistema delle fonti del diritto*”, con conseguente impossibilità di sindacare, neppure per linee esterne, la decisione del giudice di merito.

4. Segue. *La “non applicazione” della legge quale inammissibile ipotesi di sindacato nel merito. Il rischio di una Corte costituzionale come giudice dell’impugnazione*

Il giudice costituzionale ha, poi, esplicitato la *ratio* del discrimine, che intercorre tra disapplicazione e non applicazione di una legge.

Il Giudice dei Conflitti ha ritenuto che, laddove si ammettesse un giudizio nel caso della “non applicazione” della legge da parte del giudice ordinario, la Corte costituzionale rischierebbe di svolgere un giudizio di merito sul contenuto decisorio, esercitando “*un ruolo di giudice dell’impugnazione che, all’evidenza, non le compete*”<sup>43</sup>, con evidenti preoccupazioni anche connesse alla inflazione del contenzioso.

Questo principio si desume, anche, dal modo attraverso cui la Corte costituzionale ha risolto un conflitto, sottoposto alla sua attenzione già nel 2003<sup>44</sup>.

In quell’occasione, la Regione Lombardia aveva proposto un conflitto in relazione ad una sentenza della Corte di Cassazione, con cui era stato disposto l’annullamento, senza rinvio, di un’ordinanza emessa dal Giudice del Riesame.

Quest’ultimo provvedimento, a sua volta, aveva disposto l’annullamento di un sequestro preventivo di un cantiere edile, in quanto il sequestro si sarebbe attuato in violazione della normativa sulla concessione edilizia, e, più nel dettaglio, dell’art. 20 della legge n. 47 del 1985. La Corte di Cassazione, nella sua pronuncia, aveva stabilito che, per le opere già eseguite, il regime concessorio non potesse sostituirsi con la denuncia di inizio attività, così riconducendo la normativa regionale di settore ai principi fondamentali in materia urbanistica.

Tuttavia, secondo la Regione, ricorrente innanzi alla Corte costituzionale in sede di conflitto tra poteri, un simile ragionamento celava un tentativo, sottaciuto, di disapplicazione della disciplina regionale, “*in nome di generiche esigenze di riconduzione della medesima nell’alveo dei principi fondamentali enunciati da leggi dello Stato*”, aggirandosi l’obbligo di sollevare la *quaestio* di legittimità costituzionale nei confronti della normativa regionale.

La Corte costituzionale, nel dichiarare inammissibile il conflitto, osservava che non si era trattato “*tanto di una vera e propria disapplicazione di una norma regionale, quanto piuttosto di una interpretazione palesemente erronea di essa da parte della Corte di Cassazione, la quale ha fornito un’interpretazione alquanto restrittiva, fino a sostanzialmente disapplicarla, almeno parzialmente*”. La pronuncia ha comunque una portata innovativa, perché – implicitamente – la Corte costituzionale riconosce l’esistenza dell’eccesso giurisdizionale, ma, non potendolo formalmente ascrivere alla figura della “*disapplicazione*”, è costretta a dichiarare il giudizio inammissibile. E ciò sebbene l’istituto del conflitto effettivamente apparisse come l’unica sede attraverso la quale ricondurre a giustizia una interpretazione erronea, di fatto abrogatrice della disciplina regionale.

Tuttavia, il giudice dei conflitti, per stemperare la portata del suo approdo (decisamente innovativo), osserva che “*a tale interpretazione restrittiva – nell’individuare quale fosse la norma applicabile nel procedimento incidentale de quo – la Corte di Cassazione è pervenuta attraverso un argomentare tipicamente interpretativo, mediante il riferimento a ragioni di ordine testuale, razionale e sistematico*”.

Con questo passaggio, la Corte costituzionale è andata a porre sullo sfondo quella che, essa stessa, ha definito la “*disapplicazione sostanziale*” della legge, andando ad osservare che il contrasto, nel caso di specie, aveva ad oggetto esclusivamente la portata da annettere ad una proposizione

<sup>43</sup> [Corte cost., 19 marzo, 1985, n. 70](#), con nota di G. GALASSO, *In tema di oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regione*, in *Giur. cost.*, 1985, 1387.

<sup>44</sup> [Corte cost., 24 luglio 2003, n. 276](#).

ermeneutica, che promanava da quel giudice, la Corte di Cassazione, chiamato ad assicurare “*l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni*” – il che, però, sembra conferire ancora maggiore delicatezza alla questione, ponendosi davvero l’interrogativo sulla opportunità della Corte costituzionale di intervenire.

Sta di fatto che è proprio ciò, secondo il Giudice dei Conflitti, a rendere non applicabile l’approdo cui la Corte costituzionale era giunta con la citata [pronuncia n. 285 del 1990](#), “*ove un abnorme potere disapplicativo di leggi regionali fu espressamente posto a fondamento del provvedimento giurisdizionale, costituendone non un passaggio dell’iter argomentativo, ma la dichiarata essenza della ratio decidendi*”.

La Corte costituzionale, concludendo il suo complesso approdo, ha così meglio esplicitato la *ratio* sottesa alla differenza tra disapplicazione e non applicazione. Si osserva che una soluzione di segno inverso trasformerebbe il conflitto in un “*improprio strumento di sindacato e di censura del modo di esercizio della funzione giurisdizionale, assumendo le connotazioni di un mezzo di impugnazione atipico*”. Si tratterebbe di “*una eventualità quest’ultima*”, ha precisato ancora la Corte costituzionale, “*la cui evidente patologia risulterebbe aggravata dalla circostanza che lo scrutinio, in tal modo impropriamente richiesto a questa Corte, finirebbe per sovrapporsi a quello già operato in sede giurisdizionale, con un perimetro decisorio peraltro nemmeno coincidente*”.

A commento di questa pronuncia si è osservato, in dottrina, che, in simili circostanze, i conflitti sarebbero, allora, difficilmente dichiarati ammissibili, e ciò per il timore “*di trasformare il sindacato della Corte costituzionale in un terzo grado di giudizio*”<sup>45</sup>, tangendo così la questione inevitabili problemi di politica del diritto.

##### *5. Luci e ombre sul binomio disapplicazione/non applicazione della legge: l’opportunità di un approccio sostanziale*

Dai (sebbene quantitativamente ridotti) approdi con cui la Corte costituzionale si è dovuta pronunciare in tema di sindacabilità dell’eccesso giurisdizionale pare emergere, comunque, un quadro ben delineato, nel quale il Giudice dei Conflitti si è riservato il potere di ammettere il conflitto tra poteri sulla sentenza solo laddove il giudice abbia espressamente disapplicato la legge. Di converso, il conflitto resterebbe inammissibile laddove il giudice ordinario, non facendo riferimento espresso alla figura della disapplicazione, rimanesse “*coerente con il suo itinerario logico*”, per mezzo del quale (e questo forse è il punto critico del sistema delineatosi) può, di fatto, “*procedere a disapplicare la disposizione*”<sup>46</sup>, sebbene, in questo caso, dovrà parlarsi di “*non applicazione*” come risultato del processo ermeneutico.

Si può probabilmente ritenere che la soluzione prospettata dalla giurisprudenza costituzionale introduca un elemento critico, poiché la (effettiva) tutela processuale è subordinata all’iter argomentativo prescelto liberamente dal giudice. È attraverso questa libertà che il giudice ben potrebbe (senza incorrere nella figura dell’eccesso giurisdizionale) procedere – come è stato osservato – ad una disapplicazione sostanziale della normativa, sottacendo i reali motivi e trasformando la “*disapplicazione*” in una tollerata ipotesi di “*non applicazione*”<sup>47</sup>. In particolar modo, si è ancora osservato, sebbene non siano mancate anche opinioni diverse<sup>48</sup>, che l’obbligo del giudice di

---

<sup>45</sup> F. BIONDI, *Soggezione*, cit., in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario*, cit., 917.

<sup>46</sup> [Corte cost., 28 aprile 2004, n. 129](#), cit.

<sup>47</sup> A. NOCERINO GRISOTTI, *Disapplicazione della normativa interna, in contrasto con quella comunitaria, da parte del giudice e della Pubblica Amministrazione statale e regionale*, in A. Mattioni, G. Sacerdoti (a cura di), *Regioni, Costituzione e rapporti internazionali*, Milano, 1995, 245.

<sup>48</sup> B. GRASSO, *Appunti sull’interpretazione giuridica*, Napoli-Camerino, 1974, 30.

esplicitare il ragionamento sotteso all'applicazione della legge – ed esteso anche alle disposizioni di legge non applicate – atterrebbe ai principi del giusto processo<sup>49</sup>.

In linea di continuità con questa impostazione, è stato osservato che la mancata motivazione sulla normativa non applicata dal giudice, importerebbe la violazione del “*dovere applicare la legge*”, in quanto il giudice, non prendendo posizione espressa sulla disapplicazione o non applicazione, finirebbe pur sempre per “*non applicare una norma che è perfettamente valida*”<sup>50</sup>, senza fornire l'iter logico seguito.

In letteratura, è stato osservato come la valutazione della sussistenza di un eccesso giurisdizionale facendo riferimento è al solo dato testuale appare eccessivamente “*rigido*” e finanche “*incompatibile*” con i principi informatori di un “*diritto processuale moderno*”<sup>51</sup>.

Si è così ritenuto che la Corte costituzionale, ponendo l'attenzione esclusivamente sulla richiesta avanzata dalla parte ricorrente (e conseguentemente sulla valutazione del binomio disapplicazione/non applicazione della disposizione normativa) finisca, sostanzialmente, per subordinare l'accoglimento della domanda al *petitum*<sup>52</sup>, laddove, secondo alcuni Autori, sarebbe più corretto porre l'attenzione sulla qualifica sostanziale del comportamento tenuto dal giudice ordinario come ascrivibile all'eccesso giurisdizionale, e, dunque, sulla *causa petendi*. Ciò in quanto “*determinare la concessione o meno della tutela solo in base al tipo di domanda formulata dal ricorrente*” potrebbe condurre ad una “*intrinseca ingiustizia*”<sup>53</sup> della sentenza “*impugnata*” per eccesso di potere.

Secondo questo orientamento, l'approccio formalistico scelto dalla Corte costituzionale darebbe origine ad una “*inopportuna indulgenza*” verso il potere giudiziario, che finirebbe per svilire il principio di legalità<sup>54</sup>, non rappresentando il giusto punto di incontro tra la soggezione del giudice soltanto alla legge e il compito riservato alla Corte costituzionale dall'art. 37 della legge n. 87 del 1953.

Accogliendo questa impostazione (sempre, comunque, nel rispetto del sistema di *checks and balances* dei poteri), si potrebbe ritenere che la Corte costituzionale, laddove sarà nuovamente chiamata a valutare la configurazione di un eccesso di giurisdizione, possa anche prescindere di prendere a termometro di giudizio l'argomentazione (giuridica) del giudice<sup>55</sup>, in considerazione che anche il ragionamento giudiziale si può prestare a taluni abusi, se è vero che “*il giudice prima decide, poi ricostruisce le premesse in modo da giustificare la decisione*”<sup>56</sup>.

Evidentemente tale scrutinio andrà bilanciato con un sindacato che dovrà essere svolto, pur sempre, per linee esterne, e cioè “*sui confini stessi della giurisdizione e sul concreto esercizio di essa*”, il che permette alla Corte costituzionale di sindacare “*l'esercizio di un potere del tutto anormale*”<sup>57</sup>, senza però entrare nel merito della vicenda processuale. Secondo una parte della dottrina, poi, lo scrutinio per linee esterne non pare pregiudicato dall'estensione dello scrutinio della Corte costituzionale anche alla ipotesi della non applicazione della legge, potendo sindacare l'eccesso del potere interpretativo<sup>58</sup>, secondo i canoni dello scrutinio amministrativo (come attraverso il richiamo delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere),

Ci si auspica dunque che la Corte costituzionale prenda – in accoglimento delle riflessioni svolte dalla dottrina – una posizione più coerente e meno formalistica sul sindacato da svolgere, giacché,

---

<sup>49</sup> G. GIORGIO, *La via*, cit., 275.

<sup>50</sup> A. NOCERINO GRISOTTI, *Disapplicazione*, cit., in A. Mattioni, G. Sacerdoti (a cura di), *Regioni*, cit., 245.

<sup>51</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 169.

<sup>52</sup> Così M. D'AMICO, *Alcune riflessioni in tema di conflitti di attribuzione fra Stato e Regioni su atti giurisdizionali*, in *Giur. cost.*, 1990, 1797.

<sup>53</sup> C. PAGOTTO, *La disapplicazione*, cit., 73.

<sup>54</sup> G. DE MURO, *Brevi note in tema di disapplicazione giudiziaria delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1991, 2380.

<sup>55</sup> Così, sull'eccesso di giurisdizione, F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, 48.

<sup>56</sup> M. BARBERIS, *Il diritto*, cit., 286.

<sup>57</sup> [Corte cost., 14 giugno 1990, n. 285](#), cit.

<sup>58</sup> Cfr. M.R. MORELLI, *Ancora sui limiti del sindacato esercitabile su provvedimenti giurisdizionali in sede di conflitto di attribuzioni (a proposito della sentenza 285 del 1990)*, in *Giust. civ.*, 1991, 257.

allo stato, il Giudice dei Conflitti pare seguire un iter contraddittorio, poiché nelle proprie premesse specifica che il sindacato che si appresta a svolgere sull'eccesso del potere giurisdizionale non può estendersi all'esame del merito della vicenda processuale, ma, nella parte motiva dei propri approdo, finisce pur sempre per valutare il ragionamento (giuridico) seguito dal giudice ordinario (esprimendo giudizi di merito sui criteri di risoluzione delle antinomie ma limitando il proprio intervento alla sola espressa disapplicazione della norma), finendo così per porre in essere una decisione viziata, allo stato, da una sorta di illogicità intrinseca<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> M. D'AMICO, *Alcune riflessioni*, cit., 1796.

Loredana Mura

**Il riconoscimento di “forme e condizioni particolari di autonomia”  
in materia di commercio con l’estero secondo un’interpretazione costituzionalmente e  
internazionalmente orientata dell’art. 116 Cost.\***

**ABSTRACT:** *This essay examines the “particular forms and conditions of autonomy”, mainly concerning the foreign trade sector, provided for by Article 116 of the Italian Constitution. In this sense, it compares the forms and conditions of “special autonomy”, already recognised (even if never implemented) in the matter, with those of “differentiated autonomy” that aspire to be recognised in our legal system, noting their relevant differences also in relation to their respective degree of compatibility with the prescriptions of the regulation in force. The essay therefore concludes by observing that a constitutionally and internationally oriented interpretation of Article 116 of the Italian Constitution can only legitimise “particular forms and conditions of autonomy” aimed at overcoming situations of regional disadvantage that cannot be achieved through the exercise of the “ordinary” statutory functions of the Regions. In this sense, the provisions of this article can be well reconciled with the “special” forms and conditions of autonomy already recognised in our State today, which (if implemented) will make it possible to address the structural and permanent regional problems for which they were instituted; on the other hand, it may also be considered compatible with the recognition of “additional” and “extraordinary” forms and conditions of autonomy provided that they are aimed at enabling, the territorial entity invested with them, to overcome supervening and contingent situations of disadvantage.*

**SOMMARIO:** 1. Il riconoscimento di “ulteriori” forme e condizioni particolari di autonomia nel commercio con l’estero e il loro confronto con quelle già esistenti nell’ordinamento italiano ai sensi dell’art. 116 Cost. – 2. I poteri di autonomia regionale attribuiti dagli Statuti di diritto speciale nel commercio con l’estero: gli Statuti della Sardegna e del Friuli-Venezia Giulia. – 3. *Segue:* La mancata attuazione dell’art. 52 St. Sa. per effetto della “comunitarizzazione” della materia del commercio con l’estero da parte del diritto UE. – 4. La disciplina del commercio con l’estero nella riforma del Titolo V della Costituzione e la mancata valutazione del suo impatto sul regionalismo di diritto speciale. – 5. Il commercio con l’estero negli atti relativi all’autonomia differenziata: l’assenza di una sua disciplina negli Accordi preliminari del 2018. – 6. *Segue:* La disciplina del commercio con l’estero nelle bozze di intesa (non formalizzate) del maggio 2019. – 7. L’incompatibilità del riconoscimento di un’autonomia differenziata nel commercio estero con un’interpretazione costituzionalmente e internazionalmente orientata dell’art. 116 Cost.

1. *Il riconoscimento di “ulteriori” forme e condizioni “particolari di autonomia” nel commercio con l’estero e il loro confronto con quelle già esistenti nell’ordinamento italiano ai sensi dell’art. 116 Cost.*

Il processo di riconoscimento, ai sensi del comma 3 dell’art. 116 Cost.<sup>1</sup>, della c.d. autonomia differenziata (d’ora in avanti a.d.) ad alcune Regioni italiane<sup>2</sup> – dopo qualche battuta d’arresto<sup>3</sup> ha



<sup>1</sup> Per comodità, qui di seguito si riproduce il testo dell’art. 116 Cost.: «Il Friuli-Venezia Giulia, la Sardegna, la Sicilia, il Trentino-Alto Adige/Südtirol e la Valle d’Aosta/Vallée d’Aoste dispongono di *forme e condizioni particolari di autonomia*, secondo i rispettivi statuti speciali adottati con legge costituzionale. La Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol è costituita dalle Province autonome di Trento e di Bolzano. *Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia*, concernenti le materie di cui al terzo comma dell’articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere l), limitatamente all’organizzazione della giustizia di pace, n) e s), possono essere attribuite ad *altre* Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all’articolo 119. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata» (corsivo aggiunto).

<sup>2</sup> Ad oggi hanno presentato formale richiesta di a.d. la Lombardia, il Veneto e l’Emilia-Romagna: sul sito del *Dipartimento per gli Affari Regionali e le Autonomie* sono tuttora reperibili le intese siglate da queste Regioni con il Governo centrale. Dopo la sua richiesta, tuttavia, il Governatore della Regione emiliano-romagnola ha reso pubblica la sua volontà di recedere dal processo di a.d. in corso e, coerentemente con questa decisione, ha votato contro il d.d.l.

ripreso il suo *iter* procedurale con il d.d.l. Calderoli<sup>4</sup> e la legge di bilancio<sup>5</sup>. In tutto questo tempo, l'istituto dell'a.d. non ha mai cessato di essere oggetto di discussione su aspetti di rilievo soprattutto costituzionale che, già in passato, avevano evidenziato i numerosi profili di criticità e quindi di inopportunità della sua adozione. Pur proponendosi come un modello di attuazione "rafforzata" del regionalismo ordinario<sup>6</sup> distinto quindi da quello speciale, il regionalismo differenziato pare invece attingere largamente alle caratteristiche di quest'ultimo, tuttavia, senza riuscire ad aderire alla sua *ratio* legittimante e, semmai, con l'obiettivo di scavalcarne la portata. Partendo proprio dal presupposto che il regionalismo speciale si sia dimostrato fallimentare a causa della sua supposta incapacità di risolvere i problemi regionali per i quali era stato istituito<sup>7</sup>, l'a.d. si fa portatore di un modello di regionalismo diverso, che ha come scopo quello di premiare «[i] comportamenti 'virtuosi' di alcune Regioni» posto che questi «costituirebbero un forte stimolo per le Regioni più arretrate per migliorare la qualità dei servizi offerti»<sup>8</sup>. In questo senso, il programma di decentramento dell'a.d. aspira a coinvolgere un numero di materie assai rilevante, da un punto di vista qualitativo oltre che quantitativo, per il nostro ordinamento. Si tratta esattamente di 23 materie

---

Calderoli in sede di Conferenza unificata Stato-Regioni. In realtà, proprio questa Regione, come si avrà modo di spiegare più avanti, a causa degli eventi calamitosi di cui è stata recentemente vittima, si trova nelle condizioni di poter beneficiare «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» alla luce del significato che questa assume secondo un'interpretazione logico-sistemica dell'art. 116 Cost.

<sup>3</sup> La prima dovuta all'emergenza pandemica causata dal Covid-19, la successiva alla caduta dell'ultimo Governo Conte e poi del Governo Draghi.

<sup>4</sup> Il riferimento è al d.d.l. Calderoli del 2 febbraio 2023 contenente *Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario*.

<sup>5</sup> Si tratta della Legge 29 dicembre 2022, n. 197 sul *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025* che ai commi 791-801 dell'art. 1 ha previsto uno stanziamento finanziario e istituito una Cabina di regia per lo studio delle condizioni di riconoscimento dell'a.d. Per la dottrina sull'argomento v. L. SPADACINI, *L'autonomia differenziata: considerazioni a margine del disegno di legge Calderoli e delle disposizioni della legge di bilancio per il 2023*, in [federalismi.it](https://www.federalismi.it), 3 maggio 2023.

<sup>6</sup> Il titolo del d.d.l. Calderoli (v. *supra*, nota 4) in effetti, sembra porsi proprio questo obiettivo e perciò limitare l'istituto dell'a.d. alle sole «Regioni a statuto ordinario»; in realtà, il suo art. 10, come si vedrà più avanti (*infra*, par. 4), sembra aprire una prospettiva di a.d. anche alle autonomie speciali: in argomento, v., *amplius*, M. PODETTA, [Il tentativo di attuazione dell'autonomia differenziata: dal disegno di legge Calderoli alla legge di bilancio per il 2023](#), in questa *Rivista* 2023/II, 354 ss. spec. 354 nota 2 e gli ulteriori riferimenti dottrinali ivi riportati.

<sup>7</sup> Il giudizio di inadeguatezza del modello di autonomia speciale non è affatto nuovo in dottrina, al contrario è assai risalente e alquanto diffuso: in proposito, ci permettiamo di rinviare all'analisi svolta nel nostro *La specialità regionale nell'ordinamento italiano e in quello dell'Unione europea*, in [Diritto@Storia](#), 2013, 1-37. Più recentemente, anche in relazione alle differenze fra a.d. e autonomia speciale, v. L. RONCHETTI, *L'attuazione del regionalismo differenziato esige norme costituzionali d'integrazione*, in [Costituzionalismo.it](#), 2020; A. NAPOLITANO, *Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni. Natura giuridica ed effetti della legge ad autonomia negoziata*, in [Salvis Juribus](#), 2019, par. 1; M. BORDIGNON, F. NERI, L. RIZZO, R. SECOMANDI, *Le attuali Regioni a Statuto speciale: un modello per l'autonomia differenziata?* in [Osservatorio CPI](#), 14 marzo 2023; e, in particolare, R. BIN, *L'attuazione dell'autonomia differenziata*, Relazione al Convegno di Torino «A che punto è l'autonomia regionale differenziata?» del 20 aprile 2017, 1 che è esplicito nel rilevare che «la specialità regionale sia considerata a volte una posizione di privilegio»; A. RUGGERI, [La "specializzazione" dell'autonomia regionale: i \(pochi\) punti fermi del modello costituzionale e le \(molte\) questioni aperte](#), in questa *Rivista*, 2019/II, 600 ss. secondo cui «[l]a specialità – come dice lo stesso termine – implica una condizione eccezionale rispetto a ciò che è appunto... ordinario; ed implica altresì una condizione di complessivo vantaggio rispetto a quella in cui versano le Regioni di diritto comune» (ivi, 615); L. A. MAZZAROLLI, *Una voce fuori dal coro, perché ... apertamente favorevole al regionalismo differenziato*, in *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, Atti del Convegno di Milano, 8 ottobre 2019, 53 ss.

<sup>8</sup> Così G. MAZZOLA, *Autonomia differenziata: storia e nuove prospettive*, in [Amministrazione In Cammino](#), 2020, 5, che aggiunge: «la clausola di asimmetria [...] sviluppa elementi di forte identità regionale e di competizione territoriale». Su questa linea si ritiene (v. CINSEDO-CENTRO INTERREGIONALE STUDI E DOCUMENTAZIONE, [Dossier tecnico CINSEDO, n. 01, novembre 2019](#)) che «il modello di allocazione delle materie» previsto dall'art. 116 Cost. per l'autonomia differenziata «rimane un modello eminentemente diverso dalla "specialità" riconosciuta ad alcune Regioni poiché diversa è la ratio che connota i due differenti regimi: l'autonomia ordinaria» a cui è assimilata quella differenziata «è connotata comunque da una ratio traslativa»; l'autonomia speciale, invece, è caratterizzata «da una ratio derogatoria».

che attengono sia agli affari interni che agli affari esteri<sup>9</sup> e annoverano fra esse anche quella del “commercio con l'estero”. Una materia, questa, che benché suscettibile di rientrare fra i c.d. “rapporti internazionali e con l'Unione europea”, tuttavia nella logica dell'art. 117 Cost. assume una posizione distinta e separata da questa categoria di rapporti.

La prima domanda che viene dunque da porsi di fronte alla possibilità che il commercio con l'estero entri a far parte delle materie coperte dal programma di a.d. riguarda la tipologia (in termini di natura e portata) dei poteri interessati dal suo decentramento. In particolare, se possa trattarsi dell'attribuzione di un “potere di sovranità interna” (di tipo legislativo e amministrativo) e/o di un “potere di sovranità esterna” (quale, ad esempio, un potere di stipula di accordi internazionali). In quest'ultimo caso, si pone altresì il problema di sapere se l'assegnazione di un “potere estero” nella materia possa ritenersi compatibile con il principio dell'esclusiva riserva statale nelle relazioni internazionali e con l'Unione europea con cui la giurisprudenza costituzionale ha preteso di vietare il riconoscimento di una qualsiasi competenza regionale «a prescindere dai settori materiali coinvolti»<sup>10</sup>.

Ai fini dell'indagine sarà altresì utile un confronto con le forme di attribuzione di una competenza regionale nel commercio estero già esistenti nel nostro ordinamento, dato che il loro riconoscimento ha preceduto di gran lunga la stessa riforma dell'art. 116 Cost.: a questo proposito l'attenzione sarà rivolta agli Statuti di autonomia speciale e, in particolare, a quello della Sardegna che, fin dalla sua adozione, ha attribuito alla Regione una “particolare” forma di autonomia nel settore del commercio con l'estero. Poiché tuttavia, come si avrà modo di spiegare, numerosi sono stati nel tempo gli ostacoli sollevati all'esercizio effettivo di questa specifica competenza estera, sarà opportuno chiedersi quale impatto potrebbe avere su di essa e, più in generale, sull'assetto del regionalismo italiano il riconoscimento di un'a.d. nel “commercio con l'estero”. In altre parole, si tratterà di sapere da un lato, se l'attribuzione di un'a.d. nel commercio con l'estero possa legittimamente e coerentemente conciliarsi con il divieto imposto alla Sardegna di esercitare la propria autonomia statutaria in questa materia; dall'altro, quali effetti avrebbe il riconoscimento di un'a.d. anche in questa materia sui caratteri del regionalismo italiano e quindi sul complesso di norme e principi che attualmente ne regolano il funzionamento. Profilo, quest'ultimo, che porterà a chiedersi se il processo di a.d. in corso rispecchi il reale significato che l'art. 116 assume nel quadro di un'interpretazione in senso costituzionalmente e internazionalmente orientato.

Nell'intento di dare una risposta a questi quesiti, converrà prendere le mosse proprio dall'esame delle disposizioni sul commercio estero presenti negli Statuti delle Regioni speciali per poi passare a fare un confronto fra queste e quelle proposte negli atti di a.d. fino ad oggi presentati che ci consentiranno, infine, di svolgere alcune riflessioni finali.

## *2. I poteri di autonomia regionale attribuiti dagli Statuti di diritto speciale nel commercio con l'estero: gli Statuti della Sardegna e del Friuli-Venezia Giulia*

Gli Statuti speciali che prevedono l'attribuzione di una competenza regionale nel “commercio con l'estero” sono quelli della Regione Sardegna<sup>11</sup> e della Regione Friuli-Venezia Giulia<sup>12</sup>. Mentre però lo Statuto della Regione friulana si limita a riconoscere alla Regione un potere consultivo da

---

<sup>9</sup> Al riguardo, l'elenco fornito dalla nostra Costituzione agli articoli 116 e 117 appare lungo e variegato e, dal canto suo, lo stesso d.d.l. Calderoli all'art. 2, comma 2, prevede, senza limiti o criteri orientativi, che «2. L'atto o gli atti d'iniziativa di ciascuna Regione possono riguardare una o più materie o ambiti di materie» mantenendo così ferma la piena libertà di riferimento a tutte le materie stabilite nell'articolato costituzionale di riferimento.

<sup>10</sup> Corte cost., sent. [n. 239 del 2004](#), par. 5, cpv. 5. Su questo tipo di divieto imposto alle Regioni, v. anche i parr. che seguono.

<sup>11</sup> St. Sa., art. 52, comma 1.

<sup>12</sup> St. FVG., art. 47, comma 2.

esercitarsi (su un piano meramente interno) in vista della stipulazione da parte dello Stato di accordi nel settore commerciale, viceversa lo Statuto della Regione sarda riconosce a quest'ultima la partecipazione all'esercizio del potere estero del Governo centrale nella stipula di trattati di commercio.

Più nel dettaglio, lo Statuto del Friuli-Venezia Giulia, prendendo atto della posizione confinaria della Regione, prevede testualmente che: «[l]a Giunta regionale deve essere anche *consultata* in relazione alla *elaborazione di trattati di commercio* con Stati esteri che interessino il traffico confinario della Regione o il transito per il porto di Trieste» (corsivo aggiunto).

Lo Statuto della Regione autonoma della Sardegna, invece, prevede una norma articolata e incisiva secondo la quale: «1. La Regione è *rappresentata nella elaborazione dei progetti dei trattati di commercio* che il Governo intenda stipulare con Stati esteri in quanto riguardino *scambi di specifico interesse della Sardegna*. La Regione è *sentita* in materia di legislazione *doganale* per quanto concerne i prodotti tipici di suo specifico interesse» (corsivo aggiunto). La *ratio* di questa norma, volta a dare rilevanza alla condizione di isolamento e distanza geografica della Sardegna dalla terraferma, assume oggi un significato ancora più esplicito e pregnante alla luce del riformato art. 119 Cost. secondo cui «[l]a Repubblica riconosce le peculiarità delle Isole e promuove le misure necessarie a *rimuovere gli svantaggi* derivanti dall'insularità»<sup>13</sup>.

Le norme ora ricordate rappresentano le *uniche* disposizioni normative adottate in ordine al riparto delle competenze Stato-Regioni nel commercio con l'estero prima che questo settore tornasse ad essere regolato con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 e la successiva legge di attuazione e, perciò, anche prima che esso diventasse oggetto di discussione nell'ambito dello processo di a.d. Vale al riguardo sottolineare che, benché la competenza attribuita alla Sardegna abbia portata diversa ai fini dei rapporti esterni dello Stato, non si tratta della concessione di un potere estero autonomo ed esclusivo, ma della partecipazione dell'Isola all'esercizio della funzione estera (nella specie quella di "negoziazione di un trattato internazionale") spettante all'Esecutivo centrale<sup>14</sup>. In una prima fase di definizione delle modalità attuative di tale norma, si ebbe modo di precisare che essa avrebbe dovuto concretarsi nella nomina di un organismo unitario a composizione mista che avrebbe garantito alle istituzioni regionali di prendere parte, su un piano di parità con le Istituzioni centrali dello Stato, alla conduzione di un negoziato che, a sua volta, avrebbe vincolato l'Italia alla sottoscrizione di un accordo commerciale nei termini con esso concordati. Sebbene, dunque, l'obiettivo della norma statutaria sia l'esercizio non autonomo bensì condiviso fra centro e periferia di un potere sovrano (esterno) dello Stato, esso si configura come fatto del tutto eccezionale e di particolare significato in un quadro politico-normativo orientato alla più totale censura dell'attività internazionale delle Regioni. È opportuno ricordare, al riguardo che, secondo una linea di pensiero che si è andata via via rinforzando nel nostro ordinamento anche grazie all'avallo della giurisprudenza costituzionale<sup>15</sup>, l'accentramento dei poteri di sovranità dello

---

<sup>13</sup> Sulla condizione delle isole europee si è recentemente soffermata l'attenzione (generalmente riservata alle aree insulari c.d. ultraperiferiche) della UE e, più esattamente, del Parlamento europeo: v. la [Risoluzione del Parlamento europeo del 7 giugno 2022 sulle isole dell'UE e la politica di coesione: situazione attuale e sfide future](#) e il Documento di sintesi e commento del PE su [Le isole dell'Unione europea: situazione attuale e sfide future](#) del 2021, spec. 11-15.

<sup>14</sup> Si tratta di una ipotesi, quella in esame che, come si è già avuta occasione di osservare (volendo, v., al riguardo, il nostro *Gli accordi delle Regioni con soggetti esteri e il diritto internazionale*, Torino, 234 nota 78.), assume esclusiva rilevanza "interna" al nostro Stato in quanto attinente a scelte organizzative che esso è chiamato ad operare in ordine alla composizione della delegazione nazionale investita del «potere di negoziazione di un trattato internazionale».

<sup>15</sup> La sentenza n. [425 del 1995](#) al riguardo recita che «allo Stato rimangono sempre *riservati* gli indirizzi di politica estera e la valutazione degli interessi del Paese in questo settore [...]» e che a tale «esclusiva competenza, propria degli organi centrali dello Stato, di determinare ed attuare gli indirizzi di politica estera, in senso lato, non si sottraggono le province dotate di speciale autonomia» (ivi, par. 4, cpvv. 3 e 4). Su questa linea anche la sent. n. [238 del 2004](#) che ribadisce: «[i]l nuovo articolo 117 della Costituzione detta *una espressa disciplina delle attività internazionali delle Regioni*. Da un lato esso *riserva* alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la materia della "politica estera e rapporti internazionali dello Stato" (secondo comma, lettera a), e attribuisce alla competenza concorrente quella dei "rapporti internazionali [...] delle Regioni" (terzo comma)» (ivi, par. 6, cpv. 1); e, in senso anche più ampio, l'[ord. n.](#)



Stato nei rapporti con l'estero si è configurato nei termini di un monopolio assoluto degli stessi da parte delle Istituzioni centrali che ha estromesso le Regioni dalla loro titolarità ed esercizio<sup>16</sup>. Un tale approccio sembrava trovare la sua giustificazione nella, supposta ma mai dimostrata, esistenza di un principio internazionale che attribuiva allo Stato – automaticamente identificato con le sue Istituzioni centrali ma non anche con le sue Regioni – la capacità di agire nei rapporti internazionali, inclusi anche quelli relativi alla CEE/UE<sup>17</sup>. Per effetto di questo assunto, le Regioni, anziché un'articolazione dell'organizzazione statale, di rilevanza costituzionale pari a quella degli organi dell'apparato centrale, vengono a rappresentare, viceversa, un centro di imputazione di interessi distinto e separato dallo Stato, suscettibile di entrare in competizione con esso. La ripartizione dei poteri sovrani diventa, pertanto, una questione divisiva e di forte contrapposizione fra istituzioni centrali e decentrate sistematicamente risolta con il sommo sacrificio dell'autonomia regionale, così come attesta la copiosa giurisprudenza dei conflitti di attribuzione Stato-Regioni sollevati davanti alla Corte costituzionale<sup>18</sup>. L'art. 52 dello St. Sa. ha finito per essere travolto da questo clima di diffidenza, divisione e scontro<sup>19</sup>; ciò, sebbene il trattamento differenziale da esso previsto fosse chiaramente dettato dall'esigenza comune e di ordine superiore di considerare il perseguimento del miglior interesse regionale nel quadro della realizzazione dell'interesse *unitario e generale* dello Stato posto che il superamento della specifica condizione di svantaggio dell'Isola sarda avrebbe comportato il superamento di una situazione di *impasse* dello Stato nel suo complesso. Nonostante l'importanza dei valori espressi, le legittime finalità di cui si fa portatore e la sua rilevanza costituzionale, l'art. 52 St. Sa. è rimasto fino ad oggi lettera morta: i tentativi finalizzati alla sua attuazione, infatti, non hanno mai avuto seguito nella prassi dei rapporti commerciali del nostro Stato con l'estero. È vero al riguardo che, pur a distanza di anni dall'entrata in vigore dello St. Sa., sia intervenuto il d.lgs. del 15 settembre 1999 n. 363<sup>20</sup> che disponeva: «Art.

---

[243 del 2004](#) secondo cui «il nuovo art. 117 Cost., distinguendo tra “rapporti internazionali dello Stato” e “rapporti internazionali delle Regioni”, rende necessario far rientrare in questi ultimi *non soltanto* le “attività promozionali” e di “mero rilievo internazionale”, ma *anche tutte quelle altre attività che non incidono sugli indirizzi di politica estera* e sul potere di concludere trattati internazionali»; la [sentenza n. 32 del 2006](#) sotto questo profilo introduce alcuni temperamenti: «[I]a competenza legislativa *esclusiva* dello Stato, di cui alla lettera a) del secondo comma dell'art. 117 Cost., riguarda la politica estera ed i rapporti internazionali dello Stato e non viene certamente intaccata dalla semplice ed eventuale trasmissione di informazioni riguardanti piani di emergenza locali, che può essere peraltro effettuata attraverso gli appropriati organi statali» (ivi, par. 6, cpv. 3); infine, la sent. [n. 285 del 2008](#) che qualifica le «attività di rilievo internazionale» poste in essere dalla Regione nelle materie di propria competenza, come non corrispondenti a quelle di politica estera, che tali non sono» (par. 3.6, cpv. 6).

<sup>16</sup> La dottrina (P. BIANCHI, *Le attività di rilievo internazionale della Regione*, in P. Carrozza, R. Romboli, E. Rossi (curr.), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Toscana*, Torino 2015, 375) osserva al riguardo che «tra gli attributi essenziali della sovranità statale, fin dalle origini dello Stato moderno, vi è il potere di concludere accordi internazionali» dal quale le Regioni sono escluse in ragione «dell'attribuzione alla responsabilità dello Stato dell'eventuale inadempimento».

<sup>17</sup> La sent. [n. 49 del 1963](#), fa riferimento proprio alla circostanza che «l'approvazione del disegno di legge da parte dell'Assemblea regionale» (nella specie quella siciliana) fosse avvenuta «senza che gli organi della Regione avessero fornito le notizie e i chiarimenti richiesti dalla Commissione della Comunità economica europea per il tramite della rappresentanza permanente della Repubblica italiana presso le Comunità europee».

<sup>18</sup> Non solo le Regioni non possono essere titolari di una competenza “estera” ma, per altro verso, i poteri “interni” ad esse trasferiti si ritiene non abbiano natura “sovrana”. Eloquentemente nel senso ora indicato la sent. [n. 49 del 1963](#) cit., secondo cui «[a]lle Regioni, comprese quelle a Statuto speciale, la Costituzione accorda *una sfera di autonomia* più o meno ampia, *ma non certo la sovranità*» e «anche quando non vi è alcuna disposizione espressa, come è del resto nel caso delle Regioni a statuto ordinario, nessuno potrebbe supporre che alle Regioni autonome siano attribuiti *poteri sovrani*» (ivi, par. 2, cpv. 4).

<sup>19</sup> Concorde sul punto il pensiero di P. BIANCHI, *Le attività di rilievo internazionale* cit., 2, secondo cui la compressione del ruolo internazionale e comunitario delle Regioni si è estesa anche «negli ambiti (almeno apparentemente) garantiti dagli Statuti speciali e dall'art. 117 Cost.».

<sup>20</sup> Si tratta del d.lgs. n. 363 del 15 settembre 1999, recante *Norme di attuazione dello statuto speciale della regione Sardegna in materia di partecipazione della regione alla elaborazione dei progetti di trattati di commercio che lo Stato intende stipulare con Paesi esteri*.

1.1. In attuazione dell'articolo 52, primo comma, dello statuto della regione Sardegna, di cui alla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3, e successive modificazioni, *nella elaborazione degli accordi internazionali commerciali e tariffari*, la regione *partecipa, nell'ambito della delegazione italiana*, con il presidente della giunta regionale o con un suo delegato, ai *lavori preparatori* relativi alla *definizione della posizione negoziale dell'Unione europea e dello Stato italiano*, anche in sede di organizzazioni internazionali, in quanto gli accordi stessi riguardino interessi rilevanti per l'economia della Sardegna» (corsivo aggiunto)<sup>21</sup>. È altrettanto vero, però, che tale decreto sia stato interamente disatteso e i solleciti avanzati dalla Regione ai fini della sua effettiva attuazione, come si spiegherà meglio a breve, siano rimasti del tutto inascoltati.

### 3. Segue: *La mancata attuazione dell'art. 52 St. Sa. per effetto della "comunitarizzazione" della materia del commercio con l'estero da parte del diritto UE*

A conferma di quanto detto in conclusione al paragrafo precedente, circa l'assenza di una reale volontà di valorizzare e dare attuazione all'art. 52 St. Sa., vale la pena soffermarsi su un episodio alquanto emblematico e decisivo. Nell'anno 2000 l'amministrazione isolana chiedeva formalmente di partecipare con una propria rappresentanza, alla delegazione italiana incaricata delle trattative per l'istituzione di una «Zona euro-mediterranea di libero scambio», rispetto alla quale si erano resi evidenti i riflessi particolarmente rilevanti per l'economia sarda. Il Governo in carica, a mezzo dell'allora Ministro degli esteri Lamberto Dini, con una lettera ufficiale<sup>22</sup> respingeva tuttavia la richiesta avanzata dalle autorità della Sardegna. Nella circostanza l'Esecutivo faceva presente che «le materie commerciale e tariffaria», oggetto dell'art. 52 St. Sa e della successiva normativa di attuazione, rientravano «ormai *nella competenza esclusiva dell'Unione europea*»; allo stesso tempo però precisava che «*la posizione negoziale dell'Italia*», definita nell'ambito del coordinamento fra lo Stato e le Regioni, sarebbe stata successivamente «*riportata ed eventualmente discussa con le competenti istanze comunitarie*» in vista di tenerne conto «nel negoziato con i Paesi terzi»; infine, concludeva assicurando che il Ministero degli esteri non avrebbe mancato di «*consultare la Regione Sardegna, come anche le altre Regioni*» ogniqualvolta esse lo richiedano e ricorrano i presupposti dell'*esistenza di interessi rilevanti per la loro economia*» (tutti i corsivi sono aggiunti)<sup>23</sup>.

In altre parole, il Governo centrale, in palese contraddizione con la normativa dallo esso disposta solo qualche mese prima, da un lato pronunciava la sostanziale "disapplicazione" della norma di rango costituzionale prevista dall'art. 52 St. Sa. e del successivo d.lgs. n. 363 del 1999 per sopravvenute e sovraordinate ragioni di natura comunitaria; dall'altro, (anticipando peraltro un orientamento fatto proprio dalla legge n. 131 del 2003) convertiva il tipo di competenza *estera* riconosciuta alla Sardegna in un potere di consultazione *interna* (analogo a quello originariamente formulato per il Friuli) che estendeva, peraltro, a favore di tutte le Regioni italiane, indipendentemente dal fatto che ciò avesse un qualsiasi appiglio testuale nei loro Statuti.

Va peraltro osservato che la comunicazione con cui il Governo si rivolgeva alle autorità sarde per informarle del mancato accoglimento della loro richiesta, non faceva alcun distinguo fra le diverse modalità con cui la UE esercita il suo potere di negoziare e concludere accordi con Paesi

---

<sup>21</sup> Il parere del Consiglio regionale, inviato in sede di approvazione della normativa di attuazione citata, auspicava peraltro, un'interpretazione della medesima in sintonia con l'originaria funzione di garanzia degli interessi regionali rivestita dal citato art. 52; ciò al fine di scongiurare una modifica «all'ultimo momento» degli aspetti sostanziali del testo concordato fra gli organi statali e quelli regionali in vista della conclusione dell'accordo internazionale: così P. FOIS, *La partecipazione della Regione alle relazioni internazionali*, Relazione al Convegno di Cagliari del 15 ottobre 2018 su *Lo stato di attuazione dello Statuto speciale della Sardegna. Un bilancio dopo 70 anni*.

<sup>22</sup> V., *amplius*, P. FOIS, *Sulla partecipazione della Regione Sardegna alla elaborazione dei trattati*, in *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2000, 375 ss.

<sup>23</sup> Così P. FOIS, *La partecipazione della Regione alle relazioni internazionali*, cit., 5, nel richiamare il contenuto della citata lettera governativa.

terzi al fine di verificare l'esistenza di congrui spazi di manovra che potessero consentire alla Regione l'esercizio della sua competenza estera: la cooperazione europea, in effetti, avrebbe potuto offrire opportunità e buone prospettive per dare concreta attuazione alla norma statutaria in parola.

In questo senso, la citata comunicazione ministeriale avrebbe potuto fare riferimento innanzitutto alla prassi comunitaria dei c.d. accordi misti (la cui procedura prevede la partecipazione tanto dell'Unione quanto degli Stati membri) e, quindi, alla possibilità che la Regione sarda potesse partecipare all'elaborazione, tanto nella fase di negoziazione quanto in quella di conclusione, di un accordo commerciale con Stati terzi, in conformità alla citata disposizione dello St. Sa.<sup>24</sup>.

Oltre alle "competenze miste" – note anche come competenze c.d. esterne o extracomunitarie di tipo "misto" – la missiva ministeriale avrebbe potuto prendere in considerazione le competenze di tipo "esclusivo" della UE nei rapporti commerciali con i Paesi extracomunitari. In questo caso, l'attuazione della norma statutaria *de qua* avrebbe potuto essere consentita tramite l'integrazione di una delegazione regionale nel nucleo di rappresentanza italiana chiamato a concorrere alla composizione degli organi comunitari titolari delle suddette competenze<sup>25</sup>.

La lettera del Governo avrebbe inoltre potuto riconsiderare le modalità di partecipazione del nostro Paese al blocco delle competenze comunitarie c.d. interne o intracomunitarie (cioè fra gli Stati membri) nell'ambito delle quali fare valere la posizione giuridica costituzionalmente garantita alla Sardegna senza con ciò creare alcun tipo di interferenza con la disciplina cui il nostro Stato aveva sottoposto i rapporti fra il diritto italiano e il diritto comunitario<sup>26</sup>. Va infatti considerato, al riguardo, che essendo l'art. 52 St. Sa. una norma di legge costituzionale varata nel 1948 – quindi, ben prima della creazione delle tre Comunità europee – essa nasceva con un orizzonte applicativo di portata ben più ampia di quella che si è preteso successivamente di definire nelle sedi relative alla sua attuazione anche con riferimento allo stesso processo di cooperazione comunitaria. Perciò, essa ricomprendeva senz'altro anche i rapporti commerciali dell'Italia con tutti quei Paesi che poi, via via, sono entrati a fare parte – con lo *status* di membri o di associati – prima delle tre Comunità e, successivamente, dell'Unione europea. Di questo orizzonte applicativo, pertanto, si sarebbe dovuto tenere conto allorché quei rapporti sono stati "comunitarizzati" e la loro regolamentazione è conseguentemente rientrata nelle competenze normative (tanto "esterne" quanto "interne"<sup>27</sup>) dell'Unione e, quindi, nelle procedure decisionali cui gli Stati membri hanno sottoposto il loro esercizio.

---

<sup>24</sup> Per approfondimenti, v. P. FOIS, *Sulla partecipazione della Regione* cit., 375 ss.

<sup>25</sup> In tal caso, sul versante interno, si farebbe leva sulla circostanza che «la partecipazione della Regione Sardegna» all'esercizio (condiviso coi gli organi centrali) di un siffatto potere estero di rilevanza comunitaria, risulti specificamente «garantita da una regola di rango costituzionale» (così P. FOIS, *Sulla partecipazione* cit., 379), in linea peraltro con i principi del diritto internazionale dei trattati. Sul versante comunitario, si farebbe invece riferimento, nella specie, agli organi UE di carattere intergovernativo, quali il Consiglio e gli organismi da questo nominati ai fini della stipulazione dell'accordo internazionale interessato. Sulle pratiche UE di conclusione dei trattati in materia commerciale v. F. BESTAGNO, *La politica commerciale comune*, in M.E. Bartoloni, S. Poli (curr.), *L'azione esterna dell'Unione europea*, Napoli, 2021, 111-141; A. CALIGIURI, *Politica commerciale*, in *Treccani vocabolario*, 2014. Più in generale, sul potere esterno della UE, v. M.E. Bartoloni, S. Poli (curr.), *L'azione esterna dell'Unione europea*, cit.; M. G. BARTOLONI, *Relazioni esterne dell'Unione europea*, in *Treccani enciclopedia - diritto online*, 2015; A. LANG, P. MARIANI, *La politica estera dell'Unione europea*, Torino, 2014; A. MIGNOLLI, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, Napoli, 2009; S. AMADEO, *Unione europea e treaty making power*, Milano, 2005.

<sup>26</sup> In relazione a questa ipotesi, v. P. FOIS, *Sulla partecipazione della Regione* cit., 375 ss., spec. 379-380.

<sup>27</sup> Il riferimento, in tal senso, è a quelle competenze coinvolte nella c.d. «fase ascendente del processo decisionale comunitario» sulle quali v. P. FOIS, *Sulla partecipazione della Regione* cit., 379; ID., *Obblighi internazionali e competenze regionali: una questione ancora aperta*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1999, 914 ss.) secondo cui, proprio perché sono «evidenti sono le analogie tra i due casi» relativi l'uno alle competenze esterne l'altro a quelle interne, occorrerebbe riconoscere «il principio di una partecipazione della Regione sarda anche nella fase ascendente del processo decisionale comunitario» (*ibidem*, 380). Sul ruolo regionale nella c.d. fase ascendente, v., *amplius*, P. COSTANZO, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI e A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, 6° ed., Torino, 2022, 535 ss.

Dal momento che la UE è “indifferente”<sup>28</sup> alla forma dello Stato e all’organizzazione sia interna che esterna dei suoi poteri sovrani – e che non rientra nei suoi scopi e nelle sue prerogative neppure la modifica del regime dei suoi rapporti con gli Stati membri che restano gli unici “padroni dei trattati”<sup>29</sup> – ci si sarebbe aspettati che la soluzione qui ventilata fosse direttamente regolata dallo Stato italiano con una disciplina *ad hoc* volta a pianificare la sua partecipazione al processo comunitario in senso pluralistico e democratico, nel rispetto quindi della specialità regionale riconosciuta dal suo ordinamento.

Al contrario, l’intervento del legislatore nazionale è apparso sistematicamente orientato, con il beneplacito della giurisprudenza costituzionale<sup>30</sup>, verso una chiara e inequivocabile alterazione<sup>31</sup> degli equilibri istituzionali stabiliti dalla Costituzione e la violazione dei valori fondamentali in essa sanciti: primo fra tutti del principio di eguaglianza che, viceversa, avrebbe dovuto guidare l’organizzazione dello Stato anche in materia di commercio estero.

Si è attuato così un livellamento del regionalismo italiano<sup>32</sup> che ha tolto ogni significato (formale e materiale) alla distinzione fra regime di diritto comune e di diritto speciale. In tal senso, anche la posizione riconosciuta alla Sardegna all’art. 52 del suo Statuto è stata via via privata del suo valore e della sua funzione originaria, quella della tutela del particolare interesse regionale nel quadro dell’interesse generale della Nazione: talché, oltre a trascurare ogni iniziativa che desse attuazione a questa norma di rango costituzionale, si è arrivati al punto da metterne in dubbio la legittimità e l’attualità del suo fondamento<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> Sul principio di “indifferenza” e “non ingerenza” nel diritto comunitario, v. P. FOIS, *L’indifferenza dell’Europa nei confronti delle autonomie territoriali prima dell’istituzione del Comitato delle Regioni del 1992, Cenni sul ruolo del Comitato*, in M. Cardia (cur.), *Per un nuovo Statuto sardo*, Atti del Convegno di Sassari del 23 ottobre 2015, Cagliari, 2015, 19-23; ed il nostro *La specialità regionale* cit., spec. par. 8.

<sup>29</sup> Per questa espressione, v. G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell’Unione europea*, Bari, 14 e *passim*.

<sup>30</sup> In particolare, con riguardo alla “comunitarizzazione” delle competenze regionali, la sent. [n. 239 del 2004](#) ne ha giustificato l’esistenza in virtù della «necessità di garantire l’unitarietà della posizione della delegazione italiana nei confronti della Comunità europea» (ivi, par. 6). La sent. [n. 169 del 1969](#), a suo tempo, spiegava che «[n]on può esser dubbio, e non è contestato dalla Regione, che tali obblighi ed oneri, derivanti dalle disposizioni del Trattato e dai regolamenti comunitari, vincolino anche l’esercizio dell’attività legislativa delle Regioni a statuto speciale. Le ragioni, attinenti alla posizione sovrana dello Stato nei confronti delle Regioni, fruente di autonomia “entro l’unità politica dello Stato italiano” (art. 1 Statuto speciale per la Sicilia) il quale è “uno e indivisibile” (art. 5 Costituzione) ed è fornito di personalità internazionale, sono state ampiamente svolte dalla Corte nella sentenza [n. 49 del 1963](#)» (così sent. [n. 120 del 1969](#)); a sua volta la citata sent. [n. 49 del 1963](#) rimarcava che «soltanto lo Stato é soggetto nell’ordinamento internazionale e ad esso vengono imputati giuridicamente in tale ordinamento gli atti normativi posti in essere dalle Regioni» (par. 2, cpv. 5) (corsivi aggiunti).

<sup>31</sup> Parla, al riguardo, di «evidenti criticità [...] alcune delle quali sembrano peraltro avere assunto [...] carattere quasi-strutturale» nella «geografia del potere nel nostro ordinamento» P. BILANCIA (*Riflessioni sulla geografia del potere: poteri, diritti e sistema finanziario*, in *Rivista AIC*, del 10 luglio 2019, 231-247, spec. 240) illustrando al riguardo, alcune possibili soluzioni (ivi, spec. 246-247). Su questa linea, G. MAZZOLA, *Autonomia regionale: da sviluppare o da ridimensionare?* Nel sito dell’[ISSiRFA](#), 4\_marzo 2018) che, nel riscontrare una sostanziale riappropriazione da parte dello Stato centrale dei poteri trasferiti alle Regioni, considera del tutto «teorico» il trasferimento fatto alle Regioni di diritto speciale di molte delle competenze statutarie.

<sup>32</sup> V. in particolare le sentt. [n. 238](#) e [n. 239 del 2004](#), par. 5, 2, cpv., che nel pur facendo salva «la speciale posizione di autonomia degli enti di cui all’art. 116 Cost. e la tutela delle loro particolari prerogative costituzionali» hanno ritenuto doversi «notar[e] che non di rado le materie di competenza primaria delle Regioni ad autonomia particolare o delle Province autonome *coincidono* con alcune delle materie di competenza residuale delle Regioni ad autonomia ordinaria» (ivi, sent. [n. 239 del 2004](#), par. 8, 5). Prima dell’ultima novella costituzionale, nel senso ora indicato, si v. le sentt. [n. 120 del 1969](#), [n. 123 del 1980](#) e [n. 223 del 1984](#).

<sup>33</sup> Nella sua reticenza, eloquente appare nel senso testé indicato il *Documento approvato dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali* nella seduta del 4 novembre 2015 a conclusione dell’indagine conoscitiva deliberata nella seduta del 25 febbraio 2015 sulle problematiche concernenti *L’attuazione degli Statuti delle Regioni ad autonomia speciale con particolare riferimento al ruolo delle Commissioni paritetiche previste dagli statuti medesimi*. Una parte della dottrina (v. T. E. FROSINI, *La differenziazione regionale nel regionalismo differenziato*, nel sito dell’[AIC](#), 2010, par. 1) peraltro ritiene che la «nascita» delle Regioni ad autonomia speciale sia «legata a fattori e ragioni – di carattere politico e geografico – oggi da ritenersi sufficientemente superati dall’evoluzione storico-politica e

#### 4. La disciplina del commercio con l'estero nella riforma del Titolo V della Costituzione e la mancata valutazione del suo impatto sul regionalismo di diritto speciale

Benché sia ormai un dato scientificamente acclarato che lo Stato sia il prodotto di un processo di auto-determinazione (o auto-costituzione) che conferisce ad esso le caratteristiche di un ente originario, indipendente e sovrano – in virtù delle quali è del tutto escluso che il suo fondamento, la sua organizzazione, i suoi poteri e qualsiasi altro aspetto riguardante il suo ordinamento possano derivare da un'entità o da una norma di ordine superiore<sup>34</sup> – nondimeno l'idea che il diritto internazionale attribuisca ad esso (leggi: alle sue istituzioni centrali) ma non anche alle Regioni il “potere di entrare in relazione con l'estero”, ha resistito nel tempo e, per molti versi, dura tuttora. Al punto che la sua elevata capacità suggestiva ha finito per esercitare un forte condizionamento sullo stesso modo di intendere il significato e la portata di quella “cessione di poteri sovrani” dallo Stato alla UE, che nel nostro ordinamento è autorizzata dall'art. 11 Cost. Sebbene infatti apparisse eloquente che proprio per effetto di tale “cessione” fosse la UE a derivare i suoi poteri normativi dallo Stato membro e non viceversa, nondimeno un tale fenomeno è stato pressoché unanimemente interpretato come una rinuncia da parte dello stesso Stato ad una corrispondente parte della propria sovranità<sup>35</sup>. In sostanza, quel che avrebbe dovuto concretarsi in una forma di ri-organizzazione sul piano internazionale dei poteri sovrani dello Stato, si è artificiosamente trasformato nella istituzione (anzi, nella “costituzione”) di un “nuovo” ordinamento sovrano – quello comunitario – che, proprio per effetto di contestuali e convergenti trasferimenti di potere da parte dei suoi Stati membri, è venuto ad assumere le caratteristiche di un ente sovrano e di governo, decentrato su base statale e da cui, per ciò stesso, le Regioni restavano escluse o comunque fortemente marginalizzate<sup>36</sup>.

A smentire l'attendibilità di questo modo di pensare sarebbe bastato anche solo osservare che gli Stati membri sono e restano tuttora gli unici titolari di un potere pieno ed assoluto sul sistema dei trattati comunitari e, in tal senso, non solo godono di un diritto (internazionale) di recesso dalla UE ma ne hanno perfino sperimentato l'esercizio nella prassi recuperando quella sovranità che, lungi

---

costituzionale italiana [...]» ciò che lascia intendere che «l'autonomia speciale delle cinque Regioni stia per esaurire la sua ragion d'essere» e debba «ritenersi in fase di obsolescenza»; in senso analogo T. CERRUTI, *Regioni speciali e differenziate: verso una convergenza?*, in C. BERTOLINO, A. MORELLI, G. SOBRINO, *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive*, Torino 2020, 698-699.

<sup>34</sup> Per questo orientamento scientifico, ci si limita a rinviare alla manualistica corrente di diritto internazionale con particolare riferimento alla teoria dell'auto-limitazione o dell'auto-obbligazione dello Stato elaborata dal giurista tedesco G. JELLINEK (sul cui pensiero, v. la sintesi elaborata dal R. FIORE, *L'obbligatorietà del diritto internazionale: elaborazione di una teoria della “volontà arbitraria”*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2015, 323-344).

<sup>35</sup> Un ragionamento questo, di tutta evidenza assai diverso da quello svolto (pur in assenza di una reale diversità di condizioni) in relazione al trasferimento di poteri (considerati privi di carattere “sovrano”: al riguardo, v. *supra*, par. 2, nota 18) dallo Stato alle Regioni. Si veda, a questo proposito, la sent. n. 365 del 2007 con cui la Corte costituzionale dichiara l'«illegittimità costituzionale» della legge regionale impugnata proprio «limitatamente» all'uso della parola «sovranità». Interessante, nell'occasione, è il passaggio della sentenza in parola in cui la Corte considera che «[...] la progressiva erosione della sovranità nazionale sul piano internazionale, specialmente in conseguenza della graduale affermazione del processo di integrazione europea, peraltro nell'ambito di quanto espressamente previsto dall'art. 11 della Costituzione [...] non può certo paragonarsi [al]l'affermarsi del regionalismo nel nostro Paese, neppure a seguito della riforma costituzionale del 2001» (ivi, par. 6, cpv. 6) (corsivo aggiunto). Su questo approccio della giurisprudenza costituzionale, v. B. GUASTAFERRO, *Principio di unità, referendum consultivi regionali e sovranità frammentata*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo, La democrazia italiana in equilibrio*, vol. V, 2020, spec. 446-450. Sulla problematica definizione del concetto di sovranità, dei poteri in cui essa si estrinseca e che formano oggetto del processo di organizzazione dello Stato si rinvia agli approfondimenti a suo tempo svolti nel nostro *Gli accordi delle Regioni con soggetti esteri*, cit., spec. 212 ss.

<sup>36</sup> Per un confronto fra le diverse tesi dottrinali sulla natura giuridica dell'Unione europea, v. B. CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione tra autocostituzione, collaborazione e autonomia*, Torino, 2018, nota 9 con rinvio a varie parti del volume; P. FOIS, *L'Unione europea è ancora un'organizzazione internazionale?* in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, 371-393.

dall'averne mai perso, avevano acconsentito a regolare in modo libero e incondizionato con un accordo internazionale.

Il fatto poi che il diritto UE (alla stregua del diritto internazionale da cui, del resto, esso trae il suo fondamento), nella sua "indifferenza"<sup>37</sup> alla forma e struttura dell'ordinamento statale, consideri il decentramento una materia di "domaine réservé" dello Stato (rientrante, quindi, nella sua competenza esclusiva e sovrana) non significa affatto che esso non si sia mai espresso in termini di apprezzamento dell'importanza di un coinvolgimento delle autonomie territoriali nel processo di integrazione e decisione comunitaria<sup>38</sup>. Al contrario, oltre ai riferimenti testuali nel Trattato di Lisbona sull'importanza di creare «un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa in cui le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini» (art. 1 TUE), non mancano occasioni in cui l'invocazione di tale principio sia ulteriormente e regolarmente rinnovata insieme all'idea che nonostante «i leader eletti a livello locale regionale rappresent[ino] il collegamento tra i cittadini, i governi nazionali e l'Europa» tuttavia «questo loro ruolo fondamentale non viene adeguatamente riconosciuto nel processo di elaborazione delle normative UE»<sup>39</sup>.

Anche la citata<sup>40</sup> Conferenza euromediterranea, in occasione dell'adozione della Dichiarazione di Barcellona nel 1995 che ha istituito il citato partenariato euromediterraneo<sup>41</sup>, considerando quest'ultimo uno strumento di sviluppo nonché di comprensione e ravvicinamento fra i popoli, è apparsa esplicita nell'affermare che le iniziative da essa programmate potessero «applicarsi agli Stati, ai loro enti locali e regionali, nonché agli operatori delle loro società civili»<sup>42</sup>; ciò benché non vi siano mai stati dubbi sul fatto che la decisione ultima, in merito alla sua promozione e realizzazione, sia rimessa esclusivamente alla volontà sovrana degli Stati.

Si consideri inoltre, che lo stesso art. 52 St. Sa. costituisce un eloquente esempio e una chiara dimostrazione che solo lo Stato (nella specie il nostro) con la sua volontà sovrana può organizzare in senso decentrato il suo ordinamento anche al fine di consentire che le sue articolazioni

---

<sup>37</sup> Sul principio di "indifferenza" nel sistema comunitario, v. la bibliografia riportata, *supra*, par. 3, nota 28.

<sup>38</sup> In tal senso, del resto, depongono la previsione del principio di sussidiarietà (art. 5, §2 TCE) e del principio di prossimità (art. 10, §3 TUE), nonché la previsione dell'art. 3, §3 TUE (che riconosce la coesione territoriale come obiettivo fondamentale dell'UE) e dell'art. 4, §2 TUE (secondo cui l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri «inerente le loro strutture politiche e costituzionali fondamentali incluse le autonomie locali e regionali»). Si v. al riguardo il *Libro Bianco sul futuro dell'Europa* del 2017 che ha istituito peraltro una task force su "Sussidiarietà e proporzionalità" composta anche da membri del Comitato delle Regioni. Per alcuni approfondimenti dottrinali sul tema si rinvia a U. VILLANI, *Il ruolo delle autonomie territoriali alla luce dei principi di sussidiarietà e di prossimità*, in M. Cardia (cur.), *Per un nuovo Statuto sardo*, cit., 37-42; M. TOMASI, *Autonomie regionali e identità costituzionale degli Stati nell'orizzonte sovranazionale europeo*, in *Federalismi.it*, 2020. Secondo R. S. De FAZIO (*La riforma della PAC post-2020 ed il ruolo delle Regioni italiane nella fase ascendente del diritto dell'Unione europea: una prospettiva della Regione Puglia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1/2021, 173 ss.) inoltre, «un'accresciuta valorizzazione e [...] un rafforzamento del ruolo e dei poteri delle Regioni e, più in generale, delle autonomie locali» è «riscontrabile nella tendenza a favore del decentramento e del federalismo previsti dal Trattato di Lisbona» (ivi, 175 e nota 7). Analogamente, riconosce l'esistenza, già oggi, di una «complessa trama di principi, istituti, procedure e prassi che riguardano i rapporti tra Regioni, Stati membri e UE» A. SIMONATO, *Integrazione europea e autonomia regionale: profili giuridici della governance multilivello e politiche di coesione 2021/2027*, in *federalismi.it*, 8 novembre 2017, 3.

<sup>38</sup> Così il *Comitato delle Regioni sul Futuro dell'Unione* del 9 maggio 2022; negli stessi termini il Parere dello stesso Comitato su "Il ruolo della politica di coesione dell'UE in relazione alle trasformazioni economiche intelligenti e innovative nelle Regioni sullo sfondo della crisi della Covid-19" adottato il 18 dicembre 2020.

<sup>39</sup> Così il *Comitato delle Regioni sul Futuro dell'Unione* del 9 maggio 2022; negli stessi termini il Parere dello stesso Comitato su "Il ruolo della politica di coesione dell'UE in relazione alle trasformazioni economiche intelligenti e innovative nelle Regioni sullo sfondo della crisi della Covid-19" adottato il 18 dicembre 2020.

<sup>40</sup> V., *supra*, par. 3.

<sup>41</sup> Sul tema, v. V. TALBOT, C. LOVOTTI, *Approfondimento ISPI sul rilancio della cooperazione Euro-Mediterranea*, in *Osservatorio di politica internazionale* 11 ottobre 2015, anche con specifico riguardo alla Sardegna (ivi, 19-20, 25-26); *Sardegna, hub della cooperazione Euro-Mediterranea* –16 dicembre 2022.

<sup>42</sup> V. l'Allegato relativo al Programma di lavoro della Dichiarazione di Barcellona.

periferiche possano partecipare, in condizioni di parità con le sue articolazioni centrali, alla gestione sana e efficace della cooperazione internazionale, nell'interesse di tutte le sue componenti.

Purtroppo, la presa di coscienza da parte degli Stati dell'importanza del decentramento<sup>43</sup> (e della necessaria responsabilizzazione delle parti interessate, *in primis* delle Regioni) anche con riferimento alla loro azione esterna, tarda a concretarsi e imbecca spesso strade lunghe e tortuose: essa paga il prezzo delle scelte incongrue e discontinue degli Stati che mettono a rischio l'armonia, la coerenza e la tenuta stessa dei loro rapporti sia nazionali che internazionali.

Con riferimento al nostro Stato, prima ancora che fosse mai stata data effettiva attuazione al regime ad essa precedente, la riforma costituzionale del 2001<sup>44</sup> ha inciso significativamente sul nostro assetto istituzionale con l'effetto di renderlo anche più incerto e precario di quanto già non fosse, privo di coerenza com'è rispetto ai vigenti principi di diritto costituzionale e internazionale. Con riguardo al rapporto Stato-Regioni essa ha infatti stabilito che le «[l]e Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato [...]» (art. 3, comma 5) inoltre che «nelle materie di sua competenza la Regione può concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinate da leggi dello Stato» (art. 3, comma 9). Con riferimento invece al rapporto fra Regioni ordinarie e Regioni speciali, la riforma del 2001 oltre a modificare l'art. 116 in commento, ha previsto (art. 10) la clausola c.d. di "maggior favore" secondo cui «sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della presente legge costituzionale si applicano anche alle Regioni a statuto speciale ed alle province autonome di Trento e di Bolzano per le parti in cui prevedono *forme di autonomia più ampie* rispetto a quelle già attribuite»<sup>45</sup>.

Di tutta evidenza, la riforma in parola ha finito per mettere fortemente in crisi il sistema di pesi e contrappesi originariamente previsto dalla nostra Costituzione in particolare, da un lato, annullando la differenza fra Regioni di diritto ordinario e di diritto speciale e, dall'altro, sottovalutando l'impatto che ciò avrebbe avuto sull'intero ordinamento statale<sup>46</sup>. Con la previsione dell'art. 10 essa stessa sembra prendere in considerazione il profilarsi di una simile eventualità e, tuttavia, sceglie di affrontarla in modo generico e superficiale, senza la necessaria prospettazione dei rischi e delle possibili conseguenze<sup>47</sup>.

La legge n. 131 del 2003, dal canto suo, ha contribuito ad aggravare questa situazione. Nel dare «*Attuazione dell'articolo 117, quinto comma, della Costituzione sulla partecipazione delle regioni in materia comunitaria*» essa innanzitutto ha introdotto (art. 5) una disciplina che integra la componente regionale nelle delegazioni nazionali prevedendo che «le Regioni e le Province

---

<sup>43</sup> Sull'istituto del decentramento e sulla sua differenza e non assimilabilità rispetto all'istituto della delega, sia consentito rinviare, anche per gli opportuni riferimenti dottrinali, al nostro *Gli accordi delle Regioni con soggetti esteri*, cit., 278-288, spec. 288 e ivi nota 243.

<sup>44</sup> Legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, *Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*.

<sup>45</sup> D'altro canto, la sent. [n. 238 del 2004](#) su questa linea ha stabilito che «nel silenzio degli statuti, e tenendo conto che l'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001 impone di riconoscere alle Regioni speciali ogni forma di maggiore autonomia che il nuovo Titolo V attribuisca alle Regioni ordinarie, deve ritenersi che valgano *anche* nei confronti delle autonomie speciali i principi e le regole, che esplicitamente consentono attività internazionali delle Regioni, risultanti dal nuovo art. 117, confermandosi, per questo aspetto, la soluzione già seguita nella ricordata giurisprudenza anteriore alla riforma» (ivi, par. 6, cpv. 2) (corsivo aggiunto).

<sup>46</sup> La sent. [n. 211 del 2006](#) (dopo avere distinto, fra "politica estera" e "rapporti internazionali": ivi, par. 2.1) recita al riguardo, non senza contraddizione, che l'«art. 6 della legge 5 giugno 2003, n. 131 (*Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*) [...] lungi dal porsi in contrasto con la riserva esclusiva di competenza statale in materia di politica estera, detta, proprio sul presupposto della inderogabilità della ripartizione delle competenze legislative di cui al Titolo V, specifiche e particolari *cautele* per lo svolgimento concreto *della sola condotta* internazionale delle Regioni» (ivi, par. 2.3) (corsivo aggiunto).

<sup>47</sup> A favore di una modifica degli Statuti speciali, anche in adattamento alla riforma del Titolo V Cost., si esprime G. DEMURO, *Un nuovo statuto per una nuova autonomia*, in [Astrid](#), 2007, spec. nota 13.

autonome di Trento e di Bolzano concorrono direttamente, nelle materie di loro competenza legislativa, alla formazione degli atti comunitari, *partecipando, nell'ambito delle delegazioni del Governo*, alle attività del Consiglio e dei gruppi di lavoro e dei comitati del Consiglio e della Commissione europea». E pur precisando che tale partecipazione sarebbe avvenuta «secondo modalità da concordare in sede di Conferenza Stato-Regioni» tenendo «conto della particolarità delle autonomie speciali e, comunque, garantendo l'unitarietà della rappresentazione della posizione italiana da parte del Capo delegazione designato dal Governo», essa ha finito per riconoscere a tutte le Regioni una competenza anche più ampia di quella che fino ad allora era stata negata alle Regioni a statuto speciale.

Con riguardo poi allo svolgimento di attività internazionali, l'art. 6, comma 3. [della legge in parola ha stabilito che le Regioni](#) nelle «*materie di propria competenza legislativa [...]*» e «*nelle materie di cui all'articolo 117, terzo comma, della Costituzione*» (corsivi aggiunti) possono «concludere con altri Stati accordi [...] finalizzati a favorire il loro sviluppo economico, sociale e culturale» attribuendo così a tutte le Regioni una competenza, anche nel commercio con l'estero, di portata persino più ampia di quella a suo tempo vietata alla Sardegna.

È vero, al riguardo, che l'art. 11 della stessa L. n. 131 del 2003 sull'«*Attuazione dell'articolo 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*» prevede che: «1. Per le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e di Bolzano *resta fermo quanto previsto dai rispettivi statuti speciali e dalle relative norme di attuazione, nonché dall'articolo 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*» e a tal fine stabilisce che queste Regioni «possono proporre l'adozione delle norme di attuazione» non solo «in relazione alle *ulteriori materie* spettanti alla loro potestà legislativa ai sensi dell'articolo 10 della citata legge costituzionale n. 3 del 2001» (ivi, comma 2) ma anche «*in materia di rapporti internazionali e comunitari*» (ivi, comma 3)<sup>48</sup>. È altrettanto vero, però, che una tale previsione non ha mai ottenuto alcun seguito nella prassi e, aspetto questo ancor più rilevante, la legislazione statale successiva non ha mai preso in considerazione l'ipotesi di dare concreta applicazione alle vigenti disposizioni statutarie e, quindi, all'art. 52 St. Sa.

Del tutto silente, in tal senso, è apparso anche il d.d.l. Calderoli che, sul punto, si limita a riprodurre al suo art. 10 (*Disposizioni transitorie e finali*) il contenuto della citata clausola di «maggior favore». La Relazione di accompagnamento al d.d.l. in parola spiega in proposito che «[c]on riferimento alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano, si ribadisce l'applicazione dell'articolo 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, nel senso che, *sino all'adeguamento dei rispettivi statuti*, anche le suddette Regioni a statuto speciale e Province autonome possono concludere intese per *acquisire nuove competenze nelle materie indicate dall'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*». Secondo l'impostazione seguita dal d.d.l. Calderoli, quindi, anche le Regioni speciali possono avviare un *iter* volto al conseguimento di un'a.d. nelle 23 materie indicate dal comma 3 dell'art. 116 Cost. È del tutto lecito dubitare<sup>49</sup> della legittimità di questa previsione posto che l'art. 116, facendo riferimento alle «altre» Regioni, sembrerebbe escludere quelle a statuto speciale dal novero degli enti territoriali autorizzati a

<sup>48</sup> Art. 11, legge n. 131 del 2003: «1. Per le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e di Bolzano *resta fermo quanto previsto dai rispettivi statuti speciali e dalle relative norme di attuazione, nonché dall'articolo 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*. 2. Le Commissioni paritetiche previste dagli statuti delle Regioni a statuto speciale, in relazione alle *ulteriori materie* spettanti alla loro potestà legislativa ai sensi dell'articolo 10 della citata legge costituzionale n. 3 del 2001, possono proporre l'adozione delle norme di attuazione per il trasferimento dei beni e delle risorse strumentali, finanziarie, umane e organizzative, occorrenti all'esercizio delle *ulteriori* funzioni amministrative. 3. Le norme di attuazione di cui al comma 2 possono prevedere altresì disposizioni specifiche per la disciplina delle attività regionali di competenza *in materia di rapporti internazionali e comunitari*».

<sup>49</sup> *Ex multis*, v. M. PODETTA, [Il tentativo di attuazione](#), cit., 353, nota 2; T. CERRUTI, *Regioni speciali e differenziate*, cit., 688-689; A. POGGI, *Art. 116, comma 3: Norma di sistema o norma di razionalizzazione del regionalismo ordinario?* in *Atti del convegno "Regionalismo differenziato: opportunità e criticità"* Milano, 8 ottobre 2019, 29; D. GIOTTO, *L'autonomia differenziata delle Regioni ordinarie: possibilità e limiti*, in [federalismi.it](#), 14 dicembre 2018, 336-350, spec. 340-347.



presentare istanza di a.d. Tuttavia, in una concezione logico-sistematica del regionalismo italiano, il disposto dell'art. 116 Cost. nel proposito di introdurre un'ipotesi teorica di "autonomia regionale", articolata a sua volta in due fattispecie diverse, non può ricevere una lettura disgiunta dalla fattispecie prevista dall'art. 114 Cost. In quest'ottica, l'art. 116 Cost. sarebbe sì orientato a disciplinare due tipi di regime autonomistico "particolare" ma, allo stesso tempo, anche a giustificare le ragioni diverse che consentono ad essi di discostarsi dal regime "generale" che riguarda, invece, indistintamente tutte le Regioni italiane nel loro complesso. Tale regionalismo "particolare", quindi, non è volto a negare o annullare il regionalismo di diritto ordinario ma, al contrario, lo presuppone al fine di precisarne – caso per caso – i contenuti in relazione alla concreta, oggettiva e, possiamo anche dire, "eccezionale" e "straordinaria" situazione regionale<sup>50</sup>. In questo senso, il riferimento nell'art. 116, comma 3, Cost. ad «altre» Regioni viene sicuramente ad assumere un valore distintivo e qualificante delle forme e condizioni particolari di autonomia «ulteriori» rispetto a quelle (diverse e non assimilabili) di autonomia "speciale" previste dal suo 1° comma, ma mantiene pur sempre, come sua base di partenza e termine di paragone, quell'autonomia "ordinaria" (che accomuna tutte le fattispecie di autonomia regionale, incluse quelle di "particolari") disciplinate all'art. 114 Cost.

Questa circostanza, come si avrà cura di illustrare meglio più avanti<sup>51</sup>, appare estremamente significativa ai fini di una ricostruzione dell'art. 116, comma 3, legittima e coerente con il sistema giuridico (unitario e indivisibile) in cui è esso chiamato ad operare. In questa sede, basti osservare che una eventuale richiesta di a.d. (o anche di semplice legittimazione di quest'ultima) da parte delle autonomie speciali, *analogamente* a quella a tutt'oggi avanzata dalle tre Regioni italiane prese in esame, si tradurrebbe in una sorta di implicita e irrituale rinuncia al proprio Statuto di autonomia speciale in stridente contrasto con la oggettiva situazione di particolarità regionale che ne ha giustificato l'adozione<sup>52</sup>. Piuttosto, pur trattandosi, come si è detto, di due fattispecie diverse, non coincidenti fra di loro e quindi non intercambiabili, niente esclude che, ricorrendone le condizioni, nella prassi esse possano "coesistere" e "cumularsi" in un'unica Regione.

Il processo di a.d., di tutta evidenza, promette di portare a conclusione l'opera da tempo in atto nel nostro Paese, di demolizione dei caratteri originari del nostro ordinamento e, in particolare, della sua ispirazione marcatamente regionalista affiancando un "centralismo di stampo regionale" a quello statale già esistente. Se fino ad oggi, l'obiettivo di un'unità (fittizia) delle diverse espressioni dello Stato veniva realizzato con il sacrificio palese delle competenze regionali e la subordinazione dei loro interessi alle scelte politiche degli organi centrali<sup>53</sup>, d'ora in avanti sembra che esso sarà

---

<sup>50</sup> Ciò, del resto, appare in linea con quanto sostenuto in dottrina, secondo cui «scopo dell'autonomia è [...] realizzare l'autogoverno delle comunità anzitutto consentendo di fornire una disciplina differenziata agli enti per rispondere ai diversi bisogni dei territori, ovviamente nei limiti di sistema segnati dalla Costituzione a partire dalla soglia di eguaglianza necessaria nella tutela dei diritti costituzionali» (così G. RIVOSECCHI, *Il regionalismo differenziato, un istituto della Repubblica delle autonomie: perché e come realizzarlo entro i limiti di sistema*, in *Federalismi.it*, 2 febbraio 2022, 835; inoltre, si osserva, «[l']autonomia è [...] diretta a differenziare: è pensata per valorizzare le differenze. In altri termini, l'autonomia è necessariamente strumentale alla differenziazione» e «la specialità della differenziazione non è altro che una declinazione della più generale condizione di autonomia» (così D. DE PRETIS, in AA.VV., *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni. Atti del Convegno (Trento, 18-19 settembre 2020)*, Napoli, 2021, 16).

<sup>51</sup> V. *infra*, par. 7.

<sup>52</sup> Per altro verso, la dottrina (v. A. POGGI, *Art. 116, comma 3 cit.*, 29) osserva che «se tutte le Regioni ordinarie diventano "differenziate", ciò condurrebbe all'estinzione del regionalismo ordinario e alla disattivazione completa del Titolo V. Cosa ovviamente impossibile, perché se così fosse muterebbe, surrettiziamente, la stessa forma di Stato che, nel regionalismo ordinario, vede uno dei suoi tratti caratterizzanti».

<sup>53</sup> Eloquente in tal senso la posizione della Corte costituzionale che conferma il divieto delle Regioni, incluse quelle di diritto speciale, di attuare gli obblighi internazionali assunti dallo Stato anche qualora questi abbiano ad oggetto questioni di rilevanza regionale: in tal senso, la [sentenza n. 368 del 2008](#) riguardante, nella specie, il Friuli-Venezia Giulia, in cui la Corte contesta «il potere della Regione di attuare l'Accordo TRIPs» (ivi, par. 3.1, cpv. 5) concernente, quest'ultimo, aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio internazionale oggetto di questa indagine.

perseguito attraverso l'omologazione forzata delle Regioni in ritardo di sviluppo a quelle più economicamente più avvantaggiate. La specialità regionale sembra trasformarsi in un simulacro e il richiamo a *standard*, anche minimi, di coesione e leale collaborazione fra le diverse istituzioni dello Stato appare sempre di più un esercizio di vuota retorica.

*5. Il commercio con l'estero negli atti relativi all'autonomia differenziata: l'assenza di una sua disciplina negli accordi preliminari del febbraio 2018*

Passando ora a verificare il riparto di poteri Stato-Regioni nel settore del commercio con l'estero alla luce delle istanze presentate fino ad oggi dalle Regioni interessate all'a.d.<sup>54</sup>, vale innanzitutto osservare che, la regolamentazione specifica del "commercio con l'estero" risulta avvenuta solamente in uno stadio avanzato delle trattative Stato-Regioni. In prima battuta, infatti, il settore di cui si tratta non figurava fra quelli oggetto di disciplina nei tre accordi preliminari conclusi dalla Regione Lombardia, Regione Emilia Romagna e Regione Veneto del 28 febbraio 2018 con il Governo centrale<sup>55</sup>: i «considerando» previsti da questi ultimi, infatti, spiegavano al riguardo che ragioni di tempo e di opportunità condivise da tutte le Regioni interessate, suggerivano «di circoscrivere il negoziato» ad «alcune materie d'interesse comune» (regolate con appositi atti allegati) fra le quali non figurava, per l'appunto, il "commercio con l'estero" aggiungendo però che quest'ultimo sarebbe stato introdotto «in un momento successivo».

Ciò premesso, va precisato che i tre accordi preliminari in esame prevedono ciascuno un *addendum* intitolato ai Rapporti internazionali e con l'Unione europea che, come si vedrà, offre una prospettiva di iniziativa regionale talmente ampia e generica – nei rapporti sia con gli altri Stati membri della UE sia con Stati terzi – da prospettare spazi di intervento relativi anche al settore del commercio con l'estero.

Meritano pertanto di essere riportati alcuni dei passaggi di questi *addenda* che assumono rilevanza ai fini che qui interessano.

L'*Addendum* allegato all'accordo preliminare dell'Emilia-Romagna, innanzitutto, dispone che «[i]l Governo della Repubblica e la Regione Emilia-Romagna si impegnano a rafforzare le forme di *partecipazione* della Regione Emilia-Romagna alla *formazione degli atti normativi comunitari*, nelle materie oggetto di *autonomia differenziata* di cui all'art. 116, terzo comma, della Costituzione».

L'*Addendum* della Regione Lombardia prevede la seguente disposizione: «[i]l Governo della Repubblica e la Regione Lombardia si impegnano a rafforzare le forme di *partecipazione* della Regione alla *formazione degli atti normativi comunitari e all'attuazione e esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea*, in particolare *nelle materie oggetto di autonomia differenziata* di cui all'art. 116, terzo comma, della Costituzione» (corsivi aggiunti). Vi si aggiunge, inoltre, che «la Regione Lombardia *partecipa alla preparazione degli accordi con Stati confinanti che abbiano immediata ricaduta sul territorio regionale, sviluppando forme di consultazione, anche periodica finalizzate*, secondo criteri e forme da definirsi mediante Intesa fra Stato e Regione, a *valorizzare le relazioni, anche internazionali che possano concorrere allo sviluppo dei rapporti della società regionale e delle rappresentanze economiche e sociali*, negli ambiti e nei limiti delle materie oggetto di autonomia differenziata».

Infine, l'*Addendum* della Regione Veneto stabilisce che «[i]l Governo della Repubblica e la Regione Veneto si impegnano a rafforzare *la partecipazione della Regione alla formazione degli*

<sup>54</sup> V., in tal senso, il [sito](#) del Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie.

<sup>55</sup> Dagli atti in esame risulta che, in particolare, che la regione Emilia-Romagna ha chiesto maggiore autonomia "soltanto" su 15 materie reclamando inoltre un potenziamento degli strumenti di programmazione, mentre Veneto e Lombardia hanno chiesto ulteriori spazi di autonomia con riferimento a tutte e 23 le materie consentite dalla Costituzione con l'obiettivo di arrivare a una competenza esclusiva su molte di esse.

*atti normativi comunitari, nelle materie oggetto di autonomia differenziata di cui all'art. 116, terzo comma, della Costituzione. Il Governo della Repubblica e la Regione Veneto attivano forme di consultazione specifica della Regione negli ambiti delle materie oggetto di autonomia differenziata, anche promuovendo iniziative legislative».*

Difficile non vedere in queste previsioni la riproduzione delle citate disposizioni dello Statuto friulano e dello Statuto sardo, ma anche il loro superamento considerata la portata molto più ampia dell'autonomia estera – peraltro, non riferibile solo al commercio estero – che esse concedono<sup>56</sup>. Se si pensa inoltre che già la precedente legge n. 131 del 2003 «*nelle materie di cui all'articolo 117, terzo comma, della Costituzione*» quindi anche nel commercio con l'estero, riconosceva a tutte le Regioni il diritto di partecipare alle decisioni dirette alla formazione degli atti comunitari e a concludere accordi con Stati esteri, l'aggiramento (se non pure la soppressione) della specialità regionale risulta pieno e irreversibile.

È opportuno peraltro osservare che le disposizioni di a.d. sopra esaminate appaiono del tutto slegate da una logica di tutela (esplicita o implicita) di interessi di specifica rilevanza delle Regioni richiedenti; esse, in effetti, appaiono dettate da un criterio di mera discrezionalità che prescinde del tutto da una qualsiasi ponderazione delle possibili ripercussioni che questa circostanza possa generare sulle altre Regioni e, più in generale, sugli obiettivi di unitario e uniforme sviluppo di tutto il territorio della Repubblica.

#### 6. Segue: *La disciplina del commercio con l'estero nelle bozze di intesa (non formalizzate) del maggio 2019*

Quelli esaminati al paragrafo precedente, sono al momento gli unici atti ufficiali da cui possano desumersi le condizioni di attribuzione di un'a.d. (anche) nel settore del commercio con l'estero. Nel 2019, infatti, sono sì state negoziate fra Governo e Regioni interessate ulteriori bozze di a.d. contenenti una disciplina apposita del commercio con l'estero che, tuttavia, non hanno ottenuto la necessaria approvazione governativa e, pertanto, non sono mai state convertite in un atto ufficiale<sup>57</sup>. Ciononostante, per avere un'idea più chiara di quali possano essere le diverse declinazioni dell'a.d. oggi al vaglio delle autorità competenti e, quindi, le sue aspirazioni nel settore del commercio con l'estero, può essere utile procedere al loro esame. Oltre a conoscere nel dettaglio gli aspetti della disciplina di questo specifico settore di rapporti, una siffatta analisi consentirà di apprezzare meglio i caratteri identitari del tipo di regionalismo che il processo di a.d. incarna e quindi il suo grado di compatibilità con i principi vigenti a livello sia statale che internazionale.

Al riguardo va detto che le bozze del 2019, di cui si tratta, sono state elaborate in due tempi. All'indomani, infatti, dei citati accordi del 2018, in un primo prosieguo delle trattative fra Governo e Regioni interessate, sono state predisposte tre bozze di intesa datate 25 febbraio 2019, nelle quali

---

<sup>56</sup> Sotto gli aspetti in esame la dottrina (M. VELLANO, *Le implicazioni dell'eventuale attuazione dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione per quanto riguarda i rapporti internazionali e con l'Unione europea della Regione Piemonte*, in [Il Piemonte delle autonomie](#), 2019) si sofferma a bilanciare «l'obiettivo fragilità della maggior parte delle proposte avanzate e, talvolta, persino la loro inammissibilità» con la «comprensibile e opportuna» richiesta dell'a.d. «*di partecipare al procedimento di definizione degli accordi con Stati confinanti diretti a regolare materie con ricadute immediate sul territorio regionale*». Con specifico riferimento alla proposta di a.d. avanzata a suo tempo dalla Regione Piemonte, quindi aggiunge che «[p]oiché le ricadute sul territorio della Regione Piemonte di accordi bilaterali e/o multilaterali conclusi dall'Italia con gli Stati confinanti interessati (in pratica, Italia e Svizzera) sono evidenti [...] appare più che opportuna la definizione di modalità di un maggior coinvolgimento degli organi politici e amministrativi della Regione nella delicata fase del negoziato dei contenuti, e quindi, della stesura dell'accordo internazionale».

<sup>57</sup> Oltre che dal Consiglio dei Ministri, le bozze di cui si tratta non hanno ottenuto l'approvazione né da parte delle altre Regioni (quelle non coinvolte nel processo di a.d.), né da parte della dottrina: per un quadro riassuntivo della questione, v. G. MAZZOLA, *Gli attuali rapporti fra Stato e Regioni: collaborativi o conflittuali?* in *Nomos*, 2021/1; ID., *Autonomia differenziata: storia e nuove prospettive*, 29 luglio 2020, in [Amministrazione In Cammino](#), spec. 13.

si estendeva l'applicazione dell'a.d. (art. 2 delle bozze in parola) a tutte e 23 le materie indicate dall'art. 117, 3° comma Cost., fra le quali pertanto rientrava anche il "commercio con l'estero". In una successiva fase del negoziato, si sono messe a punto tre bozze di intesa recanti la data del 15 maggio 2019<sup>58</sup> e contenenti una disciplina *ad hoc* del commercio con l'estero che prevedeva un riparto di competenze fra autorità centrali e regionali nella materia.

Prendendo le mosse, dalla bozza dell'Emilia-Romagna va detto che, l'art. 20 sul "Commercio con l'estero", nella sezione che recepisce le osservazioni ministeriali, stabilisce che: «1. Sono attribuite alla Regione Emilia-Romagna competenze *legislative* ed *amministrative* per *promuovere*, fra l'altro: a) le produzioni emiliane e della Romagna all'estero e per l'estero tenuto conto delle linee prioritarie annualmente concordate in sede di Cabina di regia per l'Italia internazionale; b) il marketing territoriale; c) l'attrazione degli investimenti esteri in Emilia Romagna in collaborazione e raccordo con l'azione del *Comitato Interministeriale per l'attrazione degli Investimenti Esteri – CIAIE*; d) l'organizzazione di *manifestazioni fieristiche a sostegno del sistema produttivo* Emilia Romagna e il coordinamento della partecipazione di imprese alle stesse, in collaborazione con le istituzioni nazionali e con le associazioni di categoria» (corsivo aggiunto). L'articolo appena riprodotto, come si è visto, ha ad oggetto l'attribuzione alla Regione di competenze di carattere di tipo legislativo e amministrativo (dunque di carattere "interno") volte a disciplinare attività "promozionali" attinenti al settore del commercio con l'estero<sup>59</sup>. Ove si voglia apprezzare meglio la portata della disciplina che esso introduce a favore delle attività regionali nel commercio estero, l'articolo illustrato va letto in combinato con l'articolo 19 della stessa bozza che, al suo comma 2 dedicato ai «rapporti internazionali e con l'Unione europea», conferisce alla Regione una competenza "estera". L'art. 19 in parola sul punto recita: «[i]n materia di rapporti della Regione con l'Unione europea, al fine di rafforzare la partecipazione della Regione Emilia-Romagna alle fasi ascendente e discendente, fermi restando le procedure ed i limiti stabiliti dalla legge 5 giugno 2003, n. 131 e dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234, sono consentiti: a) L'attivazione di forme di *consultazione specifica* della Regione, *in particolare nelle materie oggetto di autonomia differenziata*». Di tutta evidenza, le disposizioni ora esaminate appaiono destinate ad ampliare significativamente gli attuali margini di autonomia regionale, sul piano dei rapporti sia interni che esterni dello Stato, assicurando così alla Regione una posizione del tutto esclusiva e privilegiata, anche nel commercio con l'estero, rispetto a tutte le altre Regioni italiane siano esse ad autonomia ordinaria che speciale.

Passando ora alla bozza di intesa della Lombardia, nella sezione che recepisce le osservazioni ministeriali l'art. 21 intitolato al «Commercio con l'estero e internazionalizzazione delle imprese» dispone quanto segue: «1. Fermo restando quanto previsto dall'art. 20<sup>60</sup>, in caso di attività che comportino rapporti internazionali o con l'Unione europea, sono attribuite alla Regione Lombardia competenze *legislative* e *amministrative* in materia di *commercio con l'estero e internazionalizzazione* in relazione a: a) *promozione delle produzioni lombarde all'estero e per l'estero* tenuto conto delle linee prioritarie annualmente concordate in sede di Cabina di regia per l'Italia internazionale; b) il *marketing territoriale*; c) l'attrazione degli investimenti esteri in Lombardia in collaborazione e raccordo con l'azione del Comitato Interministeriale per l'attrazione degli Investimenti Esteri – CIAIE; d) realizzazione di laboratori avanzati per la *promozione* delle

---

<sup>58</sup> Tali *bozze* concernono i *testi inviati dalle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna al Ministero degli Affari Regionali per favorire l'avanzamento del processo di autonomia differenziata attraverso la conclusione di un'intesa che prevedesse maggiore autonomia, ai sensi dell'articolo 116 della Costituzione italiana*.

<sup>59</sup> Sulla pretesa natura internazionale delle "attività promozionali" all'estero delle Regioni italiane, v. *l'Intesa tra la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per gli affari regionali, il Ministero degli affari esteri, il Ministero dello sviluppo economico, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano in materia di rapporti internazionali* (in *G.U.* n. 17 del 22-01-2009).

<sup>60</sup> Il documento originale, in realtà, faceva riferimento all'art. 21: si trattava evidentemente di un refuso, dato che il richiamo era riferito alla norma sui "rapporti internazionali e con l'Unione europea" disciplinati appunto dall'art. 20.

competenze e dei servizi, anche su banda larga per *l'internazionalizzazione del sistema produttivo lombardo*, in raccordo con le iniziative formazione di ICE agenzia; e) organizzazione e coordinamento delle missioni economiche e delle attività delle imprese che partecipano in Italia e all'estero a *manifestazioni fieristiche* e incontri operativi di commercializzazione. 2. La Regione Lombardia può altresì istituire marchi collettivi indicanti l'origine regionale dei prodotti, accessibili a tutti i produttori europei, nel rispetto della normativa nazionale e dell'Unione europea, da registrarsi secondo quanto previsto dai regolamenti europei e dal Codice della proprietà industriale (d. lgs. 30/2005)» (corsivo aggiunto). Analogamente a quanto visto per l'Emilia, anche per la Lombardia si tratta dell'attribuzione di «competenze legislative e amministrative» per attività promozionali concernenti la materia del commercio estero. Esse trovano il loro *pendant* nelle competenze esterne previste dall'art. 20 (a cui lo stesso art. 21 fa espresso rinvio) della bozza in esame, intestato ai «Rapporti internazionali e con l'Unione europea». Questo articolo, al suo comma 2, infatti, prevede che «[i]n materia di rapporti della Regione Lombardia con l'Unione europea, *nelle materie di competenza regionale*, ferme restando le procedure e i limiti stabiliti dalla legge 5 giugno 2003, n. 131, e dalla legge 24 dicembre, n. 234, sono consentiti: a) *l'acquisizione degli atti* delle istituzioni dell'Unione e nazionali che costituiscono il quadro strategico, legislativo e amministrativo delle principali politiche economiche e sociali europee, nonché il *coinvolgimento* nella predisposizione dei documenti di *programmazione nazionale*» nonché dei «b. [...] *programmi* transnazionali che la vedono *direttamente interessata*». Con questo articolo, la Lombardia acquista, dunque, il diritto di essere coinvolta dalle autorità centrali, a fini della predisposizione di aspetti e programmi di caratura sia nazionale che europea, in ragione dell'interesse (non meglio precisato) che essi rivestono per la Regione.

Nel passare, infine, alla bozza di intesa, sempre del 15 maggio 2019, della Regione Veneto, va detto che essa non prevede, come nei casi dell'Emilia e della Lombardia, una disciplina *ad hoc* del commercio con l'estero suscettibile di ampliare le attuali competenze della Regione. Piuttosto, nella sezione corretta alla luce delle osservazioni ministeriali, essa introduce una clausola dedicata ai «Rapporti internazionali e con l'Unione europea» che, nella sua genericità, è suscettibile di includere anche il commercio con l'estero. Si tratta precisamente dell'art. 22 che, al suo 2° comma, con formula ampia, recita: «[i]n materia di rapporti della Regione con l'Unione europea, al fine di valorizzare la partecipazione della Regione Veneto alle fasi ascendente e discendente, fermi restando le procedure ed i limiti stabiliti dalla legge 5 giugno 2003, n. 131 e dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234, sono consentiti: a) l'attivazione di forme di *consultazione specifica* della Regione, in particolare *nelle materie oggetto di autonomia differenziata*» [...] (corsivo aggiunto).

Vale osservare in ultimo che, dalla lettura delle bozze in esame, traspare una certa confusione circa la distinzione fra i poteri di rilevanza interna ed esterna attribuiti all'autonomia regionale nel commercio con l'estero; ne consegue che non sia affatto chiara nemmeno la linea di demarcazione fra le competenze costituzionalmente ad essa consentite rispetto a quelle riservate in via esclusiva allo Stato specie, evidentemente, sul piano dei rapporti con l'estero<sup>61</sup>. Questa circostanza mette dunque in buona evidenza che l'a.d. punta ad oltrepassare, non solo i limiti di autonomia costituzionalmente garantiti alle Regioni speciali, ma anche quelli attribuiti dalla legge n. 131 del 2003 e dalla legge n. 234 del 2012<sup>62</sup> allo Stato centrale. Oltre a aumentare il dislivello regionale, aggravando la frattura esistente fra il Nord e il Sud del Paese<sup>63</sup>, l'a.d. mostra una chiara propensione ad inasprire il già difficile rapporto fra Stato centrale e Stato decentrato arrivando a mettere in

---

<sup>61</sup> Per un approfondimento degli aspetti ora presi in esame, e in particolare sulla distinzione fra poteri di sovranità interna e poteri di sovranità esterna dello Stato, sia consentito rinviare al nostro lavoro su *Gli accordi delle Regioni con soggetti esteri* cit., spec. 225 ss.

<sup>62</sup> V., *supra*, par. 4.

<sup>63</sup> G. M. SALERNO, *Con il procedimento di determinazione dei LEP (e relativi costi e fabbisogni standard) la legge di bilancio riapre il cantiere dell'autonomia differenziata*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 11 gennaio 2023, prospetta al riguardo, un possibile «aggravamento delle già esistenti ed obiettive condizioni di disparità territoriale» (ivi, XIII).

discussione il rispetto di principi portanti e basilari del nostro ordinamento come quello di sussidiarietà, di solidarietà, di leale cooperazione e, soprattutto, di eguale dignità di tutte le Istituzioni nazionali.

*7. L'incompatibilità del riconoscimento di un'autonomia differenziata nel commercio estero con un'interpretazione costituzionalmente e internazionalmente orientata dell'art. 116 Cost.*

Alla luce dell'indagine fin qui svolta, appare davvero difficile non vedere le ambiguità dell'a.d. e le criticità che essa è suscettibile di prospettare ai danni dei valori e della tenuta stessa del nostro ordinamento.

L'a.d. come si è visto, si configura come una forma di regionalismo *à la carte* che si sviluppa secondo logiche discrezionali, del tutto svincolate da qualsiasi limite o criterio direttivo che possa conferire ad essa un significato legittimo, internazionalmente oltre che costituzionalmente orientato. La stessa pretesa di rinvenire il suo fondamento nell'art. 116 Cost. appare priva di consistenza perché ancorata ad un'interpretazione isolata e autoreferenziale di questo articolo, slegata da quella trama normativa e istituzionale che, viceversa, dovrebbe contribuire a comporre e ispessire.

A questo proposito, si è avuto modo di evidenziare che l'a.d. non si identifica con nessuno dei due modelli di regionalismo previsti dal nostro ordinamento. Da un lato infatti, essa intende smarcarsi dal modello del regionalismo ordinario ritenuto troppo limitativo e frustrante rispetto ai meriti, alle potenzialità e agli obiettivi ambiziosi delle Regioni interessate all'a.d.; dall'altro, essa dichiara di prendere le distanze dal modello di regionalismo "particolare" di tipo speciale che considera assistenziale, improduttivo e parassitario e, per tali ragioni, intende sostituirlo con un modello dinamico e virtuoso basato sulla gestione di ampi margini di autonomia.

Configurandosi quindi come un *tertium genus* del regionalismo italiano che tuttavia non ha alcun fondamento nel nostro ordinamento, era inevitabile che l'a.d. entrasse in conflitto con i profili più alti della nostra Costituzione, innanzitutto con quel principio inalienabile, di valenza universale che è il principio di eguaglianza cui sono soggetti tutti i rapporti di competenza del nostro ordinamento<sup>64</sup>. Sotto questo profilo, la disciplina dell'a.d. entra in contrasto con lo schema operativo tipico del principio di eguaglianza e della funzione antidiscriminatoria<sup>65</sup> che esso svolge nel nostro ordinamento e che si riassume nella nota espressione secondo cui "situazioni uguali si regolano con norme uguali, situazioni diverse con norme diverse"<sup>66</sup>. Alla luce di questo assunto, una situazione "particolare" che dovesse ricevere un trattamento giuridico di tipo comune (o, come dir si voglia, di diritto generale, ordinario, uniforme, paritario, ecc.) diventerebbe una discriminazione contraria al principio di eguaglianza. Vero è tuttavia, che non tutte le situazioni "diverse" giustificano misure di deviazione dal diritto paritario. Solo una situazione di diversità classificabile alla stregua di uno svantaggio<sup>67</sup> (vale a dire che sia causa di una criticità, difficoltà,

---

<sup>64</sup> In effetti, l'eguaglianza viene definita dalla dottrina nei termini di una «super-norma» (così M. DELLA MORTE, *Costituzione ed egemonia dell'eguaglianza*, in M. Della Morte (cur.), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale. Relazione introduttiva*, Napoli 2016) con riferimento a G. FERRARA, *Revisione e Costituzione*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, II, Napoli, 2011, 1463). Su questa linea P. BILANCIA, *Regionalismo differenziato: opportunità e criticità*, in Atti del Convegno di Milano dell'8 ottobre 2019 su "*Regionalismo differenziato: un percorso difficile*", 2019, 13.

<sup>65</sup> Cfr. F. MODUGNO, *Breve discorso intorno all'uguaglianza. Studio di una casistica: i minori e i nuovi media*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014, 1-7.

<sup>66</sup> Nella sent. [n. 24 del 2004](#), par. 6, a questo proposito, la Corte costituzionale afferma che «[i]l principio di eguaglianza comporta [...] che, se situazioni uguali esigono eguale disciplina, situazioni diverse possono implicare differenti normative. In tale seconda ipotesi, tuttavia, ha decisivo rilievo il livello che l'ordinamento attribuisce ai valori rispetto ai quali la connotazione di diversità può venire in considerazione»; su questa linea anche le sentt. [n. 262 del 2009](#) (par. 7.3.2.2), [n. 120 del 1972](#) (par. 3) e [n. 90 del 1971](#) (par. 3).

<sup>67</sup> Cfr. A. RUGGERI, *La "specializzazione" dell'autonomia regionale*, cit., 615.

disagio, ecc.)<sup>68</sup> può, infatti, legittimare una misura modificativa (tecnicamente una deroga<sup>69</sup>) del regime comune vigente nel nostro Stato. Si tratterebbe dell'introduzione di una disciplina *ad hoc* (vale a dire di un diritto speciale, diseguale, asimmetrico, differenziante, ecc.) che, appianando le differenze, è suscettibile di ripristinare i termini dell'eguaglianza. Esemplicativo in tal senso è il citato art. 119 Cost.<sup>70</sup> che individua espressamente nell'insularità quello "svantaggio" strutturale dell'ente regionale che, non solo autorizza, ma altresì impone un intervento dello Stato in termini di deroga al diritto comune<sup>71</sup>. L'obiettivo dell'intervento di deroga, in tal senso, non è quello di conferire un privilegio (vale a dire un vantaggio) bensì quello di introdurre quelle *forme e condizioni* di autonomia che consentano all'ente territoriale interessato di contenere gli effetti discriminatori derivanti dalle particolarità della sua condizione di svantaggio e realizzare i livelli di eguaglianza tassativamente prescritti dal nostro ordinamento<sup>72</sup>. Qualsiasi diritto differenziante che pretenda di allontanarsi da questo schema non si sostanzia in una deroga al principio di eguaglianza in funzione discriminatoria, bensì nella sua più piena violazione<sup>73</sup>.

Ora, la diversità delle Regioni richiedenti l'a.d., come è noto, non coincide affatto con una situazione di svantaggio e precarietà rispetto alle altre Regioni italiane, né il suo scopo è quello di introdurre un trattamento differenziale che aspira a realizzare una condizione di eguaglianza interregionale; al contrario, questo pretenderebbe di giustificarsi alla luce della posizione più favorevole, di maggiore sviluppo e benessere delle Regioni richiedenti rispetto alle altre; giocoforza, il potenziamento (in modo peraltro indiscriminato) dell'autonomia di queste Regioni non potrà mai avere quell'effetto riequilibrante e trainante (così tanto decantato dalla propaganda dell'a.d.) nei confronti delle Regioni più povere del Paese: esso non solo non sarebbe in grado di allineare i loro antitetici livelli di sviluppo (giacché, al contrario, finirebbe per accentuarli) ma, tantomeno, sarebbe in grado di eliminare il carattere strutturale dello svantaggio (come appunto quello di insularità) che è la causa principale della loro esistenza.

A fronte delle riflessioni ora svolte, sarebbe comunque un errore sottovalutare le cause del malessere che si cela dietro le proteste veicolate dalle istanze dell'a.d. Queste, a ben guardare, appaiono (in modo sempre più grave ed evidente) la conseguenza dell'impostazione rigida, conservatrice e centralistica del nostro ordinamento che si manifesta tanto nella mancanza di un'attuazione effettiva e sostanziale delle peculiarità del regionalismo italiano (sia ordinario che

---

<sup>68</sup> Il carattere particolare dello svantaggio è, precisamente, la ragione per la quale, come osserva la dottrina (A. POGGI, *Art. 116, comma 3 cit.*, 28) «non vi è un solo modello di specialità, ma tanti modelli quante sono le Regioni speciali».

<sup>69</sup> Si tratta a ben guardare, di una deroga al principio di eguaglianza che, a sua volta, costituisce attuazione del principio di discriminazione (o di diversità o di specialità): il rapporto di legittimazione e limitazione reciproca fra questi due fondamentali principi giuridici è stato approfondito da chi scrive nell'indagine su *Il principio di eguaglianza nel diritto dell'Unione europea alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di assicurazioni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011/3, 555 ss. e in quella successiva su *La specialità regionale*, cit., par. 4 ss. Intravede una distinzione fra misure speciali e misure di deroga S. ZORZETTO, *Norme speciali e deroga*, in *Revus*, n. 15 del 2011.

<sup>70</sup> Su cui, v. anche *supra*, par. 2.

<sup>71</sup> Nella sent. [n. 93 del 1981](#), par. 6, 3° cpv, peraltro, la Corte costituzionale appare alquanto categorica nell'escludere che situazioni diverse possano essere assimilate a danno della situazione più problematica. Si tratterebbe, infatti, in una «ingiustificata» assimilazione del soggetto svantaggiato a quello avvantaggiato con la conseguenza che «sarebbe violato il principio di uguaglianza» (così la sent. [n. 42 del 1980](#), par. 3 cpvv. 1-2).

<sup>72</sup> Di tutta evidenza, oltre a stravolgere il processo logico che caratterizza l'applicazione del principio di eguaglianza in funzione antidiscriminatoria (finalizzata, in tal senso, alla definizione delle discriminazioni legittime), l'a.d. viene così ad incidere anche sulla funzione che l'eguaglianza svolge in veste di criterio regolatore del nostro sistema delle fonti sovvertendo, nella specie, il regime di rapporti fra il diritto generale (o ordinario o paritario o comune) e il diritto speciale (o eccezionale o derogatorio o singolare).

<sup>73</sup> Su questa linea D. MONE, *La promozione dell'autonomia nel rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni a garanzia dell'uguaglianza e dell'unità*, in AA.VV., *Il regionalismo italiano*, cit., spec. 155-157. *Contra* v. L.A. MAZZAROLLI, *Una voce fuori dal coro*, cit., 58.

speciale) e quindi della sottovalutazione della sua importanza<sup>74</sup>, quanto (più in generale) in un'applicazione del diritto vigente caratterizzata da logiche disarmoniche e viziate – soggette ad anacronismi, automatismi, stereotipi, pregiudizi, credenze, illazioni, presunzioni, tabù, ecc. – che rendono difficile esprimere scelte e soluzioni capaci di soddisfare gli interessi e le esigenze attuali<sup>75</sup>. Le Regioni, in quest'ottica deformata, anziché parti integranti dell'ordinamento dello Stato (il cui carattere decentrato dovrebbe essere espressione del grado di democrazia, pluralismo e coesione della sua organizzazione sovrana<sup>76</sup>) sono tuttora considerate un ordinamento distinto e separato<sup>77</sup>, in competizione con quello statale. La loro subordinazione agli organi del potere centrale<sup>78</sup> – gli unici ad essere automaticamente identificati con lo Stato – ha dato vita ad un sistema di governo deficitario, malsano e malfunzionante in cui le competenze regionali sono considerate alla stregua di competenze derivate anche quando risultano inequivocabilmente attribuite a titolo originario dalla Costituzione<sup>79</sup>. Questa visione distorta dei rapporti fra le diverse istituzioni dello Stato si è espressa in toni anche più accesi e deleteri in relazione all'organizzazione dei poteri di sovranità esterna del nostro Stato. Qui la tesi dell'origine internazionale o sopranazionale di quei poteri – che, come si è detto<sup>80</sup>, non ha alcun fondamento nella teoria così come pure nella prassi giuridica vigente – ha infatti lasciato spazio libero all'idea di una titolarità “esclusiva” degli stessi da parte dello Stato centrale con conseguente divieto per le Regioni di agire nei rapporti con l'estero anche qualora questi fossero riferiti ad un ambito, quello UE, con una spiccata vocazione all'“integrazione”. I temperamenti introdotti a tale divieto<sup>81</sup> si sono concretati, invero, in piccole forme di apertura all'iniziativa regionale che, non solo non ne hanno intaccato l'assolutezza, ma ne hanno altresì messo in evidenza la sua natura eminentemente artificiosa e arbitraria; talché la novella costituzionale del 2001, nel confermare l'esclusiva riserva statale della funzione estera, ha sottoposto al saldo e pervasivo controllo dell'Esecutivo centrale la gestione (tutt'altro che autonoma quindi) del potere estero regionale. Il caso della Regione Sardegna va evidentemente inquadrato alla luce di questo generale contesto di aberrazione giuridica e, in questo senso, le vicende legate all'art. 52 del suo Statuto costituiscono una chiara e significativa testimonianza della tendenza da un lato, a confinare su un piano di mera formalità i livelli, anche più avanzati, del nostro diritto positivo e, dall'altro, a gestire in modo tanto sovversivo quanto disinvolto gli aspetti più cruciali, sensibili e qualificanti del nostro ordinamento.

---

<sup>74</sup> Circostanza, quella ora segnalata nel testo, che anziché indurre a rimuovere gli ostacoli all'attuazione del diritto vigente (specie allorché di rango costituzionale), porta invece a modificarne in modo anche radicale e rilevante le sue parti, finendo così per snaturarne il senso e il contenuto. Sull'esistenza, in altri Paesi europei come la Spagna, di una tendenza alla “centralizzazione” analoga a quella, qui esaminata, dell'Italia e sull'obiettivo «di superare i fallimenti e le risposte carenti» tramite «un nuovo patto costituente», v. F. MARCELLI, *Catalogna una questione di democrazia*, in ID., *Il problema catalano tra diritto a decidere e autodeterminazione*, Napoli, 2020, 99.

<sup>75</sup> Per un approfondimento di queste logiche si rinvia al nostro [Il modus operandi nella sent. n. 131 del 2022 della Corte costituzionale sul cognome dei figli a confronto con i sistemi della UE e della CEDU](#), in questa [Rivista](#), 2023, 332. Circa il ruolo che potrebbero svolgere le Regioni per intercettare e dare risposta ai bisogni attuali cfr. A. Morelli, L. Trucco (curr.), *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, 2014.

<sup>76</sup> Sull'esistenza di una prassi culturale che interpreta l'autonomia regionale «non tanto come sottrazione di competenze al centro, quanto, soprattutto, come potenziamento degli istituti di democrazia e di partecipazione locale (in nome della più genuina sussidiarietà)», v. P. COSTANZO, *Il regionalismo visto da Pasquale Costanzo*, intervista curata dalla Redazione di [Diritti Regionali](#), 11 maggio 2011; G. SILVESTRI, *Rileggendo, sessant'anni dopo, il saggio di Temistocle Martines sulla autonomia politica delle regioni in Italia*, [ivi](#), 2016/3, 470.

<sup>77</sup> V. *supra*, par. 3.

<sup>78</sup> Secondo M. BERTOLISSI ([Testi normativi e contesti istituzionali. Cose vere e meno vere a proposito dell'autonomia differenziata](#), in questa [Rivista](#), 2023/II, ) si tratta di una situazione del tutto contrastante con il principio costituzionale di leale collaborazione che, perciò, risulta declassata a «leale subordinazione» ([ivi](#), 499).

<sup>79</sup> Sulla distinzione fra questi due differenti tipi di competenza, originario e delegato, v. A. ALBERTI, *La delegazione legislativa tra modelli ed esperienze costituzionali*, in *Lo studio delle fonti del diritto e dei diritti fondamentali in alcune ricerche dottorali*, Roma, 20 settembre 2013, nel [sito](#) del Gruppo di Pisa spec. 2-4.

<sup>80</sup> *Supra*, par. 3

<sup>81</sup> V. *ibidem*.



Ora, l'a.d. prevede di esasperare questo clima di confusione e di tensione generale, alimentando le incertezze e creando nuove contrapposizioni<sup>82</sup> che aprono la strada a numerose, sofisticate forme di discriminazione contrarie al principio di eguaglianza e agli *ulteriori* principi costituzionali ad esso *strettamente* collegati<sup>83</sup>: è vero, infatti, che senza eguaglianza non può esserci alcuna unità, solidarietà e collaborazione (fra le istituzioni così come fra gli individui) secondo quanto efficacemente ribadito da una recente giurisprudenza costituzionale<sup>84</sup>. Alla luce di questa giurisprudenza, in particolare, emerge che qualsiasi misura discriminatoria che non abbia come fine «il rispetto del principio di eguaglianza»<sup>85</sup> risulta inevitabilmente affetta da un «vizio di legittimità costituzionale»<sup>86</sup> dato che è «proprio l'eguaglianza che garantisce [l']unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo»; l'unità, a sua volta, «si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti [...] sono governati dalla solidarietà e dalla parità»<sup>87</sup> nonché dalla «condivisione delle scelte»<sup>88</sup>.

La giurisprudenza ora menzionata rappresenta un punto fermo e di non ritorno a beneficio di tutte le categorie di rapporti (istituzionali e non) rientranti nella sfera dei poteri sovrani del nostro ordinamento nazionale. Nella specie, si tratterà di farne valere l'applicazione al settore dei rapporti fra lo Stato e le Regioni per smantellare l'insieme di tutti quegli ostacoli (preconcetti, automatismi, contraddizioni, strumentalizzazioni, ecc.) che sono alla base di quella non più tollerabile tendenza alla supremazia degli organi centrali e trovano, si badi, un *humus* alquanto fertile nelle varie manifestazioni di competizione, divisione ed elitismo che mostrano di prevalere, in modo sempre più crescente e marcato, a livello interregionale. Un fenomeno, questo, del tutto antitetico a quel modello di cooperazione istituzionale conciliante, solidale e responsabile espresso da principi cardine del nostro ordinamento<sup>89</sup>.

Una volta restituito credito e funzionalità al regionalismo italiano nella cornice dialettica e operativa per esso delineato dalla Costituzione, sarà indubbiamente più facile ricostruire il significato più autentico, costituzionalmente e internazionalmente orientato, da attribuire al riformato art. 116 Cost. e quindi alle «ulteriori» forme e condizioni di autonomia da esso previste. A questo proposito, occorre richiamare l'attenzione sulla distinzione fra misure di deroga e misure di attuazione dell'eguaglianza<sup>90</sup>. La diversità, infatti, non sempre richiede una deroga del diritto

<sup>82</sup> V. in tal senso, B. CARAVITA DI TORITTO, *Un doppio binario per l'approvazione del regionalismo differenziato?*, in C. BERTOLINO, A. MORELLI, G. SOBRINO, *Regionalismo differenziato e specialità*, cit., 882; O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, in *Astrid*, 2017, 15; A. D'ATENA, *Regionalismo e federalismo*, in *Treccani enciclopedia - diritto online*, 2012, par. 3 e dottrina ivi citata; A. MORELLI, *Regionalismo differenziato e autonomia speciale: un quadro complesso*, in *Diritti Regionali*, 2019/3, 7.

<sup>83</sup> In sintonia con questa affermazione, v. AA.VV., *L'autonomia regionale "differenziata" e la sua attuazione: questioni di procedura e di metodo*, in *Astrid Paper* 93, aprile 2023, spec. 13; M. Fierro, R. Nevola, D. Diaco (curr.), *I diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario e negli ordinamenti nazionali*, *Quaderno incontro quadrilaterale* di Siviglia 27 ottobre 2017, nel [sito](#) della Corte costituzionale, spec. 11-14, 14-19.

<sup>84</sup> Si tratta della sent. [n. 131 del 2022](#).

<sup>85</sup> Così la sent. [n. 131 del 2022](#), par. 11.1, cpv. 4.

<sup>86</sup> *Ibidem*. Già in passato, la Corte costituzionale aveva affermato che il principio di *eguaglianza formale* «è principio generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obbiettiva struttura» (sent. [n. 25 del 1966](#)) nonché «canone di coerenza nel campo delle norme di diritto» (sent. [n. 204 del 1982](#)).

<sup>87</sup> Ivi, par. 10.1, cpv. 5 con richiamo alle sentt. [n. 133 del 1970](#) e [n. 286 del 2016](#).

<sup>88</sup> Ivi, par. 10.1, cpv. 6.

<sup>89</sup> Secondo O. CHESSA (*Il regionalismo differenziato*, cit., 19) si è «puntato tutto sull'autonomia negativa e la differenziazione, trascurando l'integrazione delle autonomie nei processi decisionali che contano» mentre invece «è l'autonomia positiva, il regionalismo cooperativo, ossia è la *partecipazione* ai processi decisionali che si svolgono *al di sopra del soggetto autonomo* e che si riverberano sulla sua condizione, il fattore che può garantire rapporti più equilibrati tra centro e periferia e *contrastare* le tendenze espansive del centro».

<sup>90</sup> La problematica attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost., a ben guardare, si spiega alla luce della più generale difficoltà e resistenza, nel nostro ordinamento, a dare concreta attuazione all'eguaglianza con misure di diritto positivo, di carattere sostanziale ai sensi dell'art. 3, comma 2, Cost. (fenomeno, questo, sul quale ci siamo soffermati di recente in: *Il modus operandi nella sent. n. 131 del 2022 della Corte costituzionale* cit., 332). In particolare, sulla distinzione fra

paritario e comune che disciplina i rapporti fra i soggetti (nella specie le Regioni) dell'ordinamento, dato che a volte le sue caratteristiche concrete impongono di passare dalla mera enunciazione formale di quel diritto alla sua effettiva e sostanziale attuazione. In un territorio, particolarmente esposto ai terremoti, eruzioni vulcaniche, alluvioni, altri tipi di calamità naturali e fenomeni accidentali, tale articolo potrebbe ben regolare il riconoscimento di forme e condizioni di eguaglianza regionale di tipo "sostanziale", basate sulla necessità di risolvere situazioni critiche ed emergenziali (di carattere oggettivo e inequivocabile e, tuttavia, non stabile e strutturale bensì temporaneo e sopravvenuto) con l'attribuzione di "quote" di "ulteriore" e "straordinaria" autonomia che, di tutta evidenza, potranno riguardare qualsiasi Regione (anche di diritto speciale). Tali "quote" aggiuntive di competenza regionale dovrebbero essere individuate, calibrate e via via revisionate sotto il profilo della loro qualità, portata e durata, in base alle esigenze del caso concreto con l'obiettivo di eliminare gli effetti prodotti dall'evento dannoso che impediscono la ripresa, oltre che lo svolgimento, delle attività di normale e ordinaria amministrazione e che rischiano, in caso di mancato intervento, di diventare cronici, irreversibili, strutturali. L'effettiva attuazione di questo regionalismo di carattere "straordinario", da gestire con "misure positive" ispirate alle logiche di unità, solidarietà e collaborazione imposte dalla nostra Costituzione, non potrà che coinvolgere la responsabilità di tutti i diversi livelli decisionali interessati: nella specie delle Regioni, dello Stato e della UE<sup>91</sup>. Ciò detto, al momento l'unica, fra le tre Regioni che hanno avanzato formale richiesta di a.d., a presentare i requisiti per ottenere – in ragione dei tragici eventi alluvionali del maggio scorso – l'applicazione del comma 3 dell'art. 116 Cost. it. secondo l'interpretazione ora illustrata, sarebbe proprio quella Regione, l'Emilia-Romagna, che ha tolto il suo appoggio alla nascita di un regionalismo differenziato, egoistico e dannoso, privo di una base giuridica certa e di una qualsiasi forma di aderenza al diritto che attualmente regola le relazioni sia interne che esterne del nostro Stato.

Il processo di a.d. in corso offre ancora l'occasione di promuovere un tale modello di responsabilità regionale che – nell'ottica di dare effettiva, coerente ed integrale applicazione all'art. 116 Cost. nel quadro dell'interesse nazionale e di quello europeo-internazionale<sup>92</sup> – non sarebbe davvero ammissibile perdere.

---

misure di attuazione e misure di deroga (con riferimento specifico alle norme di deroga e di attuazione dei principi di eguaglianza e di diversità/discriminazione) si rinvia a quanto detto, *supra*, nota 69).

<sup>91</sup> Si tratterebbe di attuare, come sostenuto in dottrina (così A. RUGGERI, *La "specializzazione" dell'autonomia regionale*, cit., 602, nota 9) non la «conversione di un interesse da regionale (e locale in genere) in nazionale (o sovranazionale)» bensì la convergenza e il contemperamento di questi interessi su vari piani.

<sup>92</sup> Ciò consentirebbe di dare vita, in modo ragionevole e giuridicamente conforme, alla «prima attuazione di un articolo della Costituzione», l'art. 116, comma 3, finora purtroppo «mai utilizzato» (così L.A. MAZZAROLLI, *Una voce fuori dal coro* cit., 58).

**Antonio Ruggeri**  
**Ha una forma la forma di governo?\***

**ABSTRACT:** *The paper highlights the lack of a clearly and fully delineated form of government. In fact, the guidelines provided by the Constitutional Charter, which are based on two key principles—first, a clear distinction between political management bodies and guarantee bodies, and second, the centrality of Parliament—are evidently contradicted by deviant practices. These are characterized by dramatic shifts, confusion, and continuous, not insignificant changes.*

*The question arises as to whether this form of government can achieve a stable identity, and what remedies might be suitable for achieving this stability. This is especially relevant in light of forthcoming significant reforms aimed at both institutional rules and system corrections to ensure policy regularity.*

SOMMARIO: 1. La tesi che si tenterà qui di argomentare: una forma di governo incompiuta, meramente abbozzata nella Carta costituzionale, i cui tratti di fondo sono stati in buona sostanza travolti da un'esperienza connotata da svolgimenti ora devianti dal solco costituzionale ed ora comunque confusi ed oscillanti. – 2. Cenni alle vistose alterazioni registratesi tanto per ciò che attiene alla *summa divisio* tra organi d'indirizzo politico ed organi di garanzia quanto in ordine alla centralità di posto secondo modello spettante al Parlamento nel sistema degli organi ed alla legge nel sistema degli atti di normazione. – 3. Le carenze della direzione politica, in ordine alla progettazione dei fini come pure (e soprattutto) per ciò che attiene alla loro effettiva realizzazione, a motivo di una crisi della rappresentanza politica che immediatamente ridonda in crisi della forma di governo e, ancora più a fondo, della stessa forma di Stato. – 4. Torsioni della forma di governo vistose al piano delle relazioni interordinamentali e *quodammodo* legate ai vincoli vieppiù pressanti provenienti *ab extra*, che rendono eloquente testimonianza del fatto che i fini d'indirizzo politico ormai sono, in larga parte, stabiliti fuori delle mura domestiche, restando pertanto demandata agli Stati la loro mera esecuzione entro margini ora più ed ora meno consistenti. – 5. La forma di governo alla ricerca, ad oggi tuttavia rivelafrasi infruttuosa, di una sua identità e stabilità, specie a mezzo di sostanziali riforme tanto nelle *regole* quanto nelle *regolarità* che ne hanno fin qui accompagnato i più salienti svolgimenti.

*1. La tesi che si tenterà qui di argomentare: una forma di governo incompiuta, meramente abbozzata nella Carta costituzionale, i cui tratti di fondo sono stati in buona sostanza travolti da un'esperienza connotata da svolgimenti ora devianti dal solco costituzionale ed ora comunque confusi ed oscillanti*

Per strano che possa, a prima impressione, sembrare, non è agevole dare una risposta al quesito racchiuso nel titolo dato alle riflessioni che seguono. Per un verso, infatti, molti segni parrebbero far pensare che non si dia una forma compiuta, nitidamente visibile, dell'articolazione del potere e del suo concreto svolgimento: una forma, insomma, della forma di governo, intendendo quest'ultima, per una sua accezione – come si sa – assai risalente e ad oggi largamente accreditata, quale l'espressione complessiva, di sintesi, dei rapporti tra i centri istituzionali tra i quali è spartita la sovranità<sup>1</sup>.

Per un altro verso (ed all'opposto), parrebbe che la forma in parola sia andata (e vada) incontro a plurimi, sostanziali aggiustamenti, sì da potersi affermare che si siano avvicendate (e seguitino

---

\* 

<sup>1</sup> ... e, più largamente, il potere di cui un ente dispone. Un ampliamento, questo, giustificato al fine di poter fare utilizzo della nozione in parola anche in relazione ad enti, quali quelli aventi base territoriale e dotati di autonomia, usualmente considerati non sovrani. E così è pure, *mutatis mutandis*, con riguardo all'Unione europea e ad organizzazioni operanti in seno alla Comunità internazionale. In realtà, in disparte il carattere relativo che è ormai da considerare proprio della distinzione tra sovranità ed autonomia, il vero è che a connotare ciascuna di esse nelle loro più salienti espressioni sono anche (e in non secondaria misura) le relazioni che ciascun ente intrattiene con gli altri, tutti variamente condizionandosi, pur se in diversa misura, a vicenda, secondo quanto si avrà modo di rilevare meglio più avanti.

senza sosta ad avvicinarsi) forme diverse, continuamente cangianti (anche con riferimento a profili di non secondario rilievo)<sup>2</sup>, con la conseguenza che lo sforzo definitorio parrebbe essere velleitario o, come che sia, forzoso nei riguardi di una realtà internamente composita, come tale refrattaria ad essere ingabbiata o, come che sia, irrigidita in una formula unitaria che, restando sempre uguale a se stessa e – per dir così – immota nel tempo<sup>3</sup>, per intero la comprenda e fedelmente la rispecchi.

Ciò che maggiormente conta, perlomeno dal punto di vista qui adottato, è che non si dà ormai più (se mai si è data...) una forma della forma di governo per Costituzione compiutamente definita in ogni sua parte e chiaramente visibile, dal momento che i lineamenti al riguardo dalla Costituzione stessa tratteggiati, peraltro in modo assai laconico e in più punti sibillino, parrebbero essere talmente sbiaditi da rendersi pressoché irriconoscibili.

Dal suo canto, l'esperienza, osservata nelle sue più salienti espressioni, per un verso, esibisce talune linee di tendenza ormai consolidate e però fortemente discoste dal figurino costituzionale e persino con esso frontalmente contrastanti; per un altro verso, appare segnata da non poche contraddizioni e vistose oscillazioni, al punto che anche solo a fermare l'attenzione su di essa

---

<sup>2</sup> ... tanto più, poi, a seguire la magistrale indicazione teorica secondo cui le vicende della forma di governo non possono essere tenute distinte da quelle del sistema dei partiti, e viceversa [sopra tutti, v. L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX (1970), 638 ss.]. Critico nei riguardi di questa impostazione metodico-teorica, però, M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Ann., III (2010), spec. 550 ss., che s'interroga sulle ragioni per cui, a portare fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti la premessa suddetta, al fine di pervenire alla definizione e classificazione delle forme di governo, unitamente ai partiti dovrebbero includersi altri elementi tratti dal mondo reale. Ciò che, a suo dire, non può aversi, dovendosi pertanto fare capo esclusivamente alle indicazioni offerte dalla Carta costituzionale in relazione alle istituzioni ed ai loro rapporti. Eppure, è un dato di comune esperienza quello per cui sono proprio i partiti i luoghi in cui – come suol dirsi – *si fa politica* e da cui è estratto il personale (politico, appunto) che dà corpo alle sedi di apparato in genere, specie a quelle preposte allo svolgimento di attività di direzione politica. Non tenere nel dovuto conto questo dato porta, dunque, all'effetto di pervenire ad una ricostruzione monca di un fenomeno che è particolarmente complesso, come tale meritevole di essere osservato in ogni suo aspetto. Non è, d'altronde, un caso che, coerentemente con le premesse poste, L. escluda (570) dalla griglia concettuale elaborata la Corte costituzionale che, di contro, specie per il ruolo via via crescente assunto nel corso delle più recenti esperienze, ha impresso (e seguita quotidianamente ad imprimere) un segno marcato sugli sviluppi della forma di governo, ora orientandone il verso ed ora facendolo deviare dal solco prefigurato nella Carta. Si spiega in questa luce la circostanza per cui un'avvertita dottrina ha discusso di una "irruzione" della Corte nella struttura della forma di governo [S. STAIANO, *A partire dal fondamento. Sulla forma di governo parlamentare italiana e sui suoi detrattori*, Editoriale, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 29/2021, 29 dicembre 2021, XI]. Ad essa, infatti, si deve una parte consistente di quella confusione tra attività d'indirizzo politico ed attività di garanzia che – come si dirà tra non molto – è una delle cifre caratterizzanti il tempo presente, forse proprio quella di maggior peso.

<sup>3</sup> Ciò che è, tuttavia, palesemente assurdo, ove si ammetta, come devesi, che la Costituzione (e l'ordinamento in genere) – si è fatto notare da un'accreditata dottrina [M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC.it), 1/2013, 1° marzo 2013] – versa in una condizione di "moto" perenne, disponendosi a mai finite "evoluzioni" [su di che, v., part., A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss.], senza peraltro ovviamente escludere che possano darsi vicende di ancora maggior rilievo, nel segno della discontinuità costituzionale. Ed è bensì vero che una sensibile dottrina si è dichiarata dell'idea di non potersi ormai più fare proficuo utilizzo della nozione di potere costituente (cfr. M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Editori Riuniti, Roma 1991, 8 s. e *passim*, e, dello stesso, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., spec. 136 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale*, in AA.VV., *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?* a cura di E. Rippepe e R. Romboli, Giappichelli, Torino 1995, 29; M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1/1995, 7 ss.; altri riferimenti, in prospettiva comparata, in M. CALAMO SPECCHIA, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia "militante" all'autodifesa costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2021, 91 ss., spec. 109 ss.); e, tuttavia, come si è fatto in altri luoghi notare, non vanno confusi pur apprezzabili, personali desideri con la cruda e disincantata osservazione della realtà che, di contro, esibisce non poche testimonianze di rivolgimenti costituzionali, persino con riferimento a contesti ordinamentali dapprima considerati immuni da siffatti accadimenti. Piuttosto, giova non abbassare mai la guardia al fine di non agevolare, seppur inconsapevolmente, l'eversione costituzionale, più ancora laddove si dia un quadro politico assai poco rassicurante in tal senso.

appare francamente un azzardo affermare che si dia una (e una sola) forma dai contorni nitidi e marcati.

Il quadro complessivo, insomma, è assai confuso, risultando da materiali ora in via di progressiva maturazione ed ora, invece, sufficientemente delineati ma non riportabili ad alcuna delle categorie fin qui elaborate dalla teoria, comunque utilizzabili – come si viene dicendo – unicamente in relazione a taluni di essi, non pure però per l'*insieme* dagli stessi composto.

2. *Cenni alle vistose alterazioni registratesi tanto per ciò che attiene alla summa divisio tra organi d'indirizzo politico ed organi di garanzia quanto in ordine alla centralità di posto secondo modello spettante al Parlamento nel sistema degli organi ed alla legge nel sistema degli atti di normazione*

Tento, dunque, di argomentare in estrema sintesi la tesi appena enunciata muovendo da un dato che mi parrebbe essere incontrovertibile; ed è che nessuna delle due gambe su cui, secondo opinione corrente, si regge la forma di governo prescelta dal Costituente parrebbe ormai più essere in grado di dar modo all'ordinamento di muoversi in modo fermo e spedito nel suo pur non lineare, comunque non poco sofferto, cammino.

I due tratti salienti della conformazione complessiva dell'ordine repubblicano operata nella Carta sono, infatti, dati dalla distinzione netta tra organi della direzione politica ed organi di garanzia per un verso, dalla centralità di posto detenuto tra i primi dal Parlamento per un altro. Non è un caso, d'altronde, che da quest'ultimo la forma di governo prenda il nome, e non senza ragione, specie ove si considerino i disposti di cui agli artt. 94 e 70 della Carta, l'uno imponendo al Governo di dotarsi e disporre permanentemente della fiducia delle Camere e l'altro conferendo a queste ultime la titolarità della funzione legislativa<sup>4</sup>, vale a dire della espressione prima, *ordinaria* e *necessaria* a un tempo<sup>5</sup>, della normazione<sup>6</sup>. E non è neppure un caso che gli atti-fonte di primo grado adottati dal Governo, per un verso, siano qualificati come aventi forza o valore di legge, assumendosi cioè

---

<sup>4</sup> Non casuale l'opzione metodica di tornare a riguardare congiuntamente i disposti specificamente pertinenti al modo complessivo di essere delle relazioni istituzionali, a partire appunto da quello relativo alla fiducia, e gli enunciati concernenti le fonti e la loro composizione in sistema (con in testa, appunto, quello concernente la titolarità della funzione legislativa): una opzione, ancora di recente, accuratamente argomentata nell'ampio studio di A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme (1948-2023)*, Il Mulino, Bologna 2023.

<sup>5</sup> Sulla legislazione come forma ordinaria e necessaria d'implementazione della Costituzione, v. la magistrale riflessione teorica di F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I, *Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, e II, *Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 1970.

<sup>6</sup> Non è inopportuno qui rilevare, sia pure di passaggio, che nell'idea del *munus* di cui il Parlamento dispone, al pari peraltro di ciò che è proprio degli altri organi e soggetti in genere detentori di potestà normative, è racchiusa la doverosità del suo esercizio in vista del perseguimento dei fini istituzionali che ne giustificano il conferimento, e segnatamente di quello dell'appagamento dei più avvertiti bisogni emergenti dal corpo sociale. Siffatto connotato deontico, poi, resta pur sempre demandato ad apprezzamenti ora più ed ora meno largamente discrezionali riconosciuti in capo a chi detiene il *munus* stesso, colorandosi comunque in modo variamente intenso in ragione delle congiunture ed a seconda degli oggetti che ne sono specificamente riguardati. Il parametro primo alla cui luce può quindi aversi la verifica della rispondenza dell'esercizio del *munus* al fine che ne giustifica l'esistenza è dato dal senso della cosa pubblica o – se si preferisce altrimenti dire – dell'appartenenza alla comunità organizzata, quale in buona sostanza si apprezza per i modi e i gradi con cui è data osservanza al dovere di fedeltà alla Repubblica. La tecnica, poi, che naturalmente si presta a siffatta verifica è la ragionevolezza, assiologicamente ispirata e, perciò, orientata verso i valori fondamentali cui dà voce la Carta (sul dovere in parola, dopo i noti studi di G. Lombardi e L. Ventura, v., part., quelli di A. MORELLI, tra i quali il suo *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013; quanto poi alla ragionevolezza, specie per il rilievo variamente assunto in sede di giudizi di costituzionalità, riferimenti ed indicazioni possono aversi da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>7</sup>, Giappichelli, Torino 2022, 143 ss. e 154 ss.).

quest'ultima quale punto naturale di riferimento per la qualifica della loro natura e forza<sup>7</sup>, nel mentre, per un altro verso, abbisognano pur sempre dell'intervento, preventivo ovvero successivo, della legge stessa ora al fine della produzione degli effetti loro propri ed ora a quello della stabilizzazione degli stessi<sup>8</sup>.

Ebbene, nessuno dei connotati in parola, alla luce degli sviluppi avutisi (specie nel tempo a noi più vicino) nella forma di governo<sup>9</sup>, appare ormai più in grado di svolgere la propria azione qualificante.

Non il primo, riscontrandosi ormai da tempo (ma soprattutto assai di recente) una vistosa confusione dei ruoli istituzionali<sup>10</sup>, specie a motivo del fatto che, per plurime cause (ad alcune delle quali si farà cenno più avanti), gli organi di garanzia si sono trovati a debordare dal campo ad essi assegnato, per quanto, per vero, i confini dello stesso non risultino in più punti nitidamente fissati sulla Carta (specie con riguardo alla figura ed al ruolo del Capo dello Stato<sup>11</sup>) e senza, nondimeno,

---

<sup>7</sup> In tema, ora, L. BUFFONI, *Valore di legge*, Giappichelli, Torino 2023.

<sup>8</sup> Che, poi, questo schema sia largamente saltato, per plurime ragioni la cui illustrazione obbligherebbe questo studio ad una lunga deviazione qui non consentitagli, è un altro discorso; ciò che però conta, nel quadro della ricostruzione che si fa adesso facendo, è che il modello, nelle sue pur scarse indicazioni segnate sulla Carta, è chiaro nel voler assoggettare le più salienti espressioni della produzione giuridica per mano del Governo a controlli ora preventivi ed ora successivi.

<sup>9</sup> ... dei quali variamente trattano, tra gli altri, A. SPADARO, *L'evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 9/2018, 17 settembre 2018, e, dello stesso, *Sui caratteri del parlamentarismo "all'italiana": o doppia fiducia o doppia maggioranza*, in AA.VV., *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini, A. Cossiri, G. Di Cosimo, A. Guazzarotti, C. Mainardis, Giappichelli, Torino 2019, 348 ss., e, più di recente, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in [Rivista AIC](#), 2/2023, 12 aprile 2023, 103 ss.; S. STAIANO, *La forma di governo nella Costituzione come norma e come processo*, in AA.VV., *Il governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, a cura di F. Musella, Il Mulino, Bologna 2019, 29 ss. e, dello stesso, ora, *Democrazia dei partiti e forma di governo*, in *Quad. cost.*, 2/2023, 293 ss.; A. D'ANDREA, in più scritti, tra i quali *Il Parlamento e il Governo: le ragioni del rispettivo disallineamento costituzionale (sempre reversibile)*, in *Dir. cost.*, 4/2022, 9 ss., spec. 15 ss.; L. DELL'ATTI, *Continuità e ambiguità della forma di governo lungo la storia costituzionale italiana: appunti brevi sull'ipotesi presidenzialista*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 1/2023, 16 marzo 2023, 251 ss., e, dello stesso, già, *La premiership come mito. Suggestioni sulle evoluzioni della forma di governo italiana lungo i tentativi di un suo rafforzamento monocromatico*, in [Nomos](#), 1/2022, 1 ss., nonché i contributi su *Gli squilibri della forma di governo a costituzione vigente* che sono in [Costituzionalismo.it](#), 1/2023; infine, AA.VV., [La traiettoria del sistema parlamentare italiano. Il passaggio dalla XVIII alla XIX legislatura: dal governo c.d. istituzionale di Draghi al Governo Meloni](#), a cura di A. D'Andrea, in questa [Rivista](#), fasc. spec. 2023/1.

<sup>10</sup> ... della quale ho avuto modo, ancora di recente, di illustrare alcune tra le più salienti espressioni [v., dunque, volendo, il mio *Vicende salienti della forma di governo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e della tutela dei diritti fondamentali*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2023, 14 luglio 2023, 631 ss.].

<sup>11</sup> ... in relazione al quale il dettato costituzionale oggettivamente si presta, in talune sue formulazioni, ad esiti ricostruttivi di sensi reciprocamente, marcatamente differenziati, sì da aprire spazi consistenti di manovra alla persona preposta all'ufficio che non di rado se n'è in considerevole misura avvalsa. Ciò che, peraltro, come si è fatto ripetutamente notare, è agevolato dal carattere monocromatico della carica da cui hanno tratto (e traggono senza sosta) alimento gli *accidents of personality* per potersi far valere nell'esperienza [cfr. sul punto, la ricostruzione teorica prospettata da O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo*, Jovene, Napoli 2010; la "strutturale ambiguità" della disciplina relativa alla figura è rimarcata anche da M. GORLANI, *Una nuova trasfigurazione della Presidenza della Repubblica al tramonto dello scenario politico bipolare*, in [Rivista AIC](#), 3/2022, 8 settembre 2022, 187 ss., spec. 190 ss.]. È pur vero, poi, che alcuni enunciati, quale quello relativo al comando delle forze armate, potrebbero astrattamente prestarsi ad usi strumentali e francamente abnormi, dei quali nondimeno non si è per fortuna avuto ad oggi riscontro. Altre formule, invece, concernenti alcuni dei poteri "forti" dell'organo (e, segnatamente, quella di cui all'art. 92, I c.) hanno avuto, da noi come altrove (v., ora, il quadro ricostruttivo che, con riferimento alla formazione del Governo, ne dà S. BONFIGLIO, *La scelta del Premier nei sistemi parlamentari*, Giappichelli, Torino 2023), applicazioni non sempre lineari, rendendo ad ogni buon conto conferma della considerevole "forza politica" – com'è stata qualificata da un'autorevole dottrina [T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche* (1957), ora in *Opere*, I, Milano 2000, spec. 171 ss.] – di cui il Presidente è dotato sia per Costituzione e sia pure (e soprattutto) in ragione delle condizioni complessive del contesto politico-istituzionale in cui si trova ad operare.

che possa per ciò affrettatamente concludersi nel senso che l'attività dagli stessi svolta sia da qualificare come propriamente d'“indirizzo” politico<sup>12</sup>. Sta di fatto, però, che la “supplenza” che gli organi in parola si sono trovati a dover esercitare nei riguardi dei decisori politici non è riportabile, specie in talune sue esasperate espressioni, al ruolo di garanzia, per quanto possa essere con molta generosità e larghezza teorica inteso<sup>13</sup>.

Non il secondo, poi, a riguardo del quale può addursi una schiera assai lunga di argomenti che, pur nella varietà delle espressioni, convergono nel senso di ritenere avulsa dalla realtà (e, perciò, improponibile) la tesi della centralità di posto detenuta dalle Camere al piano della direzione politica; e basterebbe, per averne sicura conferma, porre qui mente, sia pure solo per un momento,

---

Come che sia di ciò, pur nelle innegabili, strutturali aperture e, in più punti, vere e proprie ambiguità del linguaggio della Carta, una cosa è certa; ed è che, avuto riguardo alla *summa divisio* delle forme di governo in parlamentare e presidenziale (sui tipi e sottotipi in cui esse si articolano, può ancora oggi vedersi C. MORTATI, *Le forme di governo*, Cedam, Padova 1973), il Presidente da noi non è (e non può essere), secondo modello, organo della direzione politica (nella sua ristretta e propria accezione). Ne danno inequivoca riprova, per un verso, la circostanza per cui l'organo non è eletto a suffragio diretto ma trae legittimazione, per l'aspetto appunto della sua preposizione all'ufficio, dalla elezione da parte delle Camere e, per un altro verso, i riferimenti normativi sopra indicati da cui inequivocabilmente risulta che l'attività d'indirizzo non può che essere svolta dalle Camere stesse, unitamente al Governo.

<sup>12</sup> ... perlomeno alla luce della sua più sapiente teorizzazione ed accurata rappresentazione [su di che, per tutti, T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, XXI (1971), 134 ss. (sul cui pensiero v. i contributi alle Giornate di studio su *Indirizzo politico e Costituzione a quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, Messina 4-5 ottobre 1996, a cura di M. Ainis - A. Ruggeri - G. Silvestri - L. Ventura, Giuffrè, Milano 1998). Per un quadro di sintesi delle dottrine anteriori, v. C. TRIPODINA, *L'“indirizzo politico” nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, in *Rivista AIC*, 1/2018, 11 marzo 2018, 1 ss.].

<sup>13</sup> Faccio solo, al riguardo, l'esempio che ai miei occhi appare il più emblematico della tendenza cui si fa ora cenno nel testo; e, dunque, si pensi all'inopinato, sostanziale abbandono da parte della Consulta del limite, dalla stessa ancora fino ad ieri riconosciuto come indisponibile, delle “rime obbligate”, sostituite da quelle “possibili” [*ex plurimis*, v. S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 183 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 264 ss., e *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 197 ss.; F. ABRUSCIA, *Aspetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss., spec. 293; I. GOIA, *Una giustificabile “invasione” di campo*, in questa *Rivista*, 2021/III, 1001 ss.; A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, cit., 103 ss.; inoltre, se si vuole, anche i miei *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?* in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), 1/2021, 16 aprile 2021, 456 ss., e, nella stessa *Rivista*, *Verso un assetto viepiù “sregolato” dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?* 3/2022, 16 dicembre 2022, 406 ss., nonché *La giustizia costituzionale in navigazione verso l'ignoto*, in *Diritti Comparati*, 2/2022, 9 giugno 2022, 557 ss.] o – come pure si è efficacemente detto da una sensibile dottrina [D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, spec. 101 ss., e *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistema Penale*, 2/2021, 5 ss.] – dai “versi sciolti”. La tecnica decisoria in due tempi, inaugurata con *Cappato*, rende una eloquente, emblematica testimonianza del carattere politico-discrezionale (o, diciamo pure, politico *tout court*) del rifacimento della sostanza normativa operato dalla Consulta, per esplicita dichiarazione resa in tal senso dallo stesso giudice costituzionale in occasione della emissione della prima pronunzia, quindi fedelmente riprodotta nella seconda.

Del ruolo della Corte e del modo con cui essa lo intende e mette in atto la dottrina è ormai incontenibile. Si fa, nondimeno, ricorso, al fine di darne una sintetica qualificazione, a formule teoriche alquanto oscillanti e suscettibili pertanto di essere caricate (come lo sono state) di significati e valenze anche sensibilmente diversi, quale quella secondo cui l'organo avrebbe una doppia “anima”, politica e giurisdizionale assieme, accentuandosi peraltro da parte dei singoli autori che ne hanno fatto (e ne fanno) utilizzo ora più l'una ed ora più l'altra componente [*ex plurimis*, v. AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2017; G. BISOGNI, *La ‘politicalità’ del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo*, Giappichelli, Torino 2017; M. RAVERAIRA, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, 11/2018, 123 ss. Di alcune espressioni dell'impegno politico della Corte, ha, infine, tra gli altri e di recente, trattato L. RULLO, *La politica a Corte. L'espansione della Corte costituzionale nell'arena politica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022].

ad alcune note, radicate tendenze della normazione, ad es. per ciò che concerne i modi alquanto disinvolti ed improvvisati, non di rado comunque devianti dal solco costituzionale, con cui sono dal Governo utilizzati gli strumenti primari di normazione di cui dispone<sup>14</sup>. Non va, peraltro, fatto passare sotto silenzio il significato complessivo di forme di normazione impensate dal Costituente, delle quali si è avuto (e si ha) largo riscontro tanto al piano dei rapporti interordinamentali (in ispecie, con la Comunità internazionale e con le Comunità Europee prima ed ora con l'Unione) quanto a quello dei rapporti di diritto interno, laddove si è assistito alla moltiplicazione sia dei centri di produzione giuridica sia delle maggiori espressioni di questa, alcune delle quali sconosciute al momento della scrittura della Carta<sup>15</sup>.

La moltiplicazione in parola ha poi, per la sua parte, incoraggiato la concentrazione dei poteri di normazione in capo al Governo quale luogo principale di unificazione-integrazione dell'ordinamento, specie a fronte della marcata tendenza volta a trasferire quote consistenti della sovranità dello Stato all'Unione europea, per un verso, e, per un altro verso, del manifestarsi di plurime emergenze, acuitesi proprio nel tempo a noi più vicino (dalla crisi economica alla pandemia da covid-19, alla guerra in Ucraina che, pur non riguardandoci – perlomeno ad oggi – in modo diretto, ha – come si sa – prodotto rilevanti effetti nocivi sotto più aspetti anche per il nostro Paese, concorrendo peraltro, per la sua parte, ad accentuare l'onere non lieve di taluni vincoli provenienti *ab extra* a carico della sovranità statale).

Lo stravolgimento dell'ordine costituzionale delle fonti che ne è conseguito ha avuto (ed ha) immediati, gravi riflessi al piano istituzionale<sup>16</sup>, lasciando un segno marcato – come si tenterà di mostrare a momenti – sugli stessi principi fondanti l'ordinamento (e, segnatamente, su quello democratico)<sup>17</sup>, riflessi che, a motivo della loro notorietà, mi limito qui solo ad elencare senza farne oggetto di ulteriore analisi. E, dunque, si pensi solo, per l'aspetto dei rapporti tra gli organi della direzione politica, alla vistosa marginalizzazione del ruolo del Parlamento<sup>18</sup>, cui ha fatto da *pendant*

---

<sup>14</sup> Ma va altresì rilevato che a base di talune storture al riguardo riscontrabili sta un uso parimenti disinvolto e complessivamente improvido dello strumento legislativo da parte delle Camere, secondo quanto è, ad es., testimoniato sul terreno delle deleghe, non di rado largamente carenti (e persino in tutto prive) dei contenuti loro propri (riferimenti in U. RONGA, *La delega legislativa. Recente rendimento del modello*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020).

<sup>15</sup> Su tutto ciò, un chiaro quadro di sintesi può ora vedersi nello studio monografico, dietro già richiamato, di A. CARDONE.

<sup>16</sup> ... così come, circolarmente, taluni rilevanti squilibri registratisi in seno alle relazioni istituzionali hanno avuto importanti ricadute sulle vicende riguardanti le fonti ed i loro rapporti [sul punto, ancora A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo*, cit., part. 59; un chiaro quadro di sintesi degli squilibri in parola, con specifica attenzione a quelli conseguenti all'emergenza sanitaria, è in R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in questa *Rivista*, 2020/III, 513 ss.; tra gli altri, v., inoltre, Annuario 2020, *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021; O. SPATARO, *Stato di emergenza e legalità costituzionale alla prova della pandemia*, in *federalismi.it*, 11/2022, 6 aprile 2022, 158 ss. e, più di recente, i contributi al focus su *La tenuta dello stato costituzionale ai tempi dell'emergenza da Covid-19. Profili giuridico-finanziari*, in *federalismi.it*, a cura di E. Castorina - P.M. Sanfilippo - A. Ciancio - E. D'Alterio - G. Chiara, 30 gennaio 2023. In prospettiva comparata, v., poi, AA.VV., *Le fonti della crisi: prospettive di diritto comparato*, Seminario di diritto comparato in memoria di P. Carrozza, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, Quad. n. 5/2023, fasc. spec., a cura di D. Casanova - A. De Nicola - M.C. Girardi - P. Villaschi].

<sup>17</sup> Opportunamente ci rammenta ora A. CARDONE, *op. cit.*, 40, che “la crisi del sistema delle fonti è, innanzitutto, crisi della liberaldemocrazia parlamentare” e che “tutte le fonti del diritto devono trarre, direttamente o indirettamente, il loro fattore di legittimazione democratica dal circuito della rappresentanza politica” (36). Ciononostante, a giudizio di questa dottrina, la forma di governo parlamentare avrebbe resistito alla perdita da parte della legge della centralità del posto un tempo stabilmente detenuto nel sistema degli atti produttivi di norme (53). Affermazione, quest'ultima, che, laddove non ci si fermi alla crosta del fenomeno o, diciamo pure, alla sua apparenza, solleva – come si dirà – per vero alcune perplessità.

<sup>18</sup> Notazione diffusa: per tutti, con specifica attenzione alle più recenti vicende, G. DI COSIMO, *Tre anni dopo. Quel che resta del Parlamento*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2023, 4 aprile 2023, spec. 5 s. La pandemia, in ispecie, ha portato ad esasperate affermazioni un'esperienza che – com'è noto – è assai risalente e che affonda le sue radici in una crisi del parlamentarismo di cui è doveroso prendere ormai atto, tanto più se si ha a cuore di ricercare il modo o i modi con cui porvi almeno in parte rimedio (su ciò, v., part., le notazioni finali di questo studio).



un accresciuto, in forme a volte francamente abnormi, ruolo del Governo e, per esso, principalmente del Presidente del Consiglio<sup>19</sup>, testimoniato *per tabulas* dalla centralità di posto (innaturalmente...) assunta dai decreti dall'organo adottati<sup>20</sup>.

È venuta pertanto a consumarsi una quadruplica torsione del modello costituzionale: in primo luogo, al piano dei rapporti tra Parlamento e Governo; secondariamente, a quello dei rapporti in seno a quest'ultimo, essi pure vistosamente squilibrati a motivo della emersione prepotente del ruolo del Presidente del Consiglio<sup>21</sup>; in terzo luogo, a quello dei rapporti tra Stato ed autonomie territoriali (specie regionali), accentuandosi via via in misura crescente l'annosa vocazione al "riaccentramento" di materie e funzioni che, invece, secondo modello dovrebbero considerarsi di spettanza delle autonomie stesse<sup>22</sup>: una vicenda, questa, che – come si sa – si è rivestita di forme esasperate e vistose specie per effetto delle emergenze<sup>23</sup>; infine (e soprattutto), a quello dell'ordine complessivo del sistema, ribaltandosi su se stessa la piramide che, per una risalente tradizione teorica, ne dà la rappresentazione<sup>24</sup>, per effetto della centralità di ruolo di fatto assunta da atti ancora oggi qualificati come non "normativi"<sup>25</sup> o, comunque, astrattamente considerati di grado persino

---

<sup>19</sup> Sulla figura e la sua evoluzione, dopo il noto studio di G. PITRUZZELLA, *IL Presidente del Consiglio dei ministri e l'organizzazione del Governo*, Cedam, Padova 1986, del quale v., inoltre, *L'evoluzione della figura del Presidente del Consiglio dei ministri e gli assetti della democrazia italiana*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, 3337 ss., v., part., quello di I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Jovene, Napoli 2018. Una chiara sintesi dello sviluppo storico della figura può vedersi in A. MANZELLA, *Il Presidente del Governo*, in *Rivista AIC*, 3/2021, 23 giugno 2021, 24 ss.

<sup>20</sup> Sui DPCM è venuta a formarsi, specie per effetto della pandemia, una copiosa produzione di scritti di vario segno: per tutti, v., almeno, M. RUBECCHI, *I decreti del Presidente. Studio su d.P.C.m., atti normativi del Governo e dinamiche decisionali*, Giappichelli, Torino 2022 [sul quale le recensioni di U. RONGA, *Sulle prerogative del Presidente del Consiglio: questioni risalenti e analisi attuali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2023, 1 ss., e G. RENZI, *Recensione a M. Rubecchi*, ecc., in *Nomos*, 1/2023]; L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, e, ora, A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo*, cit., 193 ss. A *L'uso dei dPCM nella più recente prassi dei governi di coalizione* si dedica lo studio, con questo titolo, di M.A. GLIATTA, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2021, 1191 ss. Della "verticalizzazione" dei processi decisionali trattano, tra gli altri, i contributi allo *Speciale su Emergenza pandemica e forma di governo: la verticalizzazione del potere tra tendenze sistemiche e discontinuità*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2022; A. CONZUTTI, *Il PNRR al crocevia tra forma di governo e tendenze in atto nel sistema euro-nazionale*, in *Quad. cost.*, 4/2022, 725 ss., spec. 732 ss., con specifica attenzione alla elaborazione del PNRR; C.F. FERRAJOLI, *Le Camere nella pandemia. Gli squilibri costituzionali prodotti dall'esercizio emergenziale della funzione legislativa*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2023, 12 giugno 2023, 217 ss., spec. 229 ss., facendo notare come si corra il rischio che questo *trend* possa consolidarsi anche una volta cessata la pandemia (242). Similmente, già, E. CATELANI, *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?* in *Quad. cost.*, 4/2020, 727 ss.

<sup>21</sup> Un ruolo che è per vero nella Carta rimarcato ma non, di certo, nelle forme concretamente assunte nel tempo a noi più vicino; è, poi, parimenti vero che il ventaglio che offre la rappresentazione del modello costituzionale al riguardo risulta dotato di assai larga estensione, testimoniata dalla varietà delle ricostruzioni fattane in dottrina.

<sup>22</sup> Il terreno su cui maturano le relazioni centro-periferia si presenta quale un autentico campo minato, a motivo delle insidie sparse qua e là dalle etichette concernenti materie, funzioni, limiti all'esercizio di queste ultime. Per varie che possano, dunque, esserne le interpretazioni, non può nondimeno dubitarsi che quelle affermatesi nell'esperienza abbiano comportato per l'autonomia ripetute e gravi sofferenze, da cui appare assai problematico che la stessa possa venir fuori, specie laddove dovessero radicarsi ed ulteriormente espandersi gli effetti perversi portati dal tempo delle emergenze. E non posso qui tacere, senza tuttavia in questa sede argomentare, che il quadro promette di risultare sostanzialmente inalterato pur laddove dovesse finalmente vararsi la discussa riforma relativa all'autonomia differenziata, di cui all'art. 116, III c., a mia opinione sovraccaricata di attese per un verso, di timori per un altro, che la tendenza all'accentramento di cui è parola nel testo potrebbe in sensibile misura ridimensionare.

<sup>23</sup> In tema, v., almeno, C. MAINARDIS, *PNRR e Regioni: sovrapposizioni di materie, supremazia del potere centrale e leale collaborazione al confine tra diritto e politica*, in *Le Regioni*, 5/2022, 889 ss.

<sup>24</sup> Ho già anticipato quest'idea, con specifico riguardo alla gestione dell'emergenza sanitaria, nel mio *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, in questa *Rivista*, 2020/III, 684 ss.

<sup>25</sup> Sulla questione, di recente, L. CASTELLI, *Tra «disporre» e «provvedere». I dpcm pandemici al test di normatività*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2022, 37 ss.

inferiore a quello delle fonti secondarie<sup>26</sup>, a fronte del ruolo viepiù recessivo giocato dagli atti sovrastanti, a partire dalla stessa legge<sup>27</sup>.

3. *Le carenze della direzione politica, in ordine alla progettazione dei fini come pure (e soprattutto) per ciò che attiene alla loro effettiva realizzazione, a motivo di una crisi della rappresentanza politica che immediatamente ridonda in crisi della forma di governo e, ancora più a fondo, della stessa forma di Stato*

Il vero è che sia la confusione dei ruoli istituzionali che il sostanziale venir meno della centralità del Parlamento affondano le loro radici, da cui si tengono e copiosamente si alimentano, in un terreno segnato da una crisi profonda, forse per vero irreversibile, della sovranità che poi immediatamente ridonda in crisi della direzione politica, avvalorata da plurime e particolarmente attendibili testimonianze<sup>28</sup>.

Non ci si faccia al riguardo fuorviare dall'esperienza costituita dal PNRR che – non si dimentichi – è (e resta) legata ad una contingenza straordinaria e che, peraltro, ha essa pure concorso a mettere a nudo annose e gravi carenze in ordine alla progettazione politica e – ciò che più importa – all'effettivo perseguimento dei fini predisposti per l'azione statale (e dei pubblici poteri in genere)<sup>29</sup>. Un'attività, questa riguardante la fase c.d. effettuale, giudicata estranea alla nozione ed all'area materiale dell'indirizzo da parte della dottrina che ne ha dato la più raffinata rappresentazione teorica<sup>30</sup>; e, però, un'attività di tutta evidenza di sommo rilievo pratico ove si consideri che la messa a punto dei fini e la predisposizione dei mezzi adeguati al loro

---

<sup>26</sup> Istruttivo il fenomeno usualmente etichettato come “fuga dal regolamento”, di cui – com'è noto – si ha da tempo riscontro [riferimenti in G. RIVOSACCHI, *Considerazioni sparse in ordine alle attuali tendenze della produzione normativa*, in [Osservatorio costituzionale](#), 1-2/2019, 12 aprile 2019, spec. 93 ss., e L. ABBRUZZO, *Il confine (superato) tra atti amministrativi generali e regolamenti*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2022, 169 ss.] ma di cui, specie a seguito del manifestarsi della pandemia sanitaria, si sono avute manifestazioni particolarmente dilatate e vistose, con riflessi immediati a carico dell'ordine costituzionale delle fonti [ex plurimis, i contributi che sono nel fasc. spec. 2020 dell'[Osservatorio sulle fonti](#) su *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza covid-19*].

<sup>27</sup> ... tanto da indurre ad una disincantata riflessione circa la possibilità che la legge possa avere ancora un futuro quale strumento ordinario di normazione [su di che, volendo, il mio *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?* in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2021, 567 ss.]. Non è, dunque, senza significato che, avuto specifico riguardo alle misure poste in essere per contenere la pandemia sanitaria, una sensibile dottrina abbia discusso di un “temporaneo mutamento della forma di governo per mancato esercizio dei poteri parlamentari” (G. DI COSIMO, *Tre anni dopo. Quel che resta del Parlamento*, cit., 7, con richiamo di una opinione di A. Mangia).

<sup>28</sup> La nozione d'indirizzo politico e le sue più salienti vicende seguitano, nondimeno, a costituire oggetto di ininterrotta attenzione da parte degli studiosi, anche con contributi di respiro monografico [tra gli altri, di recente, A. DE CRESCENZO, *Indirizzo politico. Una categoria tra complessità e trasformazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, Jovene, Napoli 2020, e, con specifico riguardo alla dimensione regionale, P. MAZZINA, *L'autonomia politica regionale. Modelli costituzionali e sistema politico*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, e T. CERRUTI, *Regioni e indirizzo politico: un itinerario tormentato. Le scelte in materia di istruzione e assistenza sociale*, ESI, Napoli 2020. Altre indicazioni in A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 7 ss., e G. REPETTO, *Appunti per uno studio sui rapporti tra garanzie costituzionali e indirizzo politico nell'esperienza repubblicana*, in *Dir. pubbl.*, 3/2018, 725 ss., nonché nei contributi al focus su *Il Governo. Prospettive organizzative e funzionali*, in [federalismi.it](#), 28/2020, 12 ottobre 2020].

<sup>29</sup> Sull'incidenza esercitata dal PNRR sulle attività di direzione politica, v. S. FILIPPI, *PNRR e trasformazioni della funzione di indirizzo e del sistema delle fonti*, in AA.VV., *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, a cura di A. Cardone - A. Simoncini - G. Tarli Barbieri, Editoriale Scientifica, Napoli 2023, 397 ss. V., inoltre, tra gli altri, S. NICCOLAI, *L'influenza del PNRR sui processi di decisione politica*, in [Rivista AIC](#), 3/2022, 13 settembre 2022, 222 ss., e, nella stessa [Rivista](#), C. COLAPIETRO, *La forma di Stato e di governo italiana alla “prova” del piano nazionale di ripresa e resilienza*, 325 ss. Infine, AA.VV., *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, a cura di D. De Lungo e F.S. Marini, Giappichelli, Torino 2023 e, con riguardo all'esperienza maturata in altri Paesi, i contributi che sono in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2023.

<sup>30</sup> V., nuovamente, T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit.

raggiungimento ha luogo da parte della forze politiche chiamate a responsabilità di governo in ragione delle condizioni complessive del contesto in cui esse operano<sup>31</sup>, con la conseguenza che anche la realizzazione dei fini stessi non può che apprezzarsi alla luce di esse<sup>32</sup>. E, invero, la credibilità delle forze in parola, specie in vista degli appuntamenti elettorali e, in genere, delle verifiche della loro azione alle quali sono chiamate, si misura anche (e soprattutto) per il modo con cui la realizzazione stessa ha, ovvero non ha, luogo. Fermarsi alla mera definizione dei fini, accompagnata dalla predisposizione dei mezzi idonei al loro conseguimento, rischia dunque di portare ad esiti teorico-ricostruttivi connotati da palese astrattezza, dovendosi piuttosto misurare gli uni e gli altri alla luce del modo con cui riescano a concretarsi in misure adeguate a dare un appagamento complessivamente apprezzabile dei più diffusi ed avvertiti bisogni emergenti dal corpo sociale. D'altro canto, agli occhi della pubblica opinione (quanto meno della sua parte maggiormente smalzata ed attrezzata per vedere con chiarezza come vanno davvero le cose) ciò che, al tirar delle somme, conta davvero non è tanto l'insieme dei fini in sé e per sé considerati, quanto ciò che effettivamente si fa per venire incontro ai bisogni in parola, specie di quelli di cui si fanno portatrici le persone maggiormente vulnerabili ed esposte, che dunque necessitano delle maggiori cure. Ed è francamente penoso dover qui nuovamente rilevare la scarsa attenzione dimostrata dagli indirizzi perseguiti da forze politiche di vario e persino opposto orientamento nei riguardi dei soggetti dalla Costituzione indicati come destinatari di provvedimenti (legislativi e non) che dovrebbero tendere a rimuovere o, come che sia, a circoscrivere le strutturali discriminazioni presenti nella società, nel segno dei valori fondanti la Repubblica.

Ciò che, dunque, ha maggior rilievo è proprio l'acclarata incapacità di progettazione in parola, come pure di realizzazione dei fini generali dell'azione statale, da parte delle forze politiche, *quali che siano poi le sedi istituzionali preposte a darvi seguito*: un'incapacità rimarcata – come si diceva –, per un verso, dalle plurime ed ingravescenti emergenze e, per un altro verso, dai vincoli viepiù pressanti e a volte imprevedibili venuti *ab extra* (per ciò che qui è di maggior rilievo, da parte dell'Unione europea).

Molti ed inequivocabili segni convergono, ormai da tempo, a mettere a nudo le strutturali carenze dei decisori politici, particolarmente accentuate e vistose – a me pare – al piano culturale<sup>33</sup>. In ispecie, la crisi della rappresentanza politica<sup>34</sup> ridonda e naturalmente si converte in crisi della

---

<sup>31</sup> ... tenendo, dunque, conto di ciò che *realisticamente* può, ovvero non può, farsi.

<sup>32</sup> Così è pure, ovviamente, per le forze di opposizione che, consapevoli del ruolo che sono contingentemente chiamate ad esercitare, si abbandonano non di rado a formulazioni di fini politici palesemente velleitarie e strumentali, salvo poi a ripiegare su soluzioni fortemente ridimensionate e a volte significativamente diverse nel momento in cui dovessero essere chiamate a responsabilità di governo. L'esperienza del PNRR è, ancora una volta, assai istruttiva al riguardo. Il partito che ha per *leader* il Presidente del Consiglio Meloni si è fatto portatore dall'opposizione di una linea politica complessivamente assai diversa da quella adottata una volta passato a far parte della maggioranza e, dunque, sollecitato a dare attuazione al piano predisposto dal Governo Draghi.

<sup>33</sup> Di un "degrado culturale" della rappresentanza politica si discorre nel mio *Le revisioni costituzionali e il nodo (non scioglibile?) del degrado culturale della rappresentanza politica (prime notazioni)*, in [Ordine internazionale e diritti umani](#), 2/2023, 15 maggio 2023, 216 ss.

<sup>34</sup> ... a riguardo della quale è venuta – come si sa – col tempo a formarsi una messe copiosa e pressoché incontenibile di studi di vario orientamento [*ex plurimis*, AA.VV., *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità Rappresentanza Territorio*, Jovene, Napoli 2017; G. MOSCHELLA, [Crisi della rappresentanza politica e deriva populista](#), in questa [Rivista](#), 2019/II, 249 ss., e, più di recente, nella stessa [Rivista](#), P. LOGROSCINO, [Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti. Note in tempo di pandemia](#), 2/2021, 406 ss.; F. SALMONI, *Crisi della rappresentanza e democrazia: l'antiparlamentarismo e i corsi e ricorsi dei populismi*, in [Rivista AIC](#), 4/2020, 14 dicembre 2020, 517 ss.; M.G. RODOMONTE, *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?* in [Nomos](#), 3/2021, 1 ss.; I. CIOLLI, *La rappresentanza politica. Recenti trasformazioni di una categoria ineludibile*, in *Lo Stato*, 18/2022, 129 ss.; D. SCOPELLITI, *Il canale giurisdizionale per il riconoscimento dei diritti: tra crisi della rappresentanza e supplenza nei confronti della politica*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2022, 11 maggio 2022, 28 ss. Ha, non molto tempo addietro, rilevato "la generale risacca della politica rappresentativa" C. CARUSO, *Sul costituzionalismo, oggi*, al sito web dell'[Associazione Italiana dei Costituzionalisti](#), *La Lettera Sul costituzionalismo*, oggi, 4/2023. V., inoltre, utilmente i contributi alla Giornata di studi in onore di F. Lanchester, svoltasi il 15 giugno

forma di governo e, ancora più a fondo, della forma di Stato, venendone direttamente investita in ogni suo aspetto la relazione tra apparato governante e comunità governata. E ciò, per la elementare ragione che gli organi in cui s'incarnano e per il cui tramite operano le forze politiche hanno, per Costituzione, il potere-dovere di esercitare al meglio, alle condizioni oggettive di contesto, i *munera* loro conferiti, puntando risolutamente all'ottimale soddisfazione dei più diffusi bisogni. È questo (e non altro) il senso profondo della rappresentanza politica e, *per ciò stesso*, della democrazia di cui la prima è emblematica espressione<sup>35</sup>.

A conti fatti, dunque, alla luce del modo complessivo di essere e di articolarsi del quadro politico, specie nelle sue più recenti espressioni, le vicende della forma di governo non sono praticamente disgiungibili da quelle della forma di Stato: una conclusione, questa, che, riguardata da una prospettiva di largo respiro, mi parrebbe sostenibile non soltanto per la forma parlamentare di governo, di cui – tengo qui a rammentare – un'accreditata dottrina aveva già da tempo profeticamente intuito la problematica compatibilità con il carattere democratico dell'ordinamento<sup>36</sup>, ma anche per l'altra forma alla prima usualmente contrapposta<sup>37</sup>, la presidenziale, che, nella sua emblematica espressione nel Paese che vi ha dato i natali, ha parimenti esibito vistose carenze in ordine alla progettazione ed attuazione delle finalità d'indirizzo politico, traducendosi in talune discusse esperienze che – non a caso – hanno direttamente riguardato il carattere democratico dell'ordinamento, come in occasione della presidenza di D. Trump<sup>38</sup>.

Si vuol dire, insomma, che non ha molto senso (e, forse, a dirla tutta, non ne ha alcuno...) fermarsi alla mera descrizione dei meccanismi istituzionali, quali risultanti dal figurino costituzionale, astraendo dal modo con cui è fatto e in concreto si atteggia il sistema politico. Differenze sulla carta nette tra l'una e l'altra specie di ingranaggi istituzionali, usualmente poste a base della caratterizzazione delle forme di governo, possono risultare fortemente ridimensionate laddove risultino acclamate sostanziali, comuni carenze in ordine allo svolgimento delle attività di

---

2022, su *Trasformazioni della rappresentanza tra crisi di regime, integrazione europea e globalizzazione*, in [Nomos](#), 2/2022 e, con specifica attenzione alle minoranze linguistiche, quelli di AA.VV., *La rappresentanza delle minoranze linguistiche*, a cura di R. Toniatti, Università di Trento, Trento 2023. Infine, volendo, anche i miei [Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica](#), in questa [Rivista](#), 2021/I, 124 ss., e *Le revisioni costituzionali e il nodo (non scioglibile?) del degrado culturale della rappresentanza politica (prime notazioni)*, cit.].

<sup>35</sup> Dei tre "tipi" in cui, per la più raffinata elaborazione teorica (T. MARTINES, del quale v., tra gli altri suoi scritti, almeno, *La democrazia pluralista*, ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, 239 ss.), si concreta la democrazia, connotandosi come *diretta*, *rappresentativa* e *pluralista*, proprio la seconda si pone a tutt'oggi quale la sua più qualificante espressione, nel mentre talune sue forme, specificamente legate allo sviluppo scientifico e tecnologico, quale quella c.d. "elettronica", appaiono essere foriere di gravi torsioni, rivoltandosi a conti fatti contro la stessa democrazia, nella sua più genuina ed insuperata accezione, e non potendo dunque essere ad essa riportate. Un esito, questo, che è poi agevolato ed alimentato da un populismo esasperato, che non a caso si avvale proprio dei mezzi apprestati dalla tecnologia per radicarsi in misura crescente nel corpo sociale, mescolandosi in talune sue espressioni in modo perverso con un nazionalismo parimenti accentuato: l'uno e l'altro suscettibili di portare alla innaturale conversione della democrazia in una democrazia, com'è stata efficacemente etichettata da sensibili studiosi, con specifico riferimento a vicende maturate in altri Paesi.

<sup>36</sup> V. T. MARTINES, *Governo parlamentare e ordinamento democratico*, Giuffrè, Milano 1967.

<sup>37</sup> Ma non si sottovaluti la tendenza ormai da tempo in atto ad un sensibile ravvicinamento tra le forme di governo in parola; non a caso, la più avvertita dottrina ha discorso di una "parlamentarizzazione dei sistemi presidenziali" e di una "presidenzializzazione dei sistemi parlamentari" (M. CALAMO SPECCHIA, *Dalle transizioni intersistemiche alle transizioni intrasistemiche: verso una osmosi classificatoria dei sistemi parlamentari e dei sistemi presidenziali?* in *Studi in onore di G. De Vergottini*, II, Cedam, Padova 2015, 981 ss.).

<sup>38</sup> Ed è francamente inquietante che un partito dalla lunga ed onorata tradizione, quale quello repubblicano, possa ancora al presente (e – viene da dire – malgrado tutto...), prendere in considerazione l'ipotesi di ricandidare Trump alla presidenza. Ciò che induce ad una seria e disincantata riflessione a riguardo delle "logiche" interne ai partiti statunitensi e, per ciò pure, al modo complessivo di essere e di articolarsi della struttura sociale degli Stati Uniti [su *La crisi della democrazia statunitense. Ragioni e prospettive*, v. i contributi che sono in [Nomos](#), 2/2022].

direzione politica, nelle quali si rispecchia una crisi della rappresentanza politica che – come si è venuti dicendo – è *in nuce* di culturale fattura.

Se, dunque, “forma di governo” vuol significare anche (e soprattutto) *come effettivamente si governa*, in vista dell’appagamento dei maggiori bisogni emergenti dal corpo sociale, può al tirar delle somme risultare assai problematico distinguere esperienze affermatesi in contesti istituzionali pur sensibilmente diversi che, però, si presentino non dissimilmente connotate, tutte comunque gravemente carenti per ciò che attiene al grado d’inveramento del valore democratico, nel suo fare “sistema” con i valori fondamentali restanti.

4. *Torsioni della forma di governo vistose al piano delle relazioni interordinamentali e quodammodo legate ai vincoli vieppiù pressanti provenienti ab extra, che rendono eloquente testimonianza del fatto che i fini d’indirizzo politico ormai sono, in larga parte, stabiliti fuori delle mura domestiche, restando pertanto demandata agli Stati la loro mera esecuzione entro margini ora più ed ora meno consistenti*

In disparte la generale questione, qui appena evocata, relativa al modo strutturale di essere delle due forme di governo suddette e fermando ora l’attenzione esclusivamente su quella da noi affermatasi, non può ad ogni buon conto dubitarsi a riguardo del fatto che, pur nella sua strutturale laconicità, il dettato costituzionale resti pur sempre nello studio dei giuristi un punto obbligato di riferimento, ad esso dovendosi ad ogni buon conto rapportare l’esperienza, nelle sue più salienti e marcate tendenze. Va pertanto assegnato il giusto rilievo alla circostanza per cui i due connotati, sopra indicati (la distinzione tra gli organi della direzione politica e gli organi di garanzia, per un verso, e la centralità delle Camere, per un altro) si sono trovati (e seguitano a trovarsi) oggetto di gravi torsioni nell’esperienza. Si aggiunga, poi, l’altra circostanza per cui alcune regole, esterne alla Carta, specie di natura convenzionale<sup>39</sup>, che ugualmente con la Carta stessa concorrono alla complessiva messa a punto della forma di governo, segnandone le più salienti vicende<sup>40</sup>, particolarmente sofferte nel tempo dell’emergenza<sup>41</sup>, esibiscono non lievi oscillazioni e complessive carenze, risultando esse pure caratterizzate – com’è stato messo in chiaro da una sensibile dottrina<sup>42</sup> – da una “stabile instabilità”, fino al punto di far dubitare che possano propriamente fregiarsi del

---

<sup>39</sup> Ma non si trascuri – com’è chiaro – il significato altresì di norme dei regolamenti parlamentari, delle leggi elettorali e di altre fonti ancora (tra le quali, ad es., la legge 400 del 1988) di primario rilievo al piano istituzionale (e, perciò, della connotazione della forma di governo).

<sup>40</sup> Un’accreditata dottrina [M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, cit., 540] si è dichiarata dell’idea che le regole convenzionali non rilevano al fine della qualificazione della forma di governo. Eppure, non può negarsi che la venuta alla luce ovvero l’uscita di scena di alcune di tali regole – per tutte, la *conventio ad excludendum* – abbiano dato vita a svolte anche significative della forma stessa, nel corso di alcune esperienze di particolare spessore nella storia della Repubblica; e non è, dunque, per mero accidente che i canoni in parola abbiano – come si sa – da tempo attratto l’attenzione di una copiosa schiera di studiosi [al loro esame, peraltro, come si rammenterà, l’Associazione italiana dei costituzionalisti ha dedicato uno dei suoi convegni annuali, svoltosi a Catanzaro dal 16 al 18 ottobre 2014 ed avente ad oggetto in genere le regole non scritte di rilievo costituzionale: v., dunque, *Annuario 2014, Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, Jovene, Napoli 2015; notazioni di vario segno, inoltre, nei contributi al convegno del Gruppo di Pisa su *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, Napoli 14-15 giugno 2019, part. in quelli di G. GRASSO, *Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politico*, e A. SAITTA, *Partiti politici e dinamiche della forma di governo. I partiti politici*, entrambi in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2019, rispettivamente, 134 ss. e 166 ss.].

<sup>41</sup> Riferimenti in Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo ad uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, ed E. AURELI, *Il ruolo dell’emergenza nell’evoluzione di prassi, convenzioni e consuetudini costituzionali che incidono sulla forma di governo*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2022, 13 gennaio 2022, 1 ss.

<sup>42</sup> A. SPADARO, *L’evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplezza presidenziale*, cit., 13 s.

titolo di “regole”<sup>43</sup> e senza peraltro trascurare che alcune di esse esibiscono una strutturale opacità che non sempre ne consente il sicuro riconoscimento e l’opportuna qualificazione<sup>44</sup>.

Questo *trend* si presenta con toni di particolare evidenza a seguito del venir meno della *conventio ad excludendum*, specie dopo la caduta del muro di Berlino e per effetto della svolta segnata da Tangentopoli, con la profonda trasformazione che ad essa si è accompagnata nei partiti politici. La DC, quale “partito-cerniera” – secondo una sua efficace definizione<sup>45</sup> –, ha infatti assicurato un pluridecennale periodo di stabilità politica e, *per ciò stesso*, di stabilità della forma di governo. Il crollo delle contrapposizioni dei partiti su basi ideologiche conseguente agli accadimenti suddetti ha, tuttavia, fattivamente concorso a rendere viepiù fluido il quadro politico-istituzionale, alimentando in copiosa misura antiche tensioni e contraddizioni in seno al sistema dei partiti, afflitto da vistose oscillazioni cresciute col tempo, specie per effetto delle prove viepiù impegnative alle quali i partiti stessi si sono trovati chiamati a dover far fronte. Vicende varie, peraltro assai note ed alle quali comunque non è ora possibile riservare neppure un cenno, hanno portato le formazioni sociali in parola, una volta dismessi gli abiti di fattura ideologica, a far leva principalmente sulla personalizzazione della lotta politica, dotandosi pertanto di una connotazione fortemente segnata dalla figura del *leader* di turno<sup>46</sup>.

Si spiega, peraltro, in questa luce il carattere alterato (o, diciamo pure, squilibrato) del rapporto tra maggioranza ed opposizioni, ancora una volta con riflessi immediati sulla forma di governo e, più a fondo ancora, sulla stessa forma di Stato. Una maggioranza cui si contrapponga un’opposizione a conti fatti afona<sup>47</sup> si traduce in una espressione distorta del governo parlamentare nella quale in modo eloquente si riflette quella democrazia malata, cui si è poc’anzi accennato e di cui si ha oggi particolarmente vistoso riscontro nel nostro Paese.

Questo stato di cose ha plurime cause che incessantemente lo alimentano, come si fa con il fuoco per evitare che si spenga, in primo luogo riportabili al sistema dei partiti, oggi più di ieri alla ricerca di una complessiva identità e – come si diceva – stabilità non raggiunte e – temo – problematicamente raggiungibili. Ne danno eloquente riprova le non infrequenti scomposizioni e ricomposizioni che si registrano in seno a talune formazioni politiche, venendosi pertanto a determinare, come in un ideale caleidoscopio, immagini sempre nuove e tuttavia costituite – si faccia caso – dai medesimi elementi. Non è a caso, d’altronde, che per designare le formazioni stesse, vecchie o nuove che siano, si faccia utilizzo di etichette a dir poco banali, palesemente

---

<sup>43</sup> In altra occasione si è persino affacciata l’ipotesi che si tratti di regole in via di estinzione: v., dunque, il mio *Le convenzioni costituzionali: regole della politica in via di estinzione?* in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2019, 19 giugno 2019, 73 ss. Similmente, S. STAIANO, *A partire dal fondamento. Sulla forma di governo parlamentare italiana e sui suoi detrattori*, cit., XV, che discorre di un “vuoto di regole convenzionali”. Cfr. il punto di vista al riguardo manifestato da G. GRASSO, *Convenzioni costituzionali e forma di governo nel primo scorcio della XVIII legislatura: “prove di dialogo” con Antonio Ruggeri*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, cit., III, 2001 ss., il quale nondimeno non trascura di evidenziare che “molte delle regole convenzionali (o *pretese tali*) che contraddistinguono questo particolare frangente politico-istituzionale risultano prive di qualsiasi regolarità e di costanza di comportamenti attivi o omissivi tra gli attori politici fondamentali, manifestandosi invece sotto forma di un accordo puntuale ed episodico e/o di una relazione utilitaristica *una tantum*, a seconda che si voglia privilegiare l’una o l’altra delle due elaborazioni dottrinali in precedenza ricordate” (2005; mio il primo c.vo).

<sup>44</sup> Altre regole convenzionali, di contro, risultano ormai provviste di un elevato grado di stabilità, secondo quanto ha non molto tempo addietro mostrato un accurato studio di Q. CAMERLENGO, dal titolo *Le convenzioni costituzionali tra principio di leale collaborazione e teoria dei giochi*, in questa *Rivista*, 2022/1, 1 ss., tant’è che alcune di esse sono qualificate da non poca dottrina come aventi ormai natura consuetudinaria.

<sup>45</sup> ... che si deve a S. CASSESE, *Con il governo è cambiata anche la forma di governo?* in *Quad. cost.*, 1/2019, 117.

<sup>46</sup> S. CASSESE, nello scritto sopra cit., 118, fa al riguardo l’esempio, particolarmente istruttivo, della Lega che appare essere oggi il “mero seguito di un leader”. L’intera vicenda di Forza Italia è, poi, assai eloquente in tal senso, nel mentre si attende di verificare quali sviluppi si avranno in seno al partito in parola e nei suoi rapporti con le altre forze politiche dopo l’uscita di scena di Berlusconi. Quanto, poi, al mito della “capocrazia” vi ha, non molto tempo addietro, fatto richiamo M. AINIS, *La forma di governo della Terza Repubblica*, in *Quad. cost.*, 1/2019, spec. 113.

<sup>47</sup> Ancora S. CASSESE, *op. ult. cit.*, 119.

inadeguate a dare l'idea delle ragioni che hanno portato alla loro formazione e ne ispirano l'operare. La dissoluzione delle divisioni su basi ideologiche, di cui si faceva un momento fa parola, può essere evocata solo fino ad un certo punto a giustificazione di questa vicenda tuttora in corso e dagli incerti sviluppi. Il nodo, infatti, come si diceva, è culturale e si annida negli strati più profondi del corpo sociale, facendosi col tempo sempre più fitto ed aggrovigliato.

Le emergenze – come pure si faceva notare – complicano, poi, in misura via via crescente il quadro, allo stesso tempo concorrendo in significativa misura, per un verso, a renderlo sempre più opaco e confuso e, per un altro verso, ad acuire annose ed irrisolte carenze<sup>48</sup>. Ed è bene qui ribadire chiaro e tondo che le emergenze stesse non sono un dato estraneo al sistema politico, o meglio lo sono solo *fino ad un certo punto*, sol che si pensi che molte di esse si devono a responsabilità, per azione ovvero omissione, degli stessi decisori politici, pur se condivise con operatori di altri Stati e persino della intera Comunità internazionale (si pensi, per tutte, alla emergenza climatica o a quella migratoria).

Torna qui in primo piano l'annosa questione delle relazioni interordinamentali, ad oggi gravate del peso schiacciante degli egoismi nazionali ed afflitte da vizi non rimossi di ordine strutturale. Basti solo al riguardo porre mente al fatto che le relazioni in parola sono fatte da un flusso ininterrotto e viepiù consistente di suggestioni ed indicazioni che vanno e vengono dall'una e dall'altra parte, esprimendo vincoli e condizionamenti in genere di vario segno, comunque via via crescenti e direttamente influenti sulle più salienti vicende della forma di governo.

Si consideri solo, per dare una prima idea di come vanno al riguardo le cose, ai rapporti tra Unione europea e Stati. Ebbene, se l'una è fatta in un certo modo e si presenta foriera di indirizzi politici di un certo segno è anche (e principalmente) perché in un certo modo sono fatti gli Stati di cui si compone e, dunque, in buona sostanza, coloro che in essi svolgono attività politica. Non è, d'altronde, per mero accidente che l'affermarsi in alcuni Paesi, tra i quali – come si sa – il nostro, di movimenti politici dalla vocazione marcatamente nazionalista e populista, si rifletta sulla linea politica di cui il nostro Stato si fa portatore, incidendo quindi, sia pure in parte, sulle politiche dell'Unione, le quali poi, a loro volta, hanno la loro immediata proiezione in ambito interno, variamente condizionando gli indirizzi che in esso si affermano.

Ora, i vincoli discendenti dall'Unione, rivisti dalla prospettiva congeniale a questo studio, per le implicazioni cioè che se ne hanno a carico della forma di governo, producono essenzialmente due effetti.

Il primo è dato da consistenti e, a volte, francamente soffocanti limitazioni che se ne hanno a carico degli Stati, con riflessi immediati per la loro sovranità e, dunque, la capacità di autodeterminazione in campo politico.

Il secondo è dato dallo squilibrio viepiù vistoso che viene a determinarsi al piano dei rapporti tra gli organi della direzione politica, dal momento che – come si accennava poc'anzi – l'adempimento degli oneri provenienti *ab extra* grava principalmente sui Governi piuttosto che sulle assemblee elettive. Anche da qui – come si vede – si ha una spinta vigorosa per un sostanziale ravvicinamento tra modelli istituzionali diversi, quali si hanno in seno agli Stati che compongono l'Unione, al di là di ogni diversa indicazione risultante – peraltro, perlopiù, in modo largamente approssimativo – dalle Carte costituzionali.

Restando alle vicende di casa nostra, assai indicativo di quanto si è da ultimo sommariamente descritto è, per un verso, il sostanziale monocameralismo di fatto che va sempre di più radicandosi<sup>49</sup> e, per un altro verso, il modo con cui ogni anno prende forma, sul filo di lana, la manovra

---

<sup>48</sup> Opportunamente, al riguardo, R. CALVANO, *Appunti sulle fonti del diritto del periodo 2020-2023, tra crisi, emergenze e squilibri della forma di governo*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), 1/2023, 4 aprile 2023, 19 in nt. 11, richiama un pensiero di P. Carnevale, a cui avviso le emergenze si pongono quale “lente d'ingrandimento delle deformazioni e forzature che già l'usuale prassi ci propone”.

<sup>49</sup> Su di che, per tutti, i contributi che sono in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), 3/2022, e S. LEONE, *Un Parlamento per metà, tra critica e proposte*, in *Quad. cost.*, 2/2023, 327 ss.

finanziaria, in occasione della quale si ha una eloquente, sommamente penosa e, a dirla tutta, inquietante, conferma del degrado in cui ormai versano le Camere e i singoli loro componenti, di maggioranza così come di opposizione, obbligati a restare muti ed impassibili davanti alla rappresentazione teatrale che con somma rapidità si svolge presso le assemblee cui appartengono: manovrati, come le marionette, dai fili che li legano ai partiti di appartenenza ed alla cerchia ristretta di coloro che in essi hanno sostanziale potere di decisione<sup>50</sup>.

Verrebbe da dire, in estrema sintesi, che si ha *un Governo sempre più forte in uno Stato sempre più debole*. Solo che proprio quest'ultimo dato attesta che lo stesso Governo è, in realtà, debole e che la sua forza (nei limiti in cui ormai davvero residua...) è unicamente in rapporto al Parlamento, svilito a compiti di mera esecuzione di una volontà altrove pressoché interamente formatasi. Un esito, questo, vistosamente debordante dall'alveo costituzionale, in seno al quale il volere delle assemblee elettive avrebbe dovuto liberamente e copiosamente fluire.

I vincoli provenienti *ab extra*, unitamente al carattere particolarmente accentuato e vistoso delle emergenze, portano poi ad un esito alquanto inusuale, perlomeno alla luce di una certa tradizione politico-istituzionale e, dunque, di talune vicende della forma di governo. Ed è dato dal fatto che, malgrado i vistosi, per l'aspetto del colore politico, cambi di maggioranza di governo, si è avuto riscontro di una sostanziale continuità di linea politica, emblematicamente oggi testimoniata dal PNRR e dai suoi svolgimenti.

A vedere, poi, a fondo dentro le cose, in realtà, non tanto dovrebbe parlarsi di una linearità e costanza d'indirizzo quanto – come si diceva – del suo carattere parziale e complessivamente carente. La fase teleologica, infatti, come si è già rilevato, matura in gran parte *extra moenia* e l'autodeterminazione dello Stato in campo politico si riduce, in buona sostanza e comunque solo in parte – eccezion fatta per talune linee politiche<sup>51</sup> – alla fase strumentale ed a quella effettuale. E, invero, nel momento in cui l'indirizzo politico spezza le catene che lo confinavano dentro le mura domestiche ed assume connotazione interordinamentale, articolandosi e – se così può dirsi – spalmandosi a plurimi livelli istituzionali, la sua parte maggiormente qualificante ed espressiva va sempre di più spostandosi verso l'esterno (e verso l'alto), pur dandosi ad oggi non infrequenti oscillazioni, tipiche della presente stagione di passaggio, in cui versa il processo d'integrazione sovranazionale, che nondimeno si porta, seppur a fatica e con vero e proprio travaglio, ugualmente in avanti, tra rigurgiti di nazionalismo e timide aperture, gli uni e le altre comunque segnati dalla sofferta contingenza in atto.

Le profonde trasformazioni registratesi nelle attività d'indirizzo (e, per ciò pure, nella forma di governo) per effetto del modo complessivo di essere delle relazioni interordinamentali si colgono, poi, nella loro essenza e rendono particolarmente visibili anche (e soprattutto) dal punto di vista della teoria della Costituzione e avuto riguardo al riconoscimento ed alla tutela dei diritti fondamentali<sup>52</sup>. Se ne ha tangibile riprova sul terreno su cui maturano le più salienti esperienze relative a questi ultimi; e basti solo pensare all'impegno al riguardo profuso dalle Corti europee e dai giudici in genere, chiamati ad esercitare un ruolo di prima grandezza a motivo delle annose e viepiù vistose carenze degli organi preposti alla produzione giuridica, cui si è dietro fatto cenno.

---

<sup>50</sup> Anche da qui, dunque, come si viene dicendo, si ha conferma della centralità del ruolo dei partiti non solo nel sistema dagli stessi composto ma nella stessa forma di governo e nelle sue più salienti vicende, come pure però del carattere elitario dei modi con cui, al di là di ogni diversa apparenza, prendono forma le decisioni in seno alle formazioni politiche.

<sup>51</sup> ... quali quelle riguardanti l'ambito estero e militare che, nondimeno, risentono essi pure di pesanti condizionamenti provenienti *ab extra*, specie per effetto dell'appartenenza del nostro Stato alla NATO, viepiù rimarcati a seguito dell'aggressione patita dall'Ucraina ad opera del regime di Putin.

<sup>52</sup> Indicazioni al riguardo possono, volendo, ora aversi dal mio *Vicende salienti della forma di governo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e della tutela dei diritti fondamentali*, cit., 631 ss.



Un particolare significato va, in ispecie, assegnato alla circostanza per cui a dar voce ai c.d. “nuovi” diritti fondamentali non sono oggi le leggi, meno che mai quelle di forma costituzionale – come, a mio modo di vedere, dovrebbe secondo modello essere –, ma appunto le pronunzie dei giudici che, grazie al “dialogo” che tra questi ultimi ormai pressoché quotidianamente s’intrattiene, rimodellano senza sosta quella che – non si dimentichi – è l’essenza stessa della Costituzione, secondo la sua accezione affermatasi nei Paesi di tradizioni liberali ed efficacemente espressa dalla mirabile formula di cui all’art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

Non è (e non può essere) di alcuna consolazione il rilievo per cui, malgrado la torsione dei ruoli istituzionali, ciò che conta davvero è il fatto che i diritti possano comunque venire alla luce e ricevere, per quanto consentito dai tempi, appagamento. L’appello al vecchio adagio per cui i fini giustificano i mezzi non può trovare spazio tra le pur larghe (e, in più punti, larghissime) maglie del dettato costituzionale, per la elementare ragione che – come si è fatto notare da un’accreditata dottrina<sup>53</sup> – “sono sempre i mezzi a prefigurare i fini”. È perciò chiaro che lo scostamento dalle indicazioni al riguardo offerte dalla Carta ridonda, puramente e semplicemente, in violazione della stessa. Ciò che non può, di tutta evidenza, essere in alcun caso o modo consentito<sup>54</sup>.

*5. La forma di governo alla ricerca, ad oggi tuttavia rivelatasi infruttuosa, di una sua identità e stabilità, specie a mezzo di sostanziali riforme tanto nelle regole quanto nelle regolarità che ne hanno fin qui accompagnato i più salienti svolgimenti*

Al tirar delle somme, il quadro complessivo che emerge dalla Carta, posto a raffronto con le più marcate vicende affermatesi nel corso dell’esperienza repubblicana, in ispecie nel tempo a noi più vicino, è, per più aspetti, sconfortante.

Poche e scarse le indicazioni in tema di forma di governo (e, ancora più largamente, di forma di Stato) risultanti dall’articolato costituzionale, tutte peraltro fatte oggetto di vistose torsioni nelle pratiche politico-istituzionali<sup>55</sup>. A conti fatti, si ha l’impressione che quanto è stato scritto sulla lavagna costituzionale sia stato inopinatamente rimosso, senza peraltro che si siano avute al suo

---

<sup>53</sup> A. PUGIOTTO, *Dalla “porta stretta” alla “fuga” dalla giustizia costituzionale? Sessant’anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 169.

<sup>54</sup> La sola eccezione che può, infatti, ammettersi a questa autentica direttiva di metodo e di azione si ha in presenza di situazioni assolutamente straordinarie, quale una guerra. La stessa emergenza sanitaria esplosa di recente e tradottasi in misure gravemente compressive dei diritti avrebbe, infatti, richiesto allo scopo il ricorso a procedure diverse da quelle messe in atto. E il vero è che si tocca al riguardo con mano una strutturale carenza della Carta che non si è dotata di previsioni adeguate alla gestione di emergenze siffatte, con l’effetto di lasciare le sedi di apparato (e, risalendo, le forze politiche) sole con se stesse nel farvi fronte, in modo peraltro largamente improvvisato ed in un clima confuso, comunque foriero di non poche né lievi sofferenze. Davanti a questo stato di cose fatico, pertanto, a comprendere come si possa sconsigliare da parte di una sensibile dottrina (da ultimo, part., A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo*, cit., 190) l’adozione di una disciplina costituzionale relativa alla gestione delle emergenze.

Ha, poi, fatto il paio con l’improvvisazione degli organi della direzione politica l’orientamento politico – ché di questo, a conti fatti, si tratta – degli organi di garanzia, obbligati a chiudere un occhio (e, forse, tutti e due...) davanti alle iniziative dei primi, antepoendo la “logica” della forza del fatto a quella della forza della Costituzione [sulle più salienti tendenze della giurisprudenza costituzionale, specie con riguardo al *self-restraint* dimostrato in relazione alla pandemia da covid-19, v., tra gli altri, M. DELLA MORTE, *La Corte decidente negli squilibri di sistema*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), 1/2023, 1° giugno 2023, 112 ss., spec. 137 ss.; di una sostanziale “deferenza” dimostrata dai più salienti indirizzi della giurisprudenza costituzionale nei riguardi della “effettività politica” discorre, ora, anche A. CARDONE, *op. ult. cit.*, 233 ss.].

<sup>55</sup> Anche solo ad appuntare l’attenzione sulla fiducia, come da taluno si propone al fine della caratterizzazione della forma di governo, si pensi al sostanziale svilimento della motivazione degli atti parlamentari, cui il Costituente ha invece voluto assegnare cruciale rilievo [in tema, M. MALVICINI, *Appunti sull’obbligo di motivazione delle mozioni di fiducia nell’ambito dell’ordinamento costituzionale italiano*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](http://Rivista del Gruppo di Pisa), 1/2023, 21 aprile 2023, 159 ss.; su ciò, anche a breve].

posto univoche e chiare indicazioni, utili a dare un qualche orientamento alle pratiche sia dei decisori politici che dei garanti.

Al vuoto risultante dal quadro costituzionale fa da *pendant* un assetto politico-istituzionale connotato da una folla di elementi portati ad accavallarsi confusamente l'uno sull'altro e senza sostanziale costruito. Si danno, nondimeno, alcune tendenze che parrebbero ormai essere particolarmente marcate, quale quelle relative alla concentrazione del potere in capo al Governo (e, per esso, segnatamente al Presidente del Consiglio) ed al ribaltamento dell'ordine delle fonti, con la emersione prepotente sulla scena proprio di atti normativi privi di richiamo nella Carta, cui fa da *pendant* la emarginazione della fonte per antonomasia, in cui s'incarna la rappresentanza politica, la legge, anche per effetto dell'innaturale esercizio di poteri politico-normativi da parte di sedi di apparato slegate dalla rappresentanza stessa e, per ciò pure, portate a svuotare di pratico senso il valore democratico. Insomma, la forma di governo appare ad oggi alla ricerca della sua vera, genuina identità o – si preferisce qui dire – della sua forma. Ed occorre allora chiedersi se si intravedano le condizioni perché la ricerca stessa possa, in un futuro non lontano, concludersi con un qualche profitto ed eventualmente cosa possa farsi per favorire quest'esito.

La questione di fondo è se convenga seguitare ad avere anche per l'avvenire una forma di governo “a bassa razionalizzazione”<sup>56</sup>, quale che sia poi il modello concretamente adottato, se – come a me pare convenga – rimanendo pur sempre nell'*hortus conclusus* del governo parlamentare, in una delle sue non poche varianti, ovvero se convenga passare, con un autentico salto nel buio<sup>57</sup>, al modello presidenziale ovvero ancora ad uno a questo comunque variamente ispirato.

Un punto è, ad ogni buon conto, a mia opinione da tener fermo; ed è quello che fa capo alla distinzione dei ruoli tra organi di garanzia ed organi della direzione politica, per un verso, e, per un altro verso, al ruolo non meramente coreografico e simbolico bensì di sostanza delle Camere.

La confusione dei poteri, infatti, ponendosi in frontale contraddizione con il principio della separazione dei poteri stessi, fa suonare le campane a morto per la Costituzione (e, per ciò stesso, il suo cuore pulsante, i diritti fondamentali), giusta la definizione, ad oggi insuperata, datane nel già richiamato art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789<sup>58</sup>; e va pertanto scongiurata o, quanto meno, contenuta nelle sue più vistose espressioni<sup>59</sup>. L'emarginazione ed il vero e proprio svilimento del ruolo giocato nel sistema dal Parlamento, poi, porta allo svuotamento della rappresentanza e, dunque, come si diceva, del valore democratico, in una delle sue emblematiche espressioni.

Come fare, però, per centrare l'obiettivo qui prefigurato a fronte dell'esperienza ad oggi maturata, vistosamente di segno avverso?

Ebbene, se si conviene – come devesi – che la forma di governo è data da un *mix* di regole e di regolarità, gli interventi a finalità correttiva hanno da svolgersi su entrambi i piani, con riguardo cioè ad ogni specie di “regola” (in senso lato). Per l'un verso, poi, gli interventi stessi, pur dovendo avere in primo luogo ad oggetto la Carta, devono riguardare altresì le fonti dalle quali nel modo più immediato e diretto risulta la conformazione della forma stessa (a partire dai regolamenti camerati

---

<sup>56</sup> ... secondo la puntuale qualifica datane da O. CHESSA, *L'incerto monismo. Modello e prassi della forma di governo negli anni 1953-1970*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 31 ss.

<sup>57</sup> Mi sono sforzato di rappresentarne le ragioni nel mio *Riforme costituzionali: quali e perché?* in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2023, 24 aprile 2023, 107 ss.; cfr. i punti di vista espressi in occasione del seminario su *Riforme istituzionali e forme di governo. Un confronto*, Roma 17 maggio 2023, in [federalismi.it](http://federalismi.it), focus *Riforme istituzionali e forma di governo*, 7 giugno 2023.

<sup>58</sup> Sul principio in parola, dopo G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano I (1979) e II (1984), v., di recente, C. PINELLI, *Separation of powers. Past, present and future*, in *Diritti Comparati*, 1/2023, 310 ss., e G. D'AMICO - D. TEGA, *La Costituzione italiana e la separazione dei poteri: le scelte dell'Assemblea Costituente tra modelli storici e contesto politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2023, 89 ss. Ha opportunamente rammentato C. PINELLI, *Forme di Stato e forme di governo*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 19 maggio 2020, 285, che la separazione dei poteri si pone a presupposto della definizione della forma di governo.

<sup>59</sup> Un vigoroso appello al ripristino dell'ordine costituzionale dei poteri è di recente venuto anche da M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023.

e, soprattutto, dalla disciplina elettorale). È chiaro, però, che la base su cui deve poggiare il moto riformatore al fine di potersi svolgere nel modo più lineare ed incisivo possibile è (e resta) quella apprestata dalla Carta. L'esperienza c'insegna che le indicazioni da questa stabilite si sono rivelate insufficienti. Senza, dunque, far luogo ad una nuova disciplina innaturalmente minuta e dettagliata, non congeniale alla sede destinata ad ospitarla, occorre dar vita a svolgimenti normativi maggiormente adeguati di quelli dovuti alla mano del Costituente. Come mi è venuto di dire in altre occasioni<sup>60</sup>, *la malizia del potere si combatte anche con la malizia della Costituzione*. Occorre, cioè, mettere le forze politiche davanti alle loro responsabilità, obbligandole ad uscire allo scoperto, laddove intendano discostarsi dal solco tracciato nella Carta, non già dar modo loro di giovare strumentalmente della laconicità (e, in qualche punto, vera e propria ambiguità) del dettato costituzionale per far luogo a pratiche di governo distorsive del modello per esse pur se in modo largamente approssimativo delineato. Così, per fare ora solo un esempio indicativo di quanto si viene dicendo, si potrebbe pensare di introdurre anche da noi l'ingranaggio della sfiducia costruttiva<sup>61</sup>, allo stesso tempo corredando di ulteriori precisazioni concettuali e normative il disposto relativo alla motivazione degli atti parlamentari riguardanti la relazione fiduciaria e, laddove giudicato opportuno, facendo obbligo della "parlamentarizzazione" delle crisi aperte dal Governo, non però – sia chiaro – limitandosi a sue manifestazioni meramente apparenti e francamente mistificatorie, secondo quanto peraltro – come si sa – si è avuto in talune circostanze<sup>62</sup>. I rimedi appena indicati o altri ancora che, nel medesimo ordine di idee, si reputino consigliabili possono, nondimeno, assicurare tutt'al più una maggiore stabilità del Governo<sup>63</sup>, non già tuttavia garantire un'ottimale attività di direzione politica, al servizio dei più avvertiti e pressanti bisogni. Ed anzi, come si è fatto notare altrove, la stabilità potrebbe rivelarsi un autentico *boomerang* laddove ad essa non dovesse accompagnarsi un'efficace azione di governo<sup>64</sup>.

Il cuore del problema – come si vede – è nelle regolarità, più (e prima ancora) che nelle regole, per quanto sia indubbio che entrambe le specie di "regole" (largamente intese) si condizionino variamente a vicenda. Sono i partiti e il "sistema" dagli stessi composto a richiedere una corposa, complessiva opera di bonifica, di palingenesi interna, riguardante tanto l'organizzazione quanto i

---

<sup>60</sup> V., già, il mio *Stato di diritto e dinamica istituzionale (Spunti per una riflessione)*, in *Pol. dir.*, 1990, 371 ss., e, più di recente, *Il "non normato" costituzionale e le sue specie*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 3/2022, 10 ottobre 2022, 37 ss., spec. 47 ss.

<sup>61</sup> Si ragiona della opportunità della sua adozione nel mio *Riforme costituzionali: quali e perché?* cit., spec. 134 ss., non tacendosi tuttavia gli inconvenienti che ad ogni buon conto potrebbero derivarne. Sulla innovazione in parola, ora, S. BONFIGLIO, *La scelta del Premier nei sistemi parlamentari*, cit., 200 ss.

<sup>62</sup> Di una "parlamentarizzazione" di tipo debole o, diciamo pure, di una "pseudoparlamentarizzazione" delle crisi di governo si è discusso nel mio *Le crisi di governo tra ridefinizione delle regole e rifondazione della politica*, Giuffrè, Milano 1990.

<sup>63</sup> ... a riguardo della quale di particolare interesse è il quadro ricostruttivo fattone, anche in relazione alle esperienze maturate in altri Paesi, da S. TROILO, *La stabilità dei Governi nei regimi parlamentari europei: qualche riflessione alla luce dei dati statistici*, in [federalismi.it](#), 1/2023, 11 gennaio 2023, 276 ss.

<sup>64</sup> Nulla v'è infatti di peggio di un Governo e di una maggioranza che docilmente lo asseconi palesemente dimostratisi inidonei a far fronte alle responsabilità alle quali sono istituzionalmente chiamati e, tuttavia, non rimuovibili, in base alla ferrea legge dei numeri ed alla "logica" stringente del governo parlamentare. Colgo, tuttavia, l'opportunità oggi offertami per prendere, ancora una volta, le distanze dalla comune opinione, fatta propria anche da coloro che si sono avvicinati nella carica di Capo dello Stato, secondo cui, laddove la maggioranza parlamentare tenga ferma la fiducia nel Governo, non si darebbe spazio alcuno per lo scioglimento delle Camere. Le cose, però, come si è tentato di mostrare nel mio scritto da ultimo richiamato, non stanno affatto così, se si ha a cuore – come qui pure si è venuti dicendo – di riguardare le vicende della forma di governo alla luce del valore democratico, nel suo fare "sistema" con i valori fondamentali restanti. Ed il valore suddetto sollecita, a mia opinione, a far luogo all'appello al popolo in presenza di mutamenti di sostanza nella composizione della maggioranza, vale a dire nella formula politica, e/o nell'indirizzo politico rappresentato nelle sue linee portanti alla pubblica opinione in vista della consultazione elettorale dagli schieramenti politici in campo.

metodi e le pratiche di esercizio del potere<sup>65</sup>. Il punto è, però, che a siffatta opera dovrebbero mettere mano gli stessi soggetti che ne sono quindi riguardati<sup>66</sup>; e, per un verso, non è affatto detto che si rendano a ciò disponibili e, per un altro verso, che siano davvero capaci di farvi luogo.

Il vero è che le radici da cui si tengono e copiosamente si alimentano le non poche, gravi disfunzioni di ordine politico, di cui si è avuto riscontro, affondano negli strati più profondi del corpo sociale; ed è in questi che, pertanto, occorre porre mano ad una profonda palingenesi fermamente orientata verso l'etica pubblica repubblicana cui dà voce la Carta<sup>67</sup>.

È bene, infatti, non dimenticare che i politici e le formazioni da essi composte non vengono da un altro pianeta ma sono estratti dalla società e di questa, pertanto, riproducono pregi e difetti. Sono da tempo persuaso (e vado, anzi, sempre di più rafforzandomi nel convincimento) che, pur essendo plurime le cause che hanno determinato lo stato di cose che si è qui tentato con molta approssimazione di rappresentare, la più rilevante di esse abbia – come si diceva – natura culturale. Non è, infatti, per mero accidente che il tratto negativo maggiormente vistoso delle attività di carattere politico sia dato dalla incapacità di progettare uno sviluppo complessivo della società, congruo rispetto alle numerose ed impegnative sfide del tempo presente, particolarmente acuitesi – come pure si faceva notare – nel tempo delle emergenze.

È per ciò che il mondo della scuola e della cultura in genere, unitamente alle forze più vive della società, è esposto in prima linea in quest'opera complessiva di rifacimento della struttura di quest'ultima, chiamato a far luogo ad un'attività capillare ed incisiva di sensibilizzazione in ordine ai più avvertiti bisogni, ricercandone soluzioni comunque orientate verso la Carta costituzionale, i valori fondamentali in essa trascritti, i canoni volti a darvi specificazione-attuazione.

La forma di governo – come si è tentato di mostrare – è, dunque, condannata a restare senza forma (o, meglio, senza una forma nitidamente visibile e compiuta) laddove, per un verso, la Costituzione seguiti a risultare non provvista di ulteriori indicazioni idonee a rendere più salde ed attrezzate a difendersi quelle in atto esistenti, a mezzo delle quali ne sono delineati i tratti più qualificanti ed espressivi, e, per un altro verso, non si innovino, dotandole di maggiore stabilità ed incisività, le regole affermatesi in via di fatto, fin qui – come si è veduto – alquanto appannate, oscillanti e – ciò che più importa – vistosamente debordanti da argini costituzionali comunque non adeguati a contenerne le più vigorose manifestazioni. Ciò che, nondimeno, richiede una “qualità” del personale politico ben più elevata di quella di cui si ha al presente riscontro e – ciò che, forse, maggiormente importa – una scrupolosa osservanza da parte di una sua larga parte dei doveri costituzionali, a partire da quello di fedeltà alla Repubblica<sup>68</sup>, unitamente ad una spiccata, sensibile attenzione nei riguardi dei valori fondamentali positivizzati, specie di quelli ai quali fanno appello le persone maggiormente deboli e vulnerabili al fine di avere un qualche appagamento dei loro più pressanti bisogni.

---

<sup>65</sup> Notazione largamente diffusa e peraltro – come si sa – risalente: da ultimo e per tutti, A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo*, cit., spec. 280 ss.

<sup>66</sup> Il timore è, insomma, che gli operatori politici possano coltivare l'insano proposito di tirarsi fuori dal pantano in cui si trovano con lo stesso metodo del Barone di Münchhausen...

<sup>67</sup> Ho già manifestato questo mio convincimento in altri luoghi, tra i quali [La forma di Stato a-democratica \(cause, effetti, rimedi\)](#), in questa *Rivista*, 2023/I, 285 ss., spec. 294 s.

<sup>68</sup> Mi piace, dunque, chiudere lo studio così come l'ho aperto, facendo richiamo del dovere in parola che, per il modo con cui io lo vedo, riveste un ruolo di cruciale rilievo nelle più salienti dinamiche sia della forma di governo e sia pure (e soprattutto) della forma di Stato.

**Agatino Cariola**  
**Fonti e “non fonti” parlamentari.**  
**Il difficile percorso della Corte costituzionale sulle competenze del Parlamento**  
**in materia di vitalizi\***

*ABSTRACT: With sentence no. 126 of 2023, the Constitutional Court decided on a conflict of attribution raised by the Chamber of Deputies against the Tribunal of Lecce which had ordered the forced execution of the social security treatment in favor of a former parliamentarian, without applying a regulation adopted on the subject by the same Chamber. The constitutional Judge considered that the jurisdictional provision violated the autonomy recognized to Parliament.*

*The comment notes that the Court's decision took place without the participation of the third creditor who had acted to obtain payment of his credit, the Agenzia delle Entrate in the matter. And it is criticized that was requested the application of an internal act of the Chamber which is not published. The fact once again raises the problem regarding the basis of the parliamentary power to decide on one's own organization and activity when third party positions are involved. In criticism of the constitutional jurisprudence that has always identified this foundation in the sovereignty of the Parliament, the comment proposes to trace it in the free decision of those who agree to submit to the same parliamentary power.*

SOMMARIO: 1. La vicenda in fatto. – 2. Quante fonti disciplinano i vitalizi? Ma se tali fonti sono concorrenti come si fa ad escluderne una dal sindacato ex art. 134 Cost.? – 3. È possibile una sentenza della Corte costituzionale nulla? – 4. L'assenza di tono costituzionale in una fattispecie in cui si tratta solo di tasse evase. – 5. La legittimazione del diritto parlamentare. – 6. L'impossibilità di assumere fonti del diritto scritto in mancanza di pubblicazione esterna.

### 1. La vicenda in fatto

La [sentenza n. 126/2023](#) merita di essere segnalata perché, a mio parere, mostra tutta la difficoltà del giudice costituzionale a rimanere fedele alla sua impostazione che non qualifica i regolamenti parlamentari quali atti aventi forza di legge (almeno) ai sensi dell'art. 134 Cost., elaborata sulle tracce della [decisione n. 9/1959](#) da Corte costituzionale [n. 154/1985](#) e poi, ancora dalla [sentenza n. 120/2014](#).

La vicenda in fatto non può essere trascurata, sebbene essa si leghi poi a quella processuale. L'Agenzia delle entrate ha agito avanti il Tribunale di Lecce nei confronti di un ex parlamentare per portare ad esecuzione un titolo giudiziario per tasse evase. Il Tribunale di Lecce ha assegnato all'Agenzia l'intero importo del credito erariale a valere su cd. vitalizio goduto dall'ex parlamentare. La Camera dei deputati, allora, terzo esecutato alla stessa stregua di un istituto di credito presso cui si intrattengono rapporti di conto corrente, ha sollevato conflitto di attribuzione nei confronti del Tribunale di Lecce, sostenendo che l'esecuzione sul vitalizio sarebbe potuta avvenire solo nei limiti indicati dall'art. 15 del suo «*regolamento per gli assegni vitalizi dei deputati, approvato dall'Ufficio di presidenza nella riunione del 30 luglio 1997, nel testo modificato con delibera dello stesso Ufficio 9 febbraio 2000, n. 195, applicabile razione temporis, che estende a detti trattamenti i limiti di pignorabilità previsti dall'art. 545 del codice di procedura civile (nella formulazione all'epoca vigente)*», (dal *Ritenuto in fatto*, punto 1).

Insomma, la Camera ha difeso il diritto dell'ex parlamentare ad essere esecutato solo alle condizioni stabilite dal suo regolamento, anche se analoghe a quelle contenute nella norma di legge, e cioè entro la misura del quinto sulla parte eccedente l'assegno sociale.

Nella fase di ammissibilità del conflitto la stessa Corte ha indicato la necessità di notificare il ricorso solo al Senato della Repubblica, per l'omogeneità della posizione rispetto all'altro ramo del Parlamento, ed al Tribunale di Lecce ([ordinanza n. 250/2022](#), ricordata anche nella sentenza annotata). È certo superfluo ricordare che per l'art. 37 l. n. 87/1953 è il giudice costituzionale a delimitare l'ambito – per così dire soggettivo – del conflitto tra poteri, in un governo del processo che si svolge davanti lo stesso del quale si rivendica l'esclusività. Nessuna notificazione è stata fatta al

---

\* 

creditore procedente, malgrado quest'ultimo fosse un soggetto pubblico, anzi – trattandosi dell'erario – il soggetto pubblico per eccellenza.

All'esito del giudizio, la [sentenza n. 126/2023](#) ha accolto il conflitto di attribuzioni ed ha annullato il provvedimento giurisdizionale di assegnazione dell'intera somma. Ha confermato la legittimazione attiva e passiva della Camera dei deputati e del Tribunale di Lecce: il che è un esito scontato. Ha re-interpretato la sua [sentenza n. 237/2022](#), sul fondamento dei cd. regolamenti minori, ammettendo che dal potere del Parlamento di disciplinare la propria organizzazione *ex art. 64 Cost.* discende anche quello di normare, «*con propri regolamenti, anche cosiddetti "minori" (in quanto promananti dagli Uffici di presidenza delle Camere), alla stregua di quanto del resto è sino ad oggi avvenuto, i cosiddetti vitalizi dei deputati, pur essendo anche possibile una disciplina di tali trattamenti da parte della legge (sentenza n. 237 del 2022)*» (*Considerato in diritto*, punto 7). A questo punto la decisione si è spinta nella giustificazione della limitazione all'esecuzione forzata disposta nel regolamento parlamentare minore: i vitalizi parlamentari hanno ormai una funzione previdenziale, e questa ha una copertura costituzionale nell'art. 38 Cost.; il limite alla pignorabilità dei trattamenti pensionistici è già stabilito dalla legge, appunto dall'art. 545 cpc; ed alle stesse condizioni e nella medesima misura l'art. 15 del regolamento camerale può incidere sul diritto dei terzi creditori a soddisfarsi. L'intero punto 9 della motivazione è dedicato ad illustrare che non ci sarebbe violazione del diritto dei terzi perché il limite sarebbe già nell'ordinamento generale: «*la posizione giuridica dei terzi creditori procedenti in executivis non è alterata dalla circostanza che il credito pignorato sia un vitalizio di un parlamentare; il limite alla pignorabilità è lo stesso che l'ordinamento giuridico (art. 545 cod. proc. civ.) fa discendere dalla natura previdenziale del credito*».

Anzi, per chi è attento alle tecniche motivazionali va rilevato che l'argomentazione circa la pretesa mancata compromissione del diritto dei terzi creditori è ripetuta ben tre/quattro volte: proprio l'insistenza sul motivo mostra che la menomazione della sfera giuridica dei terzi avviene per opera di un atto del quale può dubitarsi che sia fonte del diritto adeguata ad incidere sulla sfera patrimoniale dei terzi.

2. *Quante fonti disciplinano i vitalizi? Ma se tali fonti sono concorrenti come si fa ad escluderne una dal sindacato ex art. 134 Cost.?*

La sentenza suscita appunto più riflessioni critiche.

La prima osservazione si ricollega alla precedente [decisione n. 237/2022](#), che ha posto un problema già segnalato da varie parti e cioè che, sulla scorta dell'art. 69 Cost., anche la disciplina dei vitalizi dovrebbe essere stabilita con legge. Non solo: se è stabilita una riserva di legge – anche relativa – occorre che la norma primaria stabilisca almeno con una certa determinazione i criteri da applicare da parte di altre fonti (e quindi di altri soggetti).

Invero, la [sentenza n. 237](#) non si è spinta sino in fondo: se i vitalizi devono essere stabiliti con legge, la loro previsione nei regolamenti cd. minori adottati solo dagli uffici di presidenza delle Camere è del tutto illegittima. I vitalizi sono purtroppo senza idonea base normativa e, peraltro, il loro contenuto risponde ad un precetto – e quindi ad un valore – costituzionale quale quello dell'art. 38 Cost.<sup>1</sup>

In ipotesi del genere, l'invito al Parlamento del giudice costituzionale avrebbe ben potuto essere in quell'occasione quello di riportare alla fonte legislativa primaria la disciplina dei vitalizi, convalidando così quanto per decenni si è fatto, ma al tempo stesso affermando la necessità di rispettare una stretta legalità per il futuro.

Nella [decisione del 2022](#) ed ancora in [quella più recente](#) la Corte costituzionale ammette che tra legge e regolamento parlamentare (addirittura minore) ci sia una sorta di concorrenza: questo fa venir

---

<sup>1</sup> Sul punto *amplius* E.M. PLATANIA, *Vitalizi traditi. Le modifiche del trattamento previdenziale dei parlamentari* (in corso di pubblicazione).

di colpo meno tutte le ricostruzioni teoriche sulla riserva di regolamento parlamentare e, quindi, sul rapporto tra legge e regolamento parlamentare quale tipica espressione del criterio di competenza.

Qua si vuole sottolineare una circostanza, e cioè che se – sulla base appunto delle due sentenze in questione – legge e regolamento possono disciplinare la stessa materia (almeno in parte), non vi è ragione di distinguere tra la prima ed il secondo ai sensi dell'art. 134 Cost. La *ratio* della [sentenza n. 154/1985](#) è, invero, del tutto superata. Né giova ripetere che in sede di conflitto di attribuzione è possibile conoscere dei regolamenti parlamentari, perché tale affermazione risulterebbe appunto poco comprensibile dopo la [sentenza n. 126](#). Questa decisione è stata in sostanza un giudizio di legittimità sulla regola dettata da un regolamento parlamentare. Anzi: un giudizio che ha usato quale *tertium comparationis* una norma dell'ordinamento generale, ossia l'art. 545 cpc. Ma a questo punto la tesi che i regolamenti non possono essere sottoposti a sindacato di costituzionalità cade. Si immagini solo che, invece, di riferirsi alla norma del codice di rito civile il regolamento camerale avesse posto una diversa regola di esecuzione a carico degli *ex* parlamentari o solo avesse disposto la competenza degli organi di autodichia parlamentare a decidere sulla pignorabilità dei vitalizi<sup>2</sup>: vicenda che non si è verificata e, pertanto, che la Corte non ha mai affrontato, ma che potrebbe essere coerente con le [decisioni nn. 154/1985](#), [120/2014](#) e [237/2022](#), oltre che con la tesi ora sostenuta che la previsione regolamentare sarebbe espressione dell'«*autonomia normativa [delle Camere] sancita dall'art. 64, primo comma, Cost., autonomia che è connotato essenziale ai fini del riconoscimento della «posizione di “assoluta indipendenza” del Parlamento» (sentenza n. 231 del 1975) e dunque del libero ed efficiente svolgimento delle funzioni dello stesso (sentenza n. 262 del 2017)*».

Ma si pensi anche all'ipotesi che una disciplina sia ripetuta e nella fonte di legge e nel regolamento parlamentare (il che, poi, sarebbe avvenuto nella vicenda di specie). In tutte queste ipotesi risulterebbe artificioso che la Corte possa giudicare *ex art. 134 Cost.* sulla porzione di disciplina stabilita per legge, ma non su quella stabilita nel regolamento parlamentare. Insomma, il risultato che ha portato sinora ad escludere il sindacato diretto *ex art. 134*, primo alinea, sui regolamenti parlamentari risulta debole dopo le sentenze sui vitalizi e va abbandonato del tutto<sup>3</sup>.

A mio modo di vedere la Corte avrebbe dovuto sollevare davanti a se stessa questione di costituzionalità dell'art. 545 cpc nella parte in cui non prevede i vitalizi parlamentari tra «*le somme da chiunque dovute a titolo di pensione, di indennità che tengono luogo di pensione o di altri assegni di quiescenza, ...*». Ma così facendo e, poi, magari accogliendo la questione, avrebbe ricondotto i vitalizi al fondamento legislativo primario che è sì l'esito coerente all'art. 69 Cost., prefigurato dalla [sentenza n. 237/2022](#), ma al quale risulta ancora difficile accedere forse per resistenze di ordine culturale e istituzionale.

### 3. È possibile una sentenza della Corte costituzionale nulla?

Prima di procedere oltre, però, va rilevata – ed è il caso di dirlo – la nullità della [sentenza n. 126/2023](#) e, comunque, la sua inapplicabilità alla vicenda da cui ha preso le mosse.

Nel giudizio per conflitti di attribuzione interorganici l'individuazione di chi evocare in giudizio è rimessa in gran parte alla decisione della stessa Corte in fase di ammissibilità del ricorso: «*se la Corte ritiene che esiste la materia di un conflitto la cui risoluzione spetti alla sua competenza dichiara ammissibile il ricorso e ne dispone la notifica agli organi interessati*», art. 37 della l. n. 87/1953. L'art. 26 delle [Norme integrative](#) non aggiunge alcuna disciplina in ordine ai soggetti da evocare in giudizio.

---

<sup>2</sup> Sugli organi di autodichia, anche qui per tutti e per gli ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, cfr. G.A. FERRO, *Autodichia parlamentare e camouflagge dei conflitti interorganici (all'ombra della Cedu)*, in [Rivista AIC](#), 2015 e, più di recente, l'accurato studio monografico di A. LO CALZO, *L'autodichia degli organi costituzionali. Il difficile percorso dalla sovranità istituzionale alla garanzia della funzione*, Napoli 2018, *passim*.

<sup>3</sup> Sul tema cfr. i classici lavori di G. G. FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Milano 1986; e M. MANETTI, *La legittimazione del diritto parlamentare*, Milano 1990.

Nella vicenda è accaduto che l'[ordinanza n. 250/2022](#) della Corte costituzionale ha disposto la notificazione del ricorso e della stessa ordinanza di ammissibilità solo al Tribunale di Lecce ed al Senato della Repubblica perché interessato alla definizione della questione di diritto, ma non all'Agenzia delle entrate, il creditore soggetto terzo la cui sfera giuridica patrimoniale pur era incisa dal conflitto.

Se ciò fosse avvenuto presso qualsiasi altro organo giurisdizionale, la decisione adottata sarebbe nulla (cfr. Cass. n. 11308/2020, n. 3543/2023, n. 21314/2023, a proposito della necessaria sottoposizione di ogni questione al contraddittorio processuale tra le parti; e Cass. n. 4665/2021, sulla nullità dell'intero procedimento per la mancata integrazione del contraddittorio e per l'affermazione del consolidato *«principio secondo cui, quando risulti "integrata la violazione delle norme sul litisconsorzio necessario, non rilevata né dal giudice di primo grado, che non ha disposto l'integrazione del contraddittorio, né da quello di appello, che non ha provveduto a rimettere la causa al primo giudice ai sensi dell'art. 354, comma 1, cod. proc. civ., resta viziato l'intero processo e s'impone, in sede di giudizio di cassazione, l'annullamento, anche d'ufficio, delle pronunce emesse ed il conseguente rinvio della causa al giudice di prime cure, a norma dell'art. 383, comma 3, cod. proc. civ.»*), ed ivi citazione di Cass. nn. 23315/2020, 6644/2018, 18127/2013, 8825/2007).

È strano che la Corte costituzionale non abbia avvertito da subito la necessità di chiamare in giudizio il terzo creditore procedente, appunto l'Agenzia delle entrate: di fatto il conflitto sollevato dalla Camera dei deputati ha svolto la funzione di far giudicare alla Corte l'art. 15 del regolamento camerale sui vitalizi, come se si fosse trattato di un'eccezione di incostituzionalità proposta in via incidentale. Ma allora il terzo parte del giudizio – proprio l'attore creditore procedente – non poteva essere tenuto fuori.

È noto il percorso che la Corte costituzionale ha compiuto per ammettere l'intervento del parlamentare ovvero del consigliere regionale autore di dichiarazioni offensive a carico di qualcuno ed il soggetto terzo destinatario delle medesime affermazioni ([ordd. nn. 264/2000](#), [265/2001](#) e poi [sentenze nn. 76/2001](#), [172/2002](#), [154/2004](#), [386/2005](#), [195/2007](#)). Ci si rese conto che tale esito era pressoché imposto *«dalla circostanza che l'esigenza del contraddittorio - fortemente riaffermata dalla nuova formulazione del secondo comma dell'art. 111 della Costituzione – si riflette anche sul piano della partecipazione al giudizio riservato a questa Corte, derivando da esso la risoluzione di un tema del tutto "pregiudiziale", quale è quello relativo alla sussistenza o meno nel caso concreto del potere di agire»* ([sentenza n. 76/2001](#)). E quando si fa riferimento all'art. 111 Cost. *naturaliter* si pensa all'art. 6 Cedu.

Non si comprende appieno perché alla luce di un siffatto quadro giurisprudenziale si sia scritta una decisione – a mio modo di vedere – inapplicabile perché nei fatti nulla<sup>4</sup>: una sentenza ha efficacia nei confronti delle parti interessate (citare l'art. 2909 cc risulta quasi imbarazzante), ma per tale effetto occorre che le parti siano citate in giudizio. L'Agenzia delle entrate può sempre dire che quella decisione non la tocca, perché non ha preso parte al procedimento per la sua adozione.

#### 4. L'assenza di tono costituzionale in una fattispecie in cui si tratta solo di tasse evase

Passando ad altro profilo va ricordata l'insistenza della stessa Corte costituzionale sull'esigenza di mantenere nei conflitti interorganici il cd. tono costituzionale ad evitare che i procedimenti avanti la Corte «non mettano capo a controversie di diritto comune» (ancora dalla [sentenza n. 76/2001](#)). La lezione di Carlo Mezzanotte è ancora viva nelle nostre menti.

Epperò, deve mettersi in dubbio che la vicenda della [sentenza n. 126](#) abbia siffatto tono costituzionale. Si trattava, infatti, di un ex parlamentare nei cui confronti l'Agenzia delle entrate aveva

---

<sup>4</sup> La nullità delle sentenze della Corte costituzionale per lo specifico motivo della totale assenza della parte motiva è stata prospettata da A. RUGGERI, *Note introduttive allo studio della motivazione delle decisioni della Corte costituzionale (ordini tematici e profili problematici)*, in A. Ruggeri (cur.), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, 25.



ottenuto un titolo per agire in via esecutiva e, quindi, di un soggetto che, per quanto investito di una carica pubblica da svolgere «*con disciplina ed onore*» come richiede l'art. 54 Cost. si è sottratto al dovere di solidarietà più intenso quale quello di «*concorrere alle spese pubbliche*» (art. 53)<sup>5</sup>.

Insomma, si trattava di una questione assolutamente bagatellare in ordine alla quale l'invocazione del "sacro" principio della sovranità parlamentare da preservare di fronte a menomazioni integrate da autorità giurisdizionali appare sproporzionato<sup>6</sup>.

Sollevando il conflitto la Camera dei deputati ha agito a tutela di un suo *ex* appartenente la cui condotta non appare meritevole di considerazione e la Corte costituzionale, purtroppo, ha adottato una decisione che di tono costituzionale non ha niente. Se si accoglie la tesi sulla quale la Corte ha insistito, e cioè che l'art. 15 del regolamento camerale alla fine non contiene una disciplina diversa da quella dell'art. 545 cpc, il medesimo criterio avrebbe dovuto spingere ad applicare sino in fondo gli strumenti del diritto comune. L'*ex* parlamentare aveva tutta la possibilità e l'obbligo di impugnare la decisione del Tribunale di Lecce percorrendo tutti i gradi del giudizio, e se per caso anche la Cassazione gli avesse dato torto non aveva che da rassegnarsi, come tutti i cittadini che si vedono soccombenti in una controversia giudiziaria.

Non si comprende perché solo per gli *ex* parlamentari deve intervenire la Corte costituzionale ovvero perché le Camere possano agire a tutela dei loro componenti con lo strumento del conflitto interorganico, mentre analoga possibilità non è data all'INPS o alle casse professionali delle varie categorie che pure erogano trattamenti previdenziali.

### 5. La legittimazione del diritto parlamentare

La [sentenza n. 126](#) ha dato rilievo al fatto che l'ordinamento parlamentare non può che riguardare i soggetti che liberamente scelgono di entrarvi e di avervi a che fare, ma non i terzi estranei: «*in generale, l'autonomia regolamentare della Camera non può spingersi fino a comprimere le situazioni soggettive di terzi nel processo esecutivo, qual sarebbe, in ipotesi, la limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740 cod. civ.)*».

L'assunto è in linea con la giurisprudenza costituzionale che, per l'appunto, esclude i regolamenti parlamentari dagli atti sottoponibili al suo sindacato di legittimità *ex art. 134*, primo alinea, Cost., che è poi la competenza più estesa del medesimo giudice costituzionale se non altro per il fatto di essere coerente con il modello kelseniano di un giudice che decide sulla costituzionalità delle norme di legge e per il carattere diffuso del procedimento, cioè a dire per la possibilità data ad ogni organo giurisdizionale di sollevare questioni accogliendo spesso eccezioni sollevate dalle parti e riproposte a Palazzo della Consulta.

La legittimazione del diritto parlamentare<sup>7</sup> riposa sugli artt. 64 e 72 Cost., cioè sulla necessità di disciplinare l'organizzazione interna delle Camere ed il procedimento legislativo: cioè a dire, tipici aspetti interni dell'attività parlamentare, definiti ancora e di fatto considerati *interna corporis acta*. Se si vuole, può dirsi che il diritto parlamentare detta le regole dell'agone politico (ma appunto per questo non può estendersi a disporre nei confronti di terzi).

Si può sostenere allora, come pure fa la Corte, che tali atti siano sottratti al sindacato di legittimità *ex art. 134*, primo alinea, Cost., e che la loro considerazione emerga solo nei conflitti interorganici con tutte le limitazioni che la giurisprudenza ancora vi assegna, ad iniziare dalla limitazione dei

---

<sup>5</sup> Metter conto di ricordare come, secondo la dottrina cattolica (che è tra i presupposti ideali della Costituzione del 1947), l'obbligo di versare le tasse sia ascrivito al campo di applicazione del settimo comandamento, che vieta di rubare, laddove tale peccato non potrebbe nemmeno assolversi se non si restituisce il maltolto. E qui, non può, per converso, non citarsi anche la lezione di un campione dell'anticlericalismo come E. ROSSI contro la corruzione politica ed economica poi compendiata in *Settimo non rubare*, Bari, 1952.

<sup>6</sup> Sembra di rivedere la cd. controversia liparitana che segnò la storia siciliana del Settecento ed ha attirato l'attenzione di molti studiosi, sino a L. SCIASCIA, *Recitazione della controversia liparitana dedicata ad A. D(ubceck)*, Torino, 1969. Solo che qui la [sentenza n. 126](#) sembra aver preso le posizioni del Vescovo di Lipari.

<sup>7</sup> Come è stato efficacemente definito da M. MANETTI, *La legittimazione del diritto parlamentare*, cit.

soggetti legittimati a prendere parte a tali giudizi. Ché se – come si è notato, ma come sarebbe stato corretto avvenisse – i terzi fossero ammessi in tali processi ben poco li differenzerebbe dai giudizi di legittimità.

Solo che, una volta accolto l'assunto della giurisprudenza costituzionale, lo stesso va applicato in via bidirezionale, e ciò comporta che anche il Regolamento *ex art. 64 Cost.* non può contenere norme che riguardano i soggetti terzi all'attività parlamentare.

Può ancora ammettersi che i funzionari delle Camere e le imprese che si propongono di fornire beni e/o servizi alle Camere, accettano anche per questo di sottoporsi all'autodichia oggi organizzata *ad instar* del procedimento giurisdizionale, secondo le vicende della [sentenza n. 154/1985](#) e [n. 120/2014](#).

Ma ciò richiede due precisazioni che si ritengono importanti.

La prima è che il fondamento di siffatta autodichia non è affatto la sovranità del Parlamento, come pure affermato dalla giurisprudenza costituzionale, ma – per quanto possa sembrare strano – la base del potere parlamentare (*rectius*: competenza) è la volontà del soggetto privato che decide di assumere servizio presso le Camere o di contrattare con esse. È, in altri termini, la libertà del terzo.

Accettando il rischio di apparire digressivo, sarebbe da ricordare l'acuta sentenza di Costantino Mortati [n. 32/1971](#) che spostò l'attenzione sul fondamento della giurisdizione ecclesiastica riguardo i matrimoni concordatari sulla volontà dei nubendi di accettare un rito ed i conseguenti effetti e per questo trovò una soluzione in cui l'art. 7 Cost. non veniva più in considerazione. Il che è poi la *ratio* dell'accesso alle giurisdizioni sportive, cioè a dire di tutte le volte in cui organi esterni allo Stato-persona esercitano poteri sostanzialmente giurisdizionali giacché decidono su controversie, in alternativa ed in assoluta indipendenza dagli organi statali.

L'autodichia delle Camere ridotta al rango delle giurisdizioni sportive e fondata sulla volontà dei soggetti che vi partecipano può sembrare uno scandalo, ma il punto è che veramente non la si riesce più a giustificare se non nei termini di un diritto comune che valorizza a più livelli ed in tanti contesti espressioni analoghe all'autonomia camerale.

La seconda riflessione attiene alla quantità ed alla qualità di siffatte deroghe alla giurisdizione comune, che dovrebbe chiamarsi universale. Perché se il sistema moltiplicasse le fattispecie di giurisdizione diverse da quelle ordinarie sino a mettere in forse l'effettività del controllo di legittimità affidato alla Corte di cassazione e, per quanto riguarda i valori fondamentali, al Giudice costituzionale, siffatto esito sarebbe del tutto improponibile perché metterebbe a rischio il principio di eguaglianza e, quindi, quello di solidarietà. Non vi sarebbe, infatti, ragione per i comuni cittadini di continuare a stare assieme (rispettare le leggi, pagare le tasse, eseguire le altre prestazioni personali e patrimoniali cui allude l'art. 23 Cost.), se ci fossero tanti statuti per i tanti gruppi e ceti, sì da ritornare ad un regime in cui vigerebbe il criterio personale di applicazione della legge.

#### 6. *L'impossibilità di assumere fonti del diritto scritto in mancanza di pubblicazione esterna*

A questo punto alla [sentenza n. 126](#) va opposta la considerazione che il regolamento camerale sui vitalizi non può avere efficacia nei confronti dei terzi (nemmeno se contenesse le previsioni più scontate e generiche) per il semplice motivo che lo stesso non è legge né è previsto da una legge.

Per l'art. 23 Cost., e più in generale per il principio di legalità, solo la legge può dettare prescrizioni che incidono sulla sfera personale o patrimoniale dei cittadini. Un atto diverso dalla legge (ad esempio un provvedimento amministrativo di espropriazione) può gravare sui cittadini ma solo sul fondamento ed entro i limiti e le condizioni stabiliti dalla legge formale, adottata dal Parlamento, sottoponibile a *referendum*, soggetta al controllo di costituzionalità della Corte, ecc.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Cosa succederebbe se fosse chiesto il *referendum* abrogativo sull'art. 545 cpc? Esso dovrebbe estendersi anche al regolamento parlamentare cd minore: esito impossibile. L'unica via sarebbe quella di ritenere che la previsione regolamentare è di rinvio mobile al contenuto dell'art. 545 cpc.

La regola generale in materia di responsabilità patrimoniale è l'art. 2740 c.c. che dispone che il debitore debba rispondere dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni, presenti e futuri. Tale norma è non a caso contenuta nel codice civile, un atto avente forza di legge (r.d. 16 marzo 1942, n. 262), in ossequio all'istituto della riserva di legge che regge l'intero sistema civilistico e quello processuale e che si trae dagli artt. 13, 23, 101 e 111 Cost.

Espressamente, poi, l'art. 117, comma 2, lett. 1), Cost., assegna alla sola legge dello Stato la materia «*giurisdizione e norme processuali*». Si tratta, come è noto, di una riserva di legge assoluta che non ammette l'intervento di fonti di altra natura. Non può intervenire a disciplinare pertanto la materia un regolamento parlamentare.

Lo si ripete: solo la legge o un atto di pari grado possono disciplinare la materia della responsabilità patrimoniale e quella processuale. La sussistenza di una vera e propria riserva di legge, il criterio gerarchico unito a quello di competenza impediscono ad una disposizione di rango inferiore o comunque diversa dalla legge di disciplinare la materia. È solamente per mezzo di un atto avente forza di legge che è possibile porre eccezioni alla norma dell'art. 2740 c.c.

Il regolamento parlamentare, invece, è atto con cui un ramo del Parlamento disciplina la sua organizzazione interna e il funzionamento degli organi e degli uffici che ne fanno parte. Per sua natura, quindi, il regolamento parlamentare non può regolare materie che involgano soggetti terzi rispetto agli appartenenti a detta Camera. Ciò comporta che nemmeno il "minore" regolamento sui cd. vitalizi, nel disciplinare la materia, possa prevedere limiti alla pignorabilità che inciderebbero sulle sfere di terzi non appartenenti alla camera di riferimento e pertanto estranei<sup>9</sup>.

Il regolamento parlamentare di una Camera non può porre disciplina in grado di interferire con la sfera giuridica di soggetti che non fanno parte di quel consesso. Per quanto si è detto la sua estraneità al controllo di costituzionalità sta o cade con l'efficacia meramente interna ed esso non può obbligare i terzi estranei.

A maggior ragione ciò vale per il regolamento sui vitalizi che non è affatto adottato ai sensi ed in applicazione dell'art. 64 Cost. Esso risulta solo da deliberazioni dell'ufficio di presidenza di ogni Camera, senza alcuna formalità: per la Camera art. 12 regolamento generale; per il Senato art. 12 regolamento generale. La notazione può risultare banale, ma il regolamento *ex art. 64* è espressione di una vera e propria riserva d'assemblea che, tra l'altro, attribuisce ad ogni parlamentare il potere di presentare emendamenti e di decidere su ogni singola parte del medesimo regolamento e sull'intero testo.

Il regolamento *ex artt. 64 e 72 Cost.* non è allora fungibile con nessun altro atto parlamentare.

Il regolamento sui vitalizi non è un atto normativo valido e/o efficace verso l'esterno tanto è vero che (nelle ricerche fatte) lo stesso non risulta pubblicato né in *Gazzetta Ufficiale*, come avrebbe dovuto essere se fosse appunto fonte del diritto, né risulta agevole rintracciarlo sui siti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Il profilo è dato tante volte come presupposto e così scontato da essere alla fine trascurato: un atto normativo valido *erga omnes* deve essere pubblicato sullo strumento predisposto dal medesimo ordinamento, e cioè la *Gazzetta Ufficiale*. Una legge non pubblicata *ex art. 73 Cost.* non si applica, puramente e semplicemente; e così un decreto-legge, un regolamento governativo o un regolamento dell'Unione Europea, prima della rispettiva pubblicazione.

Del resto, come farebbe un giudice ad applicare un atto non pubblicato?

Come si concilierebbe ciò con la regola *iura novit curia*, se manca proprio lo *ius* da poter conoscere?

---

<sup>9</sup> Invero A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 1991, 29, notava che i regolamenti minori sono sì espressione anch'essi di autonomia parlamentare e del *favor parlamenti*, ma aggiungeva che i loro autori, cioè gli uffici di presidenza, «*sono dotati di un'attitudine preferenziale a disciplinare i sub-procedimenti comunque connessi alle attribuzioni o alla organizzazione del parlamento*». Sul *favor parlamenti* vi sarebbe molto da discutere: lo Stato costituzionale mette in primo piano i diritti di libertà di uomini e donne ed il medesimo esercizio del potere pubblico è funzionale alla tutela dei diritti.

Il diritto scritto è per definizione sottoposto a pubblicazione<sup>10</sup>. L'art. 73 Cost. non è solo una regola procedurale, ma esprime un vero e proprio valore costituzionale, cioè quello di rendere i cittadini consapevoli del diritto che gli stessi debbono applicare e rispettare (art. 54 Cost.). La storia insegna che i popoli hanno pressoché da subito abbandonato il diritto consuetudinario ovvero lo hanno assai limitato entro i confini stabiliti dalla legge scritta e pubblicata. Si ricorderà, peraltro, che i regolamenti parlamentari del 1971 furono per la prima volta pubblicati in *Gazzetta Ufficiale*, a porre fine alle teorie che li qualificavano atti interni. È ovvio che quella fu soprattutto una scelta politica dettata dalla volontà di dar rilievo esterno alle regole del gioco che i regolamenti pongono per i soggetti politici.

Ma allora il cd regolamento sui vitalizi, mai pubblicato all'esterno, non è atto normativo efficace a dare la regola d'azione nei rapporti tra privati ed a vincolare il giudice, il quale – anche questo può risultare pleonastico – è soggetto solo alla legge *ex art.* 101 Cost. (ed agli atti ai quali questa rinvia). Il regolamento sui vitalizi è una non fonte. Un atto meramente interno la cui applicazione finisce per incidere sulla sfera patrimoniale di soggetti terzi integra una fattispecie di violazione dell'art. 1 del Primo Protocollo Cedu.

Risulta strano che la [sentenza n. 126/2023](#) abbia ignorato questi profili in una sorta di corto circuito (il rinvio della disciplina sui limiti all'esecuzione forzata nel regolamento sui vitalizi all'art. 545 cpc), trascurando che il diritto è fatto di regole e procedure e le competenze tra atti (e gli organi che ne sono autori) non sono sempre fungibili.

Se il Tribunale di Lecce si è rifiutato di fare applicazione al caso di specie dell'art. 545 cpc, da applicare in via analogica, questo è stato semmai solo un *error in iudicando* sindacabile dal giudice dell'impugnazione, ma non materia di conflitto costituzionale.

---

<sup>10</sup> Vedi, per tutti, i classici studi di G. ZANOBINI, *La pubblicazione delle leggi nel diritto italiano*, Torino 1917; A. PIZZORUSSO, *La pubblicazione degli atti normativi*, Milano 1963; A. D'ATENA, *La pubblicazione delle fonti normative*, Padova, 1974.

Angelica Gerosa, Alice Stevanato

Nel tempo e nello spazio: l'eredità di Serio Galeotti sui nuovi doveri di solidarietà\*

**ABSTRACT:** *In Serio Galeotti's papers on the value of solidarity, he provides a definition of solidarity as a sense of brotherhood, mutual assistance, and support in times of difficulty, a concept worthy of reflection in our current context. The intervention aims to answer the question of who the recipients of the principle of solidarity are. The reflection focuses on two different perspectives.*

*First, in terms of "time" and taking our cue from the recent constitutional reform of Article 9, which expressly mandates protection of the environment "also in the interest of future generations" we would like to explore the breadth of the principle of solidarity, asking, in particular, if exists a general principle of intergenerational solidarity, which requires the Legislature to balance the interests of those who will come after us not only with regard to the environment, but also with regard to economic resources, social security and artistic goods.*

*Reflection then focuses on environmental issues and the potential of the principle of solidarity between living generations inhabiting different places on Earth, even beyond state sovereignty. To this end, we want to reflect on what relationship exists between solidarity and "space", to see if it is possible to overcome the thesis that conceives of duties of solidarity only within a state, at least in reference to global events such as climate change. Starting from the assumption that man is nowadays the main culprit for climate degeneration, environmental protection has become a legally relevant question of justice, also because some countries, generally those least responsible for climate-changing emissions, are the most affected by the negative effects of climate change.*


SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi sul principio di solidarietà nel pensiero di Serio Galeotti e perimetro della ricerca. – 2. La solidarietà nel tempo. L'ambito applicativo del principio di solidarietà intergenerazionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – 3. (segue) e dopo la l. cost. n. 1/2022: un "passo indietro" rispetto all'elaborazione precedente? – 4. La dimensione spaziale dei doveri di solidarietà nell'articolo 10, comma 3, della Costituzione. – 5. Principio di solidarietà e migrazioni forzate: un'endiadi problematica alla prova del cambiamento climatico.

1. *Cenni introduttivi sul principio di solidarietà nel pensiero di Serio Galeotti e perimetro della ricerca*

Nei lavori del 1996 e del 1998<sup>1</sup> dedicati al valore della solidarietà, Serio Galeotti ci ha consegnato una definizione di solidarietà, intesa come «sentimento e rapporto di fratellanza, di reciproco aiuto e sostegno nelle difficoltà e nel bisogno, perché si è consapevoli che la sorte di ciascuno è legata a quella di tutti», su cui oggi è necessario continuare a riflettere.

Nonostante la terminologia usata dal Maestro, che può ricordare il lessico della morale o della religione, Galeotti specifica che il principio di solidarietà nell'ordinamento italiano si configura come un vero e proprio principio giuridico di natura costituzionale dalla portata prescrittiva<sup>2</sup>.

Com'è noto, la sua base giuridica si rintraccia, anzitutto, nell'art. 2, comma 2, Cost., che prevede, oltre al riconoscimento e alla garanzia dei diritti inviolabili, anche l'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Questo principio è, inoltre, richiamato anche in altre disposizioni che, enunciando singoli doveri (come il dovere di voto civico ex art. 48 Cost. o

\*  Contributo selezionato a seguito di una Call e destinato anche agli Atti del Convegno: "In dialogo con Serio Galeotti a cento anni dalla nascita: dei grandi temi del diritto costituzionale", tenutosi presso l'Università degli Studi di Bergamo il 15 dicembre 2022. Benché il presente contributo sia frutto di una riflessione comune, i paragrafi 2 e 3 sono da attribuire ad Angelica Gerosa e i paragrafi 4 e 5 ad Alice Stevanato; il paragrafo 1 è stato scritto congiuntamente.

<sup>1</sup> S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà nella costituzione italiana*, in *Diritto e società*, 1/1996, 1-24, pubblicato anche in *Liber amicorum in onore di Vittorio Frosini*, Milano, Giuffrè, 1998, 107-131.

<sup>2</sup> Cfr. S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, cit., 4 ss.; L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), n. 1/2016, 45 ss.

quello di concorrere alle spese pubbliche di cui all'art. 53 Cost.), sottendono la solidarietà politica, economica e sociale.

In alcuni casi, ancora, la solidarietà emerge come limite a diritti e libertà riconosciuti dalla stessa Costituzione. È il caso, ad esempio, del diritto alla salute che, nella sua accezione negativa, cioè il diritto di non curarsi, incontra il limite dei trattamenti sanitari obbligatori, giustificabile se sussiste un interesse generale della collettività.

Infine, hanno fondamento solidaristico anche quelle disposizioni che pongono a carico dello Stato obblighi di prestazioni, con la finalità di promuovere l'uguaglianza sostanziale. Il riferimento è anzitutto all'art. 3, comma 2, Cost., ma anche, ad esempio, all'art. 31 Cost. sulla tutela della maternità, dell'infanzia e della gioventù, o all'art. 32 Cost. sulla tutela della salute.

Nel presente contributo ci si vuole interrogare su chi sia ricompreso in quel "tutti" a cui si riferiva Galeotti, con una riflessione che si articolerà in due differenti prospettive.

In primo luogo, con riguardo al "tempo" e prendendo le mosse dalla l. cost. n. 1/2022 di riforma dell'art. 9 Cost., che espressamente impone una protezione dell'ambiente «anche nell'interesse delle future generazioni», si vuole approfondire l'ampiezza del principio di solidarietà, chiedendosi, in particolare se, accanto alle tradizionali forme di solidarietà verticale e orizzontale, possa oggi ritenersi esistente anche un generale principio di solidarietà intergenerazionale che impone al legislatore di bilanciare con gli interessi delle generazioni del presente gli interessi di coloro che verranno dopo di noi. In particolare, il quesito cui si cercherà di rispondere è se le generazioni future debbano essere tutelate soltanto in materia ambientale, come pare suggerire il dato letterale del nuovo art. 9 Cost., oppure altresì in altri ambiti, come, ad esempio, nella gestione delle risorse economiche, in materia previdenziale e nella protezione dei beni di valore storico-artistico (si vedano i paragrafi 2 e 3).

In secondo luogo, quanto allo "spazio", la riflessione intende soffermarsi, con attenzione precipua alla tematica ambientale, sulle potenzialità del principio di solidarietà rispetto alle viventi generazioni che abitano luoghi diversi della Terra, anche oltre la sovranità statale. Partendo dal presupposto che l'Uomo è ormai il principale responsabile della degenerazione del clima, la tutela dell'ambiente è divenuta una problematica di *climate regulation* e di *climate litigation* giuridicamente rilevante, perché alcuni Paesi più di altri (generalmente quelli meno responsabili di emissioni di gas climalteranti) sono maggiormente colpiti dagli effetti negativi del cambiamento climatico (si vedano i paragrafi 4 e 5).

## *2. La solidarietà nel tempo. L'ambito applicativo del principio di solidarietà intergenerazionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*

Dalle diverse previsioni costituzionali che ne costituiscono il fondamento è ricavabile una duplice accezione del principio di solidarietà. Come già evidenziato da Serio Galeotti, infatti, nella nostra Costituzione è rintracciabile tanto una solidarietà doverosa o fraterna, quanto una pubblica o paterna<sup>3</sup>.

La prima tipologia opera su un piano orizzontale ed esprime un moto ascendente, dal basso verso l'alto, che parte dai singoli e si proietta verso lo Stato o, meglio, verso la Repubblica, comprensiva di tutti gli enti e le amministrazioni pubbliche, e che si ricava dall'art. 2 Cost., già in precedenza citato. La solidarietà pubblica o paterna agisce, invece, su un piano verticale, esprimendo un moto discendente, dall'alto verso il basso, e trova fondamento nell'art. 3, comma 2, Cost., a sua volta ricordato.

Accanto alle tradizionali forme di solidarietà verticale e orizzontale, si è più di recente affermato il principio di solidarietà intergenerazionale, che impone al legislatore di tenere in considerazione non soltanto gli interessi di coloro che immediatamente subiranno gli effetti delle decisioni, ma anche di

---

<sup>3</sup> Sulla distinzione tra solidarietà doverosa o fraterna e solidarietà pubblica o paterna, si veda, già, G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967, 50; il tema è stato poi sviluppato da S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, cit., 10 ss.

coloro che verranno, di bilanciare, cioè, gli interessi di oggi con quelli del domani, spesso tra loro contrapposti.

Galeotti, nei saggi sopra ricordati, non si interroga circa l'esistenza di una dimensione temporale del principio di solidarietà. Probabilmente la ragione di tale assenza va individuata nel contesto storico in cui il Maestro scrive: il principio di solidarietà tra generazioni è stato studiato, come si vedrà, sin dagli inizi del Novecento, ma un vero e proprio interesse degli studiosi del diritto sorge soltanto con l'approfondimento della tutela dell'ambiente, da sempre suo principale ambito applicativo, all'inizio degli anni Duemila. Dall'assenza di un'analisi del principio di solidarietà intergenerazionale nei suoi lavori, dunque, non si può automaticamente dedurre che Galeotti ne negasse la configurabilità.

L'esistenza di una dimensione temporale del principio di solidarietà è stata oggetto di un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale, ma l'annosa *querelle* sembra sopita dalla riforma di cui alla l. cost. n. 1/2022<sup>4</sup> (anche se, come si vedrà, rimangono aperti numerosi quesiti), che ne ha riconosciuto un esplicito riconoscimento all'art. 9, comma 3, Cost., che oggi dispone che la Repubblica «[t]utela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni»<sup>5</sup>.

La riflessione circa la necessità di tutela di chi ancora non esiste ha origini antiche.

Già Thomas Jefferson, nel 1924, si domandava «Può una generazione vincolare le altre che si succederanno per sempre? Penso di no. [...] Una generazione può obbligare sé stessa per il tempo in cui la sua maggioranza resta in vita; quando questa è scomparsa, un'altra maggioranza prende il suo posto, detiene tutti i poteri e tutti i diritti che una volta erano in possesso dei predecessori, e può cambiare le loro leggi e le loro istituzioni per adattarele a sé stessa. Niente è dunque imm modificabile, tranne i diritti intrinseci e inalienabili dell'uomo»<sup>6</sup>.

Il tema, in un primo momento storico, è stato per lo più approfondito da filosofi e studiosi della morale<sup>7</sup> e solo successivamente è divenuto materia di interesse per i giuristi<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> T. GUARNIER, *La solidarietà intergenerazionale nella prospettiva costituzionale. Prime riflessioni su alcuni nodi da sciogliere*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2022, 2.

<sup>5</sup> La l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, ha modificato gli artt. 9 e 41 Cost. Con particolare riguardo al primo, ai due originari commi ne è stato aggiunto un terzo, che recita: «[La Repubblica] Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». Inoltre, l'art. 41, secondo e terzo comma, Cost. è stato così modificato: «[L'iniziativa economica privata] Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali».

Per un approfondimento sulla portata della riforma, *ex multis*, si rinvia a M. BENVENUTI, *La revisione dell'articolo 41, commi 2 e 3, della Costituzione, i suoi destinatari e i suoi interpreti*, in *Rivista AIC*, 2/2023, 59-83; M. CECCHETTI, *La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: un'occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?* in *Quaderni costituzionali*, 2/2022, 285-314; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2022, 15-30; G. M. FLICK, *L'articolo 9 della Costituzione oggi: dalla convivenza alla sopravvivenza*, in *federalismi.it*, 12 luglio 2023; S. GRASSI, *La tutela costituzionale dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi*, in *Energia*, 4/2022, 16-22; P. Pantalone (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, Atti del Convegno svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano, 7 ottobre 2021, in *Il diritto dell'economia*, numero monografico, 2021; F. SANCHINI, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente tra dimensione intergenerazionale e mutamenti della costituzione economica*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2022, 184-214; G. SOBRINO, *Le generazioni future entrano nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2022, 139-142.

<sup>6</sup> T. JEFFERSON, *Lettera a J. Cartwright*, 5 giugno 1824, in M. BARBATO, *Thomas Jefferson o della felicità*, Sellerio, Palermo, 1999. In effetti, in dottrina si ritiene problematica l'imposizione di un vincolo a tutela delle generazioni future, sottolineando come «la democrazia moderna [...] presuppone la capacità di una comunità di decidere in un dato momento su se stessa e la tendenziale indifferenza delle comunità esterne a tali decisioni»: così A. JR GOLIA, *Il principio di solidarietà nell'ordinamento costituzionale italiano* in (March 4, 2021) *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2021-06*.

<sup>7</sup> Tra i primi ad occuparsi della responsabilità intergenerazionale J. NARVESON, *Utilitarianism and new generations*, in *Mind*, 76/1967, 62-72, e J. RAWLS, *A theory of justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971. Doveroso è il richiamo a H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, a cura di P.P. Portinaro, trad. it. di P. Rinaudo, Einaudi, Torino, 2002.

<sup>8</sup> Tra i primi e più autorevoli lavori, si ricordi R. Bifulco – A. D'Aloia (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e*

Esso è entrato a far parte di fonti giuridiche, come ad esempio nel preambolo dello Statuto delle Nazioni Unite del 2006 ove ci si propone, come primo punto, di «salvare le future generazioni dal flagello della guerra, che per due volte nel corso di [quella] generazione ha portato indicibili afflizioni all'umanità», oppure in quello della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza) ove si precisa che «il godimento [dei] diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future». Tuttavia, inizialmente<sup>9</sup>, si trattava di istituti di *soft law*, cioè di norme il cui fine è quello di persuadere gli Stati aderenti al loro rispetto, pur essendo prive di efficacia giuridica diretta e sprovviste di un adeguato apparato sanzionatorio<sup>10</sup>.

Rimanendo nel panorama italiano<sup>11</sup>, sulla spinta degli stimoli offerti dalla dottrina, la Corte costituzionale, già ben prima della riforma del 2022, aveva mostrato una crescente attenzione al tema della tutela di chi verrà dopo di noi, sia in materia ambientale che in altri ambiti.

In un primo momento il giudice delle leggi ha abbozzato l'obbligo del legislatore di tenere in considerazione gli interessi dei posteri senza espressamente parlare di principio di solidarietà intergenerazionale, ma utilizzando espressioni come *sviluppo armonioso e sostenibile*. Nella nota [sentenza n. 14 del 2004](#), la Corte costituzionale, in tema di tutela della concorrenza e aiuti di Stato, ha precisato che «la Comunità è vincolata a perseguire i fini che le sono assegnati dall'art. 2, comma 2, dello stesso Trattato: uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche e dei sistemi di protezione sociale, la parità tra uomini e donne, una crescita sostenibile e non inflazionistica, un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione e di miglioramento della qualità dell'ambiente, del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri»<sup>12</sup>. Ancora, nella [sentenza n. 213 del 2006](#), pronunciandosi sul riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di pesca e acquacoltura, la Corte ha parlato «di principi di sviluppo sostenibile e di pesca responsabile, al fine di coniugare le attività economiche di settore con la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi»<sup>13</sup>.

A partire dal secondo decennio degli anni Duemila, la giurisprudenza della Corte diviene più severa sul tema del bilanciamento degli interessi di coloro che verranno ed esplicitamente sancisce il principio di solidarietà intergenerazionale.

Nella [sentenza n. 88 del 2014](#), in materia di obblighi gravanti su Regioni ed enti locali a seguito dell'introduzione del principio del pareggio di bilancio in Costituzione (art. 81 Cost., come modificato dalla l. cost. n. 1/2012), i giudici della Consulta hanno affermato che l'attuazione del principio della sostenibilità del debito pubblico «implica una responsabilità che, in attuazione di quelli

---

*modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli, 2008; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, FrancoAngeli, Milano, 2008; F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in [Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente](#), 0/2010.

<sup>9</sup>La Carta è diventata giuridicamente vincolante soltanto il 1° dicembre 2009, laddove l'art. 6, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea (TUE) stipula ora che «[l']Unione riconosce i diritti, le libertà ed i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [...], che ha lo stesso valore giuridico dei trattati». La Carta, pertanto, rientra nel diritto primario dell'Unione europea.

<sup>10</sup> Per un approfondimento si veda T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in [DPCE online](#), 1/2016, 48.

<sup>11</sup> Numerose altre Costituzioni contengono l'affermazione del principio di solidarietà intergenerazionale, alcune, le più recenti, già dalla versione originaria, altre appositamente modificate. Per un approfondimento sugli articoli costituzionali che, nel mondo, a partire da diverse prospettive, sono dedicati alla tutela degli interessi delle future generazioni si veda R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, cit., 124 ss., nt. 16-20.

<sup>12</sup> Punto 3 della [sentenza 14 del 2004](#).

<sup>13</sup> Punto 6 della [sentenza n. 213 del 2006](#). Per una ricostruzione del principio di solidarietà intergenerazionale in materia ambientale *ante* 2022, anche a partire dalle decisioni citate, si veda G. GRASSO, *L'ambiente come dovere pubblico «globale»: qualche conferma nella giurisprudenza del giudice delle leggi?* in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, *Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006*, Torino, Giappichelli, 2006, 386-393.



“fondanti” di solidarietà e di eguaglianza, non è solo delle istituzioni ma anche di ciascun cittadino nei confronti degli altri, ivi compresi quelli delle generazioni future»<sup>14</sup>.

Nella [sentenza n. 173 del 2016](#), la Corte, occupandosi del prelievo forzoso del contributo di solidarietà dalle c.d. pensioni d'oro<sup>15</sup>, sancisce l'esistenza *ante litteram* di un principio di mutualità intergenerazionale in un'ottica redistributiva<sup>16</sup>: è legittimo, afferma la Corte, il prelievo forzoso sulle pensioni di importo elevato, laddove esso sia finalizzato a perseguire obiettivi di giustizia sostanziale attraverso il reimpiego delle somme all'interno del circuito previdenziale, purché ciò avvenga nel rispetto del principio di ragionevolezza e di proporzionalità. Il futuro godimento di uno o più diritti sociali per alcuni, si sottolinea, è necessariamente correlato ad un'imposizione attuale su altri cittadini e tale obbligo trova fondamento negli artt. 2 e 38 Cost.

Più di recente, la Corte, nella [sentenza n. 18 del 2019](#), ha osservato che «l'equità intergenerazionale comporta [...] la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo»<sup>17</sup>.

Ancora, con la [sentenza n. 115 del 2020](#)<sup>18</sup>, la Corte ha posto in luce che il perimetro costituzionale disegnato dalle disposizioni scrutinate (cioè l'art. 38, commi 1-*terdecies*, 2-*bis* e 2-*ter*, del d.l. n. 34/2019 – Misure urgenti di crescita economica e per la risoluzione di specifiche situazioni di crisi, conv., con modif., nella l. 28 giugno 2019, n. 58) «consiste nella funzionalità della procedura a ridurre il *deficit* fino ad azzerarlo nel tempo prescritto [...] affinché l'oneroso rientro dal disavanzo sia comunque compensato dal traguardo dell'equilibrio, presupposto necessario per la sana amministrazione».

Di nuovo, con la [sentenza n. 228 del 2021](#), il giudice costituzionale ha evidenziato che «la dichiarata connotazione dei domini collettivi come «comproprietà intergenerazionale» (art. 1, comma 1, lett. c), della l. 20 novembre 2017, n. 168) mostra una chiara proiezione diacronica affinché l'ambiente e il paesaggio siano garantiti anche alle future generazioni».

Non v'è dubbio, dunque, che, già prima della riforma del 2022, il principio di solidarietà intergenerazionale aveva ricevuto una vera e propria consacrazione giuridica da parte degli interpreti, tanto che alcuni hanno ritenuto che la revisione costituzionale abbia rappresentato una esplicitazione non necessaria, quasi a trattarsi di un mero “*acquis constitutionnel*”<sup>19</sup>.

### 3. (segue) e dopo la l. cost. n. 1/2022: un “passo indietro” rispetto all'elaborazione precedente?

In realtà, a ben vedere, l'introduzione della tutela degli interessi delle generazioni future nell'art. 9 Cost. non ha semplicemente “fotografato” i precedenti approdi della giurisprudenza costituzionale, ma ne ha circoscritto l'ambito di applicazione.

Se la salvaguardia dell'ambiente ha costituito, senza dubbio, la declinazione più evidente del dibattito circa la responsabilità nei confronti delle generazioni future, la tutela di queste ultime

---

<sup>14</sup> Punto 7.2 della [sentenza n. 88 del 2014](#). Sulla decisione, v. M. SALVAGO, *I nuovi controlli della Corte dei conti sulla gestione finanziaria regionale (art. 1, d.l. n. 174 del 2012) nei più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale*, in [federalismi.it](#) 19/2015, 1-49 e L. GRIMALDI, *La Corte accoglie solo parzialmente alcune istanze regionaliste, ma conferma, nella sostanza, la disciplina di attuazione del principio di equilibrio dei bilanci pubblici (note a margine della sentenza Corte cost. n. 88/2014)*, in *Amministrazione In Cammino*, 2014.

<sup>15</sup> Cioè dell'art. 1, commi 483, 486, 487 e 590, della l. 27 dicembre 2013, n. 147 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge di stabilità 2014).

<sup>16</sup> Punto 11.1 della [sentenza n. 173 del 2016](#).

<sup>17</sup> Punto 6 della [sentenza n. 18 del 2019](#). Sulla decisione, v. E. CAVASINO, *La dimensione costituzionale del “diritto del bilancio”. Un itinerario di giurisprudenza costituzionale: dalla sentenza n. 196 del 2018 alle nn. 18 e 105 del 2019*, in [Diritto e conti](#), 1/2019, 7-23 e F.S. ALTAVILLA, *La sentenza di San Valentino. La Corte costituzionale e il controllo “neocavouriano” della Corte dei conti, a tutela del bilancio “bene pubblico” e delle generazioni future*, [ibid.](#), 24-34.

<sup>18</sup> Sulla decisione, v. C. FORTE, M. PIERONI, *La sentenza n. 115 del 2020 della Corte costituzionale: una pronuncia di non agevole lettura*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 4/2020, 248-279.

<sup>19</sup> E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2022, 2.

coinvolge anche altri temi<sup>20</sup>. Si pensi a come le decisioni pubbliche di spesa possano incidere sui tempi futuri, determinando l'insorgere di debiti pubblici che graveranno su chi ancora non esiste – dibattito particolarmente rilevante oggi in relazione all'indebitamento derivante dal PNRR –, a come l'idonea conservazione del patrimonio storico-artistico ne garantisca non solo la fruizione da parte delle generazioni future, ma anche la trasmissione a queste ultime delle «testimonianze aventi valore di civiltà»<sup>21</sup> delle comunità che le hanno precedute, oppure alla gestione delle risorse scarse necessarie per l'organizzazione del *welfare* e, in particolare, della sanità<sup>22</sup> e della previdenza.

Come si è visto, la giurisprudenza costituzionale antecedente alla riforma di cui alla l. cost. n. 1/2022, pur in assenza di qualsivoglia appiglio normativo esplicito, aveva riconosciuto l'esistenza di un generale principio di solidarietà intergenerazionale, che impone al legislatore di tenere in considerazione gli effetti delle decisioni adottate oggi su coloro che verranno e lo aveva applicato non solo in materia ambientale, ma anche in altri settori, come la previdenza, la sanità, l'indebitamento pubblico, la conservazione del patrimonio artistico e culturale.

Questa interpretazione del dettato costituzionale rischia, paradossalmente, però di essere messa in crisi proprio dalla l. cost. n. 1/2022 e dal riferimento alle generazioni future nell'art. 9 Cost., con specifico rimando alla tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi.

Sulla base dell'attuale dettato normativo sembra apparire, secondo il parere di chi scrive, complicato continuare ad affermare l'esistenza di un generale principio di solidarietà, che si estenda anche a materie diverse e ultronee rispetto a quella dell'art. 9 Cost. Il principio di solidarietà, in generale, è disciplinato dagli artt. 2 e 3, comma 2, Cost. e le generazioni future sono nominate soltanto con specifico riferimento all'ambiente: lo sforzo dell'interprete per superare il dato letterale appare eccessivo e significherebbe ignorare la *voluntas* del legislatore di revisione costituzionale.

D'altra parte, non può non considerarsi che, nel contesto dei lavori parlamentari che hanno portato all'approvazione della revisione costituzionale, erano stati proposti dei progetti di l. cost.<sup>23</sup> che miravano a modificare l'art. 2 Cost., il primo aggiungendo, al termine della disposizione, la frase «anche nei confronti delle generazioni future. Promuove le condizioni per uno sviluppo sostenibile» e la seconda inserendovi il sintagma «anche nei confronti delle generazioni future». Il legislatore, dunque, ha avuto la possibilità di introdurre un generale principio di solidarietà intergenerazionale, di sancirlo all'art. 2 Cost. e di renderlo applicabile in ogni materia in cui siano coinvolti gli interessi dei posteri, ma non l'ha fatto: consapevole della precedente lettura estensiva del principio in commento, ne ha limitato l'applicazione alla sola materia ambientale.

Parte della dottrina non concorda con tale posizione, di limitazione dell'ambito applicativo del principio di solidarietà intergenerazionale, e, anche dopo la riforma costituzionale del 2022, continua ad affermarne la portata generale, come “super principio costituzionale”: «[...] adottando un criterio di interpretazione sistematica del nuovo art. 9, comma 3, Cost., si potrebbe attribuire all’“interesse delle generazioni future” ivi sancito un significato/portata “generale”, coerente con altre disposizioni costituzionali che sottendono la tutela di tali generazioni sotto profili diversi: ad esempio, proprio l'art. 81. In questo modo, le esigenze di “chi verrà dopo di noi” potrebbero venire considerate ed “integrate” in un numero assai più elevato di politiche, oltre a quelle ambientali, assumendo quasi una portata “trasversale”»<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> È perentorio E. Rossi, secondo cui il principio di solidarietà intergenerazionale «non deve limitarsi all'ambito ambientale, che pur rappresenta il terreno principale di applicazione, ma investe altresì la prospettiva delle risorse economiche (con il tema, strettamente connesso, della sostenibilità del debito pubblico), dei beni culturali, dello stesso *welfare* (con riguardo in particolare alle criticità del sistema previdenziale e assistenziale nonché alla sostenibilità del sistema sanitario nazionale)», in E. ROSSI, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?* in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2/2019, 69.

<sup>21</sup> Art. 2 del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42/2004).

<sup>22</sup> Per un approfondimento, si rinvia a D. PORENA, *Criticità e prospettive di futura (in)sostenibilità del sistema sanitario nazionale*, in [federalismi.it](#), Osservatorio di diritto sanitario, 18 novembre 2015, 1-27.

<sup>23</sup> Si tratta dei disegni di l. cost. n. 938 (d'iniziativa dei senatori Collina, Marcucci, Ferrari e Ferrazzi) e n. 1632 (d'iniziativa della senatrice Bonino).

<sup>24</sup> G. SOBRINO, *Introduzione*, in L. Imarisio, G. Sobrino (a cura di), *La riforma degli artt. 9 e 1 della Costituzione e le*

Tuttavia, queste interpretazioni sembrano, da un lato, valorizzare la portata della riforma costituzionale del 2022 come momento a partire dal quale non si ha più alcun dubbio circa l'esistenza del principio di solidarietà intergenerazionale e, dall'altro, ignorare la collocazione scelta dal legislatore per il riferimento alle future generazioni.

D'altra parte, la dottrina ha evidenziato come il richiamo all'«interesse delle future generazioni» contenuto attualmente nell'art. 9 Cost. sia un «parametro sostanziale di legittimità costituzionale» che impone «un obbligo conformativo per le scelte del decisore politico» e che orienta specificamente istruzioni, ponderazioni e bilanciamenti verso gli effetti di lungo periodo<sup>25</sup>. Per evitare di sottoporre a *interpretatio abrogans* la riforma dell'art. 9 e per assegnare una reale portata all'introduzione in Costituzione della tutela dei posteri, cioè, bisogna ritenere che si sia ampliato, in materia ambientale, l'ambito del sindacato della Corte costituzionale, che non potrà più limitarsi a valutare la non manifesta irragionevolezza delle decisioni politiche, ma che dovrà sottoporle «ai ben più stringenti test di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto»<sup>26</sup>.

Il principio di solidarietà intergenerazionale, dunque, legittima la Corte costituzionale a intervenire in modo dirompente sulle scelte del legislatore in materia ambientale, attraverso un sindacato che potrebbe essere ben più ampio rispetto a quello cui siamo sinora stati abituati.

Non può non osservarsi, però, che una tale limitazione della discrezionalità legislativa è legittimata dal fatto che qualunque scelta in materia ambientale, che non assuma una prospettiva di lungo periodo, è irreversibile e farà “pagare il conto” a chi abiterà il Pianeta dopo di noi, mentre ciò non accade negli altri ambiti citati, in cui le scelte sono tendenzialmente reversibili e l'imposizione di un così forte vincolo al legislatore sarebbe forse eccessivo.

Dunque, in conclusione, *oltre* il pensiero di Serio Galeotti, il legislatore del terzo Millennio è tenuto a adottare in materia ambientale decisioni spesso impopolari, che sacrificano gli interessi di oggi a tutela di coloro che abiteranno il nostro pianeta dopo di noi e questa sensibilità non è più lasciata in balia del decisore politico del momento, ma è imposta dal principio di solidarietà intergenerazionale di cui all'art. 9 Cost. ed è assoggettata al sindacato della Corte costituzionale.

Dubbio è, però, che un tale obbligo, o, per utilizzare un'espressione più suggestiva, un tale «amore del lontano»<sup>27</sup> possa ritenersi esistente anche nelle altre materie in cui possono venire in rilievo gli interessi dei posteri e in cui la Corte costituzionale, prima del 2022, aveva applicato *ante litteram* il principio di solidarietà intergenerazionale, sia per il dato letterale della recente riforma, sia perché in ambito contabile, previdenziale e di tutela del patrimonio storico e artistico non vi è quella “irreversibilità” delle decisioni che legittima una così ampia compressione della discrezionalità legislativa<sup>28</sup>.

---

*sue implicazioni: un primo confronto*, Università degli Studi di Torino, 2022, 28-29. Dello stesso parere è G. Grasso, secondo il quale «de concert l'intérêt des générations futures semble aussi représenter une valeur transversale, un “super principe constitutionnel” capable d'évoquer, en connexion avec d'autres dispositions constitutionnelles (comme l'article 38, alinéa 2, en matière de sécurité sociale, ou l'article 81, en matière d'équilibre entre les recettes et les dépenses du budget), une exigence toujours plus forte d'équité intergénérationnelle» in G. GRASSO, *La révision de la Constitution italienne sur la protection de l'environnement: qu'est-ce qui pourra changer pour les questions climatiques?* in [Italian Papers on Federalism](#), 3/2022, 53. Di “un super principio costituzionale” parla anche A. MOLFETTA, *L'interesse delle future generazioni oltre la riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in [Rivista AIC](#), 2/2023, 242 e 243, secondo cui, inoltre, «negare l'ancoraggio della responsabilità *pro futuro* al principio solidaristico pare alquanto paradossale, giacché, come è stato anticipato, la soddisfazione dell'interesse delle generazioni a venire si fonda, nella ricostruzione sin qui operata, proprio sull'adempimento di quei doveri di solidarietà enucleati dall'art. 2 Cost. Ergo, applicando al ragionamento corrente la regola matematica della relazione transitiva, se si ammette la riconducibilità del fenomeno intertemporale a tale ultima disposizione, e se questa è aperta ad interpretazioni estensive e combinate (e ciò costituisce certamente fatto notorio), allora non si può escludere che quel principio abbia intrinsecamente carattere polimorfo, capace di acclimatarsi alle diverse oscillazioni che il termometro ordinamentale registra periodicamente».

<sup>25</sup> T. GUARNIER, *La solidarietà intergenerazionale*, cit., 8.

<sup>26</sup> M. CECCHETTI, *La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.*, cit., 351.

<sup>27</sup> L'espressione è di A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in *Diritto e Società*, 2, 2008, 8. Si rinvia all'intero contributo per una più ampia riflessione sui doveri di solidarietà nei confronti delle future generazioni e sulla configurabilità di diritti universali.

<sup>28</sup> Molto incisiva T. Guarnier: «Guardata da quest'angolo prospettico si fa, allora, piuttosto preoccupante la tendenza

Se, cioè, in materia ambientale quel «sentimento e rapporto di fratellanza, di reciproco aiuto e sostegno nelle difficoltà e nel bisogno», di cui parlava Galeotti<sup>29</sup>, deve rivolgersi anche nei confronti delle future generazioni, in altri ambiti quel “tutti” cui faceva riferimento l’illustre Maestro sembra comprendere “soltanto” l’attuale generazione e la considerazione degli interessi dei posteri rimane così nell’alveo della discrezionalità del legislatore.

#### 4. La dimensione spaziale dei doveri di solidarietà nell’articolo 10, comma 3, della Costituzione.

Esaurita la riflessione intorno alla prospettiva temporale nella quale si inseriscono i doveri di solidarietà, nell’impostazione complessiva di questo contributo in ricordo di Serio Galeotti si vuole ora ragionare, con precipuo riferimento alla tematica ambientale, su quale relazione intercorra tra solidarietà e “spazio”, per comprendere, o almeno domandarsi, se possa essere superata quell’irriducibile tensione che concepisce i doveri di solidarietà unicamente *uti socius* – per utilizzare un’espressione del Maestro – rispetto a quei fenomeni globali, anche definiti «crimini di sistema»<sup>30</sup>, come appare il cambiamento climatico. Nei paragrafi precedenti di questo lavoro è stato evidenziato che il pensiero “pionieristico” di Galeotti non si è spinto fino a concettualizzare quello che è stato denominato, negli anni successivi ai suoi scritti sul tema, principio di “solidarietà intergenerazionale”; allo stesso tempo, è doveroso osservare come l’Autore abbia colto «l’esigenza di rivisitare questo principio [...] nel suo significato giuridico permanente e cogliendolo in talune delle sue implicazioni ed esigenze più attuali»<sup>31</sup>, legittimando così, almeno sul piano teorico e metodologico, la sperimentazione di nuove frontiere applicative dei doveri di solidarietà, oltre alle categorie giuridiche sino a quel momento utilizzate.

Se la dimensione temporale dei doveri di solidarietà non compare, sicuramente *prima face*, nella riflessione di Serio Galeotti, la sua proiezione spaziale, invece, permea l’intero ragionamento giuridico e rappresenta il presupposto per la sua stessa pensabilità, in quanto il principio di solidarietà si esplica all’interno di un territorio, che tradizionalmente coincide con uno spazio fisico nel quale lo Stato esercita la propria sovranità. Guardando al binomio solidarietà e spazio, Galeotti afferma che la solidarietà allude «al rapporto di appartenenza, di condivisione e di corresponsabilità che lega ciascun individuo alle sorti e alle vicende del gruppo, di cui fa parte, nel suo insieme», perché «senza il collante di un minimo di solidarietà politica, sociale, economica nessuna società politica esisterebbe»<sup>32</sup>. Il vincolo di solidarietà si costruisce attraverso l’imposizione all’individuo di doveri che, per utilizzare un’espressione di hobbesiana memoria, non sono altro che *limiti* alla propria libertà naturale<sup>33</sup>, finalizzati a consentire l’integrazione dell’individuo nello Stato e nella comunità di

---

della giurisprudenza costituzionale, registrata anche dalla più avveduta dottrina, ad utilizzare l’argomento degli interessi delle future generazioni *prevalentemente ad adiuvandum* quando si ha a che vedere con il settore ambientale e, invece, in maniera decisiva – o quantomeno condizionante – quando si affrontano le questioni di bilancio. Il rischio è, infatti, che nella trasmutazione del concetto di solidarietà (o di responsabilità) intergenerazionale dal settore ambientale a quello economico, esso possa essere strumentalizzato «al fine precipuo di offrire copertura giuridica e una più estesa legittimazione costituzionale alle politiche di austerità». È importante allora, in quest’ottica, sottolineare che la recente costituzionalizzazione degli interessi delle generazioni future si è avuta solo in connessione alla tutela dell’ambiente, poiché questa constatazione potrebbe offrire utili margini argomentativi per sostenere l’istituzione di un ruolo diverso – e maggiormente incisivo – della considerazione di quegli interessi nei bilanciamenti effettuati in ambito ambientale e, a contrario, per l’attribuzione di un ruolo minore degli stessi nel settore economico e in quello previdenziale; ambiti, questi ultimi, in relazione ai quali la Corte costituzionale ha, certo, individuato spazi di intervento del principio di solidarietà intergenerazionale, ma per i quali occorre oggi tenere in considerazione che non vi è stata una altrettanto esplicita costituzionalizzazione (se non, tutt’al più, com’è spesso ritenuto, un’implicita considerazione al momento della revisione dell’art. 81 Cost.)» in T. GUARNIER, *La solidarietà intergenerazionale*, cit., 13-14.

<sup>29</sup> S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, cit., 1.

<sup>30</sup> L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra. L’umanità al bivio*, Feltrinelli, Milano, 2022, 12.

<sup>31</sup> S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, cit., 3.

<sup>32</sup> *Ibidem*. Nello stesso senso si veda anche G. LOMBARDI, *Contributo allo studio*, cit., 48.

<sup>33</sup> Così scrive Hobbes nel suo *Leviatano*: «il diritto naturale, cioè la libertà naturale dell’uomo, può essere ridotto o limitato: anzi, il fine del fare le leggi non è altro che tale limitazione; senza la quale non è possibile la pace veruna. La

appartenenza<sup>34</sup>. Però, pur essendo corretto affermare che la comunità politica a cui si riferisce anche Galeotti non potrebbe esistere in mancanza di «una minima propensione all'accettazione di limiti, al riconoscimento riflessivo della necessità di ritenere la propria libertà, naturalisticamente assoluta, come civilmente limitata»<sup>35</sup>, è altrettanto vero evidenziare che l'Autore supera l'idea della «mera utilità» individualistica della solidarietà (che costituisce forse anche una sorta di contraddizione in termini), perché qualifica tale principio come «valore costituzionale supremo e irretrattabile»<sup>36</sup>, che trae legittimazione da eguali valori che fondano l'identità costituzionale stessa dello Stato, quali, *in primis*, la dignità, l'uguaglianza e la libertà<sup>37</sup>. Nel paragrafo che segue si proverà anche ad argomentare come quest'ultima considerazione potrebbe legittimare un allentamento (e non certo una radicale cesura) di quel legame fra doveri di solidarietà e territorio, potendo ammettere in questo modo la previsione di obblighi di solidarietà, i cui destinatari, titolari dei rispettivi diritti umani fondamentali, non possano vantare materiali criteri giuridici di collegamento con l'ordinamento italiano.

Rinviano ad altre sedi la ricostruzione teorica del principio di solidarietà, queste brevissime annotazioni preliminari consentono di individuare gli elementi costitutivi del vincolo di solidarietà e di problematizzare l'utilizzo di tali categorie dogmatiche tradizionali rispetto ai fenomeni globali, che, travalicando i confini territoriali degli Stati sovrani, si «smaterializzano» giuridicamente, ma si impongono nella realtà fenomenologica, ponendo seri interrogativi di giustizia, come la vicenda globale della pandemia da Covid-19 ne rappresenta un esempio tristemente evidente. Se, all'esito della riflessione (che non si esaurisce ovviamente con il presente contributo), si dovesse concludere che dette definizioni siano desuete, allora bisognerebbe concordare con quella tesi, secondo cui il diritto in trasformazione «renderebbe inutilizzabili le vecchie categorie giuridiche»<sup>38</sup>. In ogni caso, a parere di chi scrive, l'ordinamento statale e quello sovranazionale non potrebbero rassegnarsi all'idea di non essere «ancora in grado di produrne delle nuove»<sup>39</sup>, abdicando irresponsabilmente a risolvere, o quantomeno gestire, i nuovi conflitti globali che attanagliano il nostro tempo; diversamente, bisognerà forse rispondere positivamente a quell'interrogativo di Guido Alpa, che, negli stessi anni in cui Serio Galeotti rifletteva sulla solidarietà, si domandava se questo principio fosse giunto alla fine della sua parabola in senso giuridico<sup>40</sup>.

Come anticipato nel paragrafo introduttivo, in questa sede s'intende riflettere sul principio di solidarietà ambientale nei confronti dei migranti climatici, guardando il fenomeno da due prospettive diametralmente opposte. La prima categoria riguarda coloro che raggiungono l'Italia (e, quindi, l'Europa), dopo aver abbandonato la propria terra, chiedendo allo Stato italiano di riconoscere loro una forma di protezione giuridica; la seconda, invece, si riferisce a quanti, pur essendo «potenziali» migranti climatici restano nel proprio Paese d'origine, anche se divenuto inospitale a causa degli effetti negativi del cambiamento climatico, e che potrebbero (il condizionale è doveroso, vista la problematicità giuridica della pretesa) vantare un diritto universale a restare in quei luoghi (ai sensi dell'art. 13 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani).

Prima di soffermarsi sulla dimensione ambientale dei doveri di solidarietà, occorre, però, riflettere sulle implicazioni doveristiche poste, più in generale, dall'asilo costituzionale. La dimensione della

---

legge non è stata introdotta nel mondo se non per limitare la libertà naturale dei singoli uomini, in maniera tale che essi non potessero recarsi reciprocamente offese e piuttosto si aiutassero e si unissero». Si veda T. HOBBS, *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*, edizione a cura di A. Pacchi, Mondadori, Milano, 1998, 26, 264.

<sup>34</sup> G. LOMBARDI, *Contributo allo studio*, cit., 51.

<sup>35</sup> I. MASSA PINTO, F. PIZZOLATO, *Introduzione*, in M. BORGETTO, *Il principio costituzionale di fraternità del diritto francese*, Mucchi Editore, Modena, 2022, 17.

<sup>36</sup> S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, cit., 3.

<sup>37</sup> A. RUGGERI, *Per i migranti ambientali: non muri o respingimenti ma solidarietà e accoglienza*, in [Ordine internazionale e diritti umani](#), 2021, 1160.

<sup>38</sup> I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Jovene, Napoli, 2010, 4.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> G. ALPA, *Solidarietà*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2/1994, 365-373.

solidarietà nell'art. 10, comma 3, Cost., per così dire “presupposta” e sbilanciata” verso coloro ai quali «è impedito il libero esercizio delle libertà democratiche» e che si alimenta nella dignità<sup>41</sup>, ha ispirato le scelte dell'Assemblea costituente, quando si è trovata a dover scrivere la disposizione costituzionale sul diritto di asilo; la struttura normativa e teleologica di tale istituto, infatti, sembra dimostrare come, diversamente dall'impostazione generale del principio di solidarietà, i doveri non sono tanto (o comunque non sono solo) «mezzi indefettibili per la costruzione dell'unità»<sup>42</sup>, ma piuttosto strumenti con i quali la Repubblica mostra il proprio “volto” costituzionale, che si disvela nei principi fondanti l'ordinamento democratico, quali la dignità, l'uguaglianza e la libertà.

Arrivati a questo punto del ragionamento e per quanto scivoloso sia il confine (vista soprattutto l'omogeneità dei destinatari), sarebbe davvero molto semplice assimilare il fondamento costitutivo dei doveri di solidarietà, c.d. politica, nei confronti di stranieri, potenziali titolari del diritto di asilo in Italia, con la questione, ormai ampiamente arata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, dell'estensione del principio di solidarietà economica e sociale, oltre il vincolo della cittadinanza<sup>43</sup>. A parere di chi scrive, infatti, l'ampliamento dei soggetti beneficiari di prestazioni sociali e assistenziali, pur trovando legittimazione negli stessi principi supremi del nostro ordinamento, non altera in alcun modo il fine a cui tende tradizionalmente il valore della solidarietà, ovvero il mantenimento del legame sociale, indispensabile per l'unità politica<sup>44</sup> e, soprattutto con riferimento alle persone straniere, anche l'integrazione degli esclusi<sup>45</sup>. Queste brevi annotazioni permettono di distinguere i due istituti nei termini appena accennati<sup>46</sup>, nel senso che la solidarietà c.d. politica di cui parla l'art. 10, comma 3, Cost. costituisce il presupposto per l'accesso dei beneficiari ad ulteriori forme di integrazione sul piano sociale ed economico<sup>47</sup>, all'interno – utilizzando l'espressione di Felice Giuffrè – di una serie di cerchi concentrici, ove le forme di solidarietà che derivano dalla prima sono subordinate al bilanciamento con altri valori costituzionali, quale in primo luogo il principio di pareggio di bilancio (art. 81 Cost.). È altresì evidente, ma sulla questione non ci si soffermerà in questa sede, che l'atteggiamento di uno Stato nei confronti dell'Altro deve essere osservato nella sua complessità; infatti, qualora si garantisse *tout court* la solidarietà politica e si limitasse irragionevolmente quella sociale ed economica si violerebbero gli stessi principi ispiratori sottesi all'inclusione dello straniero nella comunità sociale, generando una discrasia non accettabile tra accoglienza ed integrazione.

Per concludere sul punto, tornando al rapporto fra solidarietà e spazio, sembra che tale principio nei confronti delle persone migranti si riferisca ad uno “spazio” inteso non più tanto come territorio fisico ove uno Stato esercita la propria sovranità e, forse, nemmeno solo come una comunità di persone, un insieme di individui (anche se non cittadini) che coesistono su un territorio, condividendo stabilmente un formante culturale, ma come luogo in cui, prima di ogni cosa, ci si riconosce in quanto appartenenti alla comunità umana. In questo senso, partendo dall'assunto che i doveri costituzionali di solidarietà derivanti dall'art. 10, comma 3, Cost. preesistono al patto sociale ed economico su cui si fonda l'unità nazionale dell'ordinamento, il rapporto con la dimensione spaziale sembra essere in qualche modo “allentato” (basti pensare che la formulazione dell'art. 10, comma 3, Cost. non impone la presenza fisica dello straniero sul territorio italiano per poter presentare domanda di asilo). Ed infatti, coerentemente con quanto appena evidenziato, è indubbia altresì la tensione internazionalistica

<sup>41</sup> A. RUGGERI, *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, in questa *Rivista*, 2017/III, 453.

<sup>42</sup> I. MASSA PINTO, *I doveri*, in C. Caruso, C. Valentini (a cura di), *Grammatica del Costituzionalismo*, Mulino, Bologna, 2021, 297.

<sup>43</sup> Sul tema la bibliografia è davvero molto vasta: rispetto ad opere monografiche si veda almeno F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2013; quanto a saggi su rivista si rinvia a A. RUGGERI, *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, cit., e F. GIUFFRÈ, *Alle radici dell'ordinamento: la solidarietà tra identità e integrazione*, in *Rivista AIC*, 3/2019.

<sup>44</sup> I. MASSA PINTO, *I doveri*, cit., 294.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> Così anche A. RUGGERI, *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, cit., 451.

<sup>47</sup> F. GIUFFRÈ, *Alle radici dell'ordinamento*, cit., 568-572.

ed extraterritoriale che porta il principio di solidarietà, in quanto «mano tesa verso gli altri popoli»<sup>48</sup> della Terra, ad orientarsi oltre la comunità residente sul territorio italiano<sup>49</sup>.

Infine, la riflessione sull'a-spazialità di tali doveri, ancor più evidente se declinati nella prospettiva del cambiamento climatico, servirà per problematizzare la questione legata al c.d. diritto di poter restare nel proprio Paese e la previsione di doveri di solidarietà ambientale *oltre* lo Stato.

##### 5. Principio di solidarietà e migrazioni forzate: un'endiadi problematica alla prova del cambiamento climatico.

Al fine di poter inquadrare entrambe le fattispecie inerenti al fenomeno delle migrazioni forzate per ragioni ambientali<sup>50</sup>, occorre accennare brevemente al rapporto, sempre più viscerale, che intercorre fra il sostantivo (migrazioni) e il relativo aggettivo (ambientale o climatico). Gli studi sugli effetti del cambiamento climatico hanno evidenziato come flussi sempre maggiori di persone saranno costretti ad abbandonare la propria terra perché divenuta inospitale e, quindi, non più idonea a garantire a coloro che vi abitano il diritto di vivere in un luogo salubre e, di conseguenza, lo stesso diritto alla vita<sup>51</sup>. Guardando al prossimo futuro, un articolo pubblicato su *International Migration Review* ha evidenziato come entro la fine del secolo le migrazioni climatiche aumenteranno di circa il 200% (pur rispettando gli obiettivi stabiliti con l'Accordo di Parigi del 2015). Al contrario, qualora l'attuale cooperazione internazionale dovesse fallire, le stime si aggirano intorno al 500% di migranti climatici in più rispetto ad ora; secondo altri studi, entro il 2050 le mutate condizioni dell'ambiente metteranno a rischio il benessere e la stessa possibilità di sopravvivenza di almeno 200-250 milioni di persone<sup>52</sup>. L'*International Organization for Migration* (OIM) ha evidenziato come il cambiamento climatico influenza le migrazioni in quattro modi differenti: con l'intensificazione dei disastri ambientali che determinano un aumento degli spostamenti sia interni che esterni; con le conseguenze relative al riscaldamento globale, alla variabilità del clima, alla salute pubblica e alla riduzione dei mezzi di sussistenza; con l'aumento del livello del mare; con l'*escalation* di tensioni e conflitti a causa della concorrenza per le risorse naturali<sup>53</sup>. Con riferimento all'Italia, pur nella difficoltà di individuare un numero complessivo di persone che negli ultimi anni hanno raggiunto il nostro territorio per motivi connessi a condizioni ambientali avverse nei Paesi di provenienza<sup>54</sup>, è indubbio

---

<sup>48</sup> L'espressione è di C. CORSANEGO, A.C., Commissione per la Costituzione, Prima sottocommissione, seduta 3 dicembre 1946, in riferimento peraltro alla formulazione dell'art. 11 Costituzione e alle limitazioni di sovranità ivi previste.

<sup>49</sup> A. GOLIA JR., *Il principio di solidarietà*, cit., 9.

<sup>50</sup> Con il termine «rifugiato ambientale», coniato nel 1985 all'interno del *report* dello *United Nation Environment Program*, s'intende colui che «who have been forced to leave their traditional habitat, either temporarily or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or caused by human activity such as industrial accidents) or who have been permanently displaced by large economic developments or the processing and deposit of toxic residues, putting their existence at risk and/or seriously affecting their quality of life». Si veda E. EL-HINNAWI, *Environmental Refugees*, United Nations Environment Program (UNEP), Nairobi, 1985, 1. Per un approfondimento rispetto ad ulteriori definizioni del fenomeno si rinvia ad A. CIERVO, *I rifugiati "ambientali". Una nuova categoria giuridica di richiedenti asilo?* in *Rivista critica di diritto privato*, 3/2018, 457, nota 7.

<sup>51</sup> Si veda O. BROWN, *Report Migration and Climate change*, elaborato per OIM (Organizzazione mondiale per le migrazioni), 2008, 14, ove si dà atto che «Climate change will cause population movements by making certain parts of the world much less viable places to live; by causing food and water supplies to become more unreliable and increasing the frequency and severity of floods and storms».

<sup>52</sup> E. PADOA-SCHIOPPA, *Antropocene. Una nuova epoca della Terra, una sfida per l'umanità*, Il Mulino, Bologna, 2021, 56.

<sup>53</sup> Ne dà conto A. BRAMBILLA, *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordine giuridico europeo e nazionale?* in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2/2017, 3.

<sup>54</sup> Anche in considerazione del fatto che non è semplice isolare il fattore climatico dalle altre cause di migrazioni forzate. Sul punto si veda I. CARUSO, B. VENDITTO, *Il futuro del mediterraneo. Studio preliminare sui rifugiati ambientali*, in M. Argene Valleri, R. Pace ed altri (a cura di), *Il Mediterraneo: uno studio e una passione. Scritti in onore di Luigi Di Comite*, Cacucci Editore, Bari, 2012, 251-269.

che in futuro il tema delle migrazioni climatiche interesserà lo Stato italiano (come pure molti altri Paesi nel mondo), nella duplice consapevolezza «che la sorte di ciascuno è quella di tutti»<sup>55</sup> e che, senza voler essere eccessivamente pessimistici, le medesime sorti potranno presumibilmente coinvolgere le “nostre” future generazioni.

Dopo aver delineato le implicazioni teoriche del principio di solidarietà che si ricavano dall’art. 10, comma 3, Cost., occorre accennare brevemente alla teoria doveristica della tutela ambientale, ovvero quella tesi, di cui vi è traccia anche nel pensiero di Serio Galeotti<sup>56</sup>, secondo cui l’ambiente, prima di essere qualificato come un diritto, costituisce un dovere di solidarietà<sup>57</sup>, ai sensi dell’art. 2 Cost. e, a seguito della l. cost. n. 1/2022, anche dell’art. 9, comma 3, Cost. In questo senso, è stato sostenuto che il dovere di solidarietà sarebbe in grado di giustificare il potere di protezione dell’ambiente, la cui tutela verrebbe ricondotta nell’ambito dell’art. 2 Cost.<sup>58</sup>. Diversamente dalla dottrina più recente, però, secondo Galeotti detto principio, in quanto declinato nella dimensione verticale o paterna del valore della solidarietà, si innesta non tanto nell’art. 2 Cost., ma nell’art. 3, comma 2, Cost., quale motore della funzione attiva dello Stato<sup>59</sup>; in ogni caso, a prescindere da quale sia il diretto fondamento di tali doveri, ciò che più rileva, ai fini del presente lavoro, è la circostanza che già in quella riflessione era evidente l’inquadramento della tutela dell’ambiente nella cornice doveristica, prospettiva che si è ulteriormente consolidata nei decenni successivi, fino ad arrivare ai nostri giorni. Da ultimo, rispetto alla l. cost. n. 1/2022, anche se la forza espansiva dell’art. 2 Cost. aveva già legittimato ulteriori ipotesi di solidarietà «che non potevano essere normativizzate al momento dell’entrata in vigore del testo costituzionale del 1948»<sup>60</sup>, la recente riforma ha avuto il merito di ancorare, anche sul piano giuridico-formale, all’interno dei Principi fondamentali, la tutela dell’ambiente alla categoria dei doveri costituzionali.

Alla luce delle argomentazioni svolte, atualizzando e facendo propri gli insegnamenti di Serio Galeotti sulla portata prescrittiva del principio di solidarietà, si può cautamente affermare che quel “tutti” a cui si riferiva il Maestro comprende oggi anche i migranti ambientali. In altri termini, esiste – a parere di chi scrive – un generale dovere di solidarietà ambientale “paterna”, gravante sullo Stato nei confronti di quanti, una volta entrati nel territorio italiano dopo aver lasciato il proprio Paese a causa di condizioni ambientali avverse, si rivolgano alle autorità amministrative competenti per presentare domanda di protezione internazionale e complementare. Però, come accade per molte altre questioni giuridiche sulle quali si coglie l’urgenza, anche etica, di intervenire, lo stato dell’arte (l’essere) non coincide con quello ideale (il dover essere), in quanto manca tuttora (anche dopo la riforma costituzionale del 2022) una specifica protezione dei migranti climatici sia sul piano del diritto internazionale sia su quello del diritto interno. In attesa, quindi, di un puntuale intervento normativo o, per quel che riguarda il contesto interno, dell’approvazione di una legge ordinaria *ad hoc* come prevista dalla riserva di legge dell’art. 10, comma 3, Cost. che tenga conto anche delle condizioni in cui si trova il migrante ambientale, la novella costituzionale dovrà almeno essere applicata come criterio interpretativo per estendere ed espandere i presupposti per il riconoscimento degli istituti giuridici già esistenti<sup>61</sup>. Per quanto riguarda la portata interpretativa espansiva della l.

<sup>55</sup> S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, cit., 4 (1996).

<sup>56</sup> S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, cit., 14-16 (1996).

<sup>57</sup> Rispetto alla teoria doveristica della tutela dell’ambiente, si veda almeno F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell’ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Il diritto dell’economia*, 3/2002, 215-259. In senso concorde, si veda anche il contributo di G. GRASSO, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra Costituzioni nazionali, Carta dei diritti e progetto di Costituzione europea*, in *Politica del diritto*, 4/2003, 581-608 e M. GRECO, *La dimensione costituzionale dell’ambiente. Fondamento, limiti e prospettive di riforma*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2021, 281-299.

<sup>58</sup> F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell’ambiente*, cit., 231.

<sup>59</sup> Secondo Galeotti la Repubblica ha il compito di «promuovere e garantire le condizioni di vita della comunità intera dei cittadini e dell’ambiente in cui essi vivono». Si veda S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, cit., 16 (1996).

<sup>60</sup> G. GRASSO, *L’ambiente come dovere pubblico «globale»*, cit., 386.

<sup>61</sup> A tal proposito, con detta locuzione, s’intendono congiuntamente gli istituti di protezione di stretta derivazione internazionale (quale lo *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria, di matrice europea, secondo quanto previsto anche dall’art. 2 (“Definizioni”) del d.lgs. n. 251/2007) e la protezione complementare, di derivazione interna (definita



cost. n. 1/2022 rispetto al fenomeno migratorio, Claudio Panzera ha opportunamente osservato come «la protezione dei diritti dei migranti/rifugiati climatici in quanto tali può trovare, volendo, riconoscimento anche [...] nell'art. 2 e forse, indirettamente, nella nuova formulazione dell'art. 9»<sup>62</sup>.

Il combinato disposto degli artt. 2, 9, comma 3, e 10, comma 3, Cost., sul quale si è provato a ragionare in questo lavoro, potrebbe allora legittimare l'utilizzo dell'espressione "principio di solidarietà politica e ambientale" (nonché il riconoscimento della posizione giuridica soggettiva che ne deriva)<sup>63</sup> nei confronti di quanti sono costretti ad allontanarsi dal proprio Paese d'origine non solo a causa di guerre e di persecuzioni, ma anche di condizioni ambientali avverse causate dal cambiamento climatico; da ciò ne consegue la necessità di interrogarsi nuovamente sul significato dell'impedimento dell'«effettivo esercizio delle libertà democratiche», pensando che, di fronte alle conseguenze più drammatiche che comporta la degenerazione del clima, l'art. 10, comma 3, Cost., finisce per dare per scontato il presupposto che precede l'esercizio stesso (o il non esercizio) delle libertà democratiche e, cioè, l'esistenza dell'uomo sul Pianeta. Al rifugiato climatico è d'altronde impedito di esercitare i diritti appena richiamati per il solo fatto di essere stato costretto ad abbandonare il proprio Paese<sup>64</sup> e, in alcuni casi, di non poter nemmeno ritornare (si pensi alle isole sommerse nell'oceano Pacifico). Solo includendo la categoria dei migranti in parola nell'operatività dell'art. 10, comma 3, Cost., quindi, l'esercizio e il godimento delle libertà democratiche di cui parla la disposizione costituzionale troverebbero una pienezza di senso.

Per concludere sul punto, quindi, se il diritto è lo "strumento" utilizzato dagli uomini per gestire e risolvere i conflitti, anche il *corpus* normativo inerente alla tutela del migrante forzato (*in primis*, art. 10, comma 3, Cost., e artt. 5, comma 6, e 19, commi 1 e 1.1., del d.lgs n. 286/1998) dovrà allinearsi, da una parte, al mondo del reale e con il conflitto globale in esso esistente, ovverosia la circostanza (documentata dai riscontri oggettivi di cui si è accennato *infra*) che il cambiamento climatico incide sul fenomeno migratorio delle persone nel mondo e, dall'altra, alla scelta del legislatore del 2022 di costituzionalizzare la tutela dell'ambiente. In questo senso, la revisione dell'art. 9 Cost. non dovrà valere solo come un "orpello" formale al testo costituzionale perché, se così fosse, "salterebbe" davvero tutto l'ingranaggio valoriale su cui si erge il nostro ordinamento; difatti, il sacrificio del principio di solidarietà si convertirebbe immediatamente nella violazione del principio di dignità, a cui il primo è intimamente collegato<sup>65</sup> e che rappresenta il fondamento diretto dell'istituto dell'asilo costituzionale.

L'approccio ottimistico che ha accompagnato il ragionamento che si è appena concluso si trasforma ora in un progressivo senso di smarrimento giuridico, che sembra disvelare anche una certa rassegnazione rispetto alla concreta operatività del "classico" principio di solidarietà, nella sua funzione di composizione (o quantomeno di comprensione) dei conflitti globali contemporanei.

---

«umanitaria» sino al 2018, poi "per casi speciali" con il d.l. n. 113/2018, conv., con modif., nella l. 1° dicembre 2018, n. 132, e, infine, "speciale" a seguito del d.l. n. 130/2020, conv., con modif., nella l. 18 dicembre 2020, n. 173) Per uno sviluppo di questo passaggio, si veda A. STEVANATO, *I migranti ambientali nel decreto-legge n. 20 del 2023. Che cosa resta della loro protezione?* in *Corti Supreme e Salute*, 2023, 1-22, in particolare, 8-10. Ancora più incisivo, A. RUGGERI, *Per i migranti ambientali: non muri o respingimenti ma solidarietà e accoglienza*, cit., 1168, che nel 2021 auspicava l'introduzione di un riferimento esplicito ai migranti ambientali nella futura formulazione dell'art. 9 Cost., la cui gestazione era già in corso.

<sup>62</sup> C. PANZERA, *Attuazione, tradimento e riscoperta del diritto di asilo*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2022, 825.

<sup>63</sup> A. RUGGERI, nel suo già citato lavoro del 2021 sui migranti ambientali, aveva evidenziato (ancor prima della revisione costituzionale dell'art. 9 Cost.) l'urgenza e la necessità di prevedere idonei strumenti di tutela giuridica nei confronti dei migranti ambientali, il cui obbligo nei confronti dell'ordinamento deriva dal dovere di fedeltà alla Repubblica (art. 52 Cost.). Così, si esprime letteralmente l'Autore: «Dal punto di vista del diritto costituzionale, la mancanza di una legislazione specificamente riguardante i migranti ambientali reca, dunque, un *vulnus* al dovere di fedeltà alla Repubblica, nell'insieme dei valori fondamentali sui quali la stessa si fonda e, specificamente, dei valori di libertà, eguaglianza, solidarietà», in A. RUGGERI, *Per i migranti ambientali: non muri o respingimenti ma solidarietà e accoglienza*, cit., 1161.

<sup>64</sup> Così F. PERRINI, *Cambiamenti climatici e migrazioni forzate: verso una tutela internazionale dei migranti ambientali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 93.

<sup>65</sup> S. RODOTÀ, *Solidarietà, un'utopia necessaria*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2014, 37.

Diversamente dal discorso sulla solidarietà ambientale ai sensi degli artt. 2, 9 e 10, comma 3, Cost., che rimane *dentro* lo Stato, la riflessione sull'esistenza o meno di un dovere di solidarietà ambientale globale (e del corrispondente diritto di restare), in merito ai "potenziali" migranti climatici, mostra tutta la fallacia dell'inquadramento rigidamente dogmatico-nazionale, nonché la consapevolezza che «la previsione di doveri [unicamente] all'interno dei confini nazionali si rivelerà sempre più inefficace per far fronte alle grandi questioni della nostra epoca»<sup>66</sup>. In apertura di questa ultima parte, un po' come a voler consegnare il "testimone" a chi vorrà occuparsi del tema in futuro e ad anticipare gli sviluppi futuri di un lavoro monografico di chi scrive, si precisa che queste brevi annotazioni devono essere considerate per quello che sono, ovvero solo una mera esposizione di alcuni dei problemi che riguardano oggi l'umanità, senza ovviamente pretendere di dare loro una risposta.

Come prima annotazione, occorre precisare che il cambiamento climatico non è solo un fatto in sé, un evento oggettivo che alimenta, fra le altre conseguenze, l'intensificarsi delle migrazioni forzate, ma è anche, come detto, un vero e proprio «crimine di sistema»<sup>67</sup>, ovvero un fenomeno indeterminato e indeterminabile quanto all'evento, ai responsabili e alle vittime, che sono generalmente popoli interi<sup>68</sup>. Quest'ultima affermazione deriva dalla circostanza che gli effetti negativi connessi alle alterazioni del clima sono maggiormente evidenti nei Paesi più poveri, che sono anche quelli meno responsabili del cambiamento climatico; questi Paesi, infatti, oltre a trovarsi nella fascia tropicale o più arida del pianeta, sono privi di efficaci misure di adattamento e di contrasto agli effetti del cambiamento climatico, dimostrandosi non adatti a neutralizzare le conseguenze del riscaldamento globale, che genera a sua volta una crisi dei servizi ecosistemici e, così, il collasso della coesione sociale<sup>69</sup>; di contro, le economie più ricche e anche maggiormente responsabili delle emissioni climalteranti riescono a compensare tali effetti comprando sul mercato internazionale i beni che la terra non produce più a causa del clima alterato e, almeno per ora, registrano meno effetti avversi derivanti dalla degenerazione del clima.

Ciò premesso, nel contesto extrastatale la prospettiva solidaristica si intreccia con quella legata alle responsabilità di questi Stati nei confronti dei Paesi da cui provengono la maggior parte dei migranti climatici o, come detto, in cui vivono persone le cui condizioni ambientali sono incompatibili con la vita e che, quindi, per le ragioni che si intuiscono, «la protezione del clima diventa necessariamente un'operazione di giustizia»<sup>70</sup>.

Pur essendo complesso (se non forse impensabile) ipotizzare un valore prescrittivo della solidarietà *oltre* i confini dello Stato, è altrettanto vero che l'emergenza climatica, da ultimo definita dal segretario generale dell'ONU "ebollizione globale", impone al diritto di attrezzarsi adeguatamente per far fronte ai mutamenti epocali in atto<sup>71</sup> e richiede ai giuristi almeno uno sforzo teorico di sperimentare nuovi orizzonti applicativi.

Partendo dalle riflessioni svolte nel paragrafo precedente in merito al fondamento costituzionale della solidarietà politica rispetto al fenomeno migratorio, si possono evidenziare almeno tre aspetti utili al ragionamento. In primo luogo, il rapporto solidaristico presente in quelle disposizioni non sembra essere strettamente vincolato, come detto, alla categoria spaziale e al mantenimento dell'unità nazionale di una determinata comunità, in quanto le basi normative si rintracciano, *in primis*, nel valore personalista e della dignità umana.

In secondo luogo, tornando ancora al principio di dignità, è evidente l'inaccettabile disuguaglianza, attualmente solo etica, fra coloro che riescono a raggiungere l'Europa e godono della fortuna di un'esistenza libera e dignitosa e coloro che, invece, o rimangono assoggettati a condizioni di vita non dignitose nel proprio Paese o incontrano la morte lungo il tragitto; non si dimentichino,

<sup>66</sup> Così, espressamente, I. MASSA PINTO, *I doveri*, cit., 303.

<sup>67</sup> L'espressione è ancora di L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra*, cit., 12.

<sup>68</sup> L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra*, cit., 44-45.

<sup>69</sup> A. PASINI, G. MASTROJENI, *Effetto serra, effetto guerra. Il clima impazzito, le ondate migratorie, i conflitti*, Chiarelettere, Milano, 2017, 115.

<sup>70</sup> A. PASINI, G. MASTROJENI, *Effetto serra, effetto guerra*, cit., 32.

<sup>71</sup> Così anche A. SPADARO, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Rubbettino editore, Soveria Mannelli, 2005, 56.

infine, coloro che nel prossimo futuro non avranno più nemmeno un “luogo”, uno spazio in cui restare o in cui tornare<sup>72</sup>. In terzo luogo, la solidarietà ambientale oltrepassa i confini nazionali<sup>73</sup> e, coinvolgendo anche responsabilità comuni<sup>74</sup>, allarga quella comunità di persone a cui si riferisce anche Serio Galeotti. Sembra, quindi, che gli elementi che costituiscono il vincolo solidaristico superino lo “spazio” degli Stati nazionali; difatti è universale la formazione sociale di appartenenza (che coincide con la comunità umana), così come è globale l'utilità a cui tendono le limitazioni alla propria libertà naturale (sempre per utilizzare un'espressione da far risalire a Hobbes), ovvero «la realizzazione dell'Uomo sul Pianeta»<sup>75</sup> e l'affermazione del principio trasversale della persona umana.

Le risposte a queste suggestioni e molte altre dovranno, prima o poi, essere trovate e, forse, la prospettiva prescrittiva dei doveri (globali), potrà rivelarsi uno strumento utile per compiere le decisioni coraggiose che ci attendono. Altrimenti, se anche non ci giudicherà il diritto, lo faranno la storia e le future generazioni.

---

<sup>72</sup> Così anche A. RUGGERI, [Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio](#), cit., 457-458, nota 53.

<sup>73</sup> Si veda, almeno, S. RODOTÀ, *Solidarietà, un'utopia necessaria*, cit., 36 e L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra*, cit., 13-1.

<sup>74</sup> In questa direzione potrebbe essere interpretata l'istituzione del fondo (sia pure ancora del tutto embrionale) per i ristori delle perdite e i danni del cambiamento climatico (*loss and damage*) nei Paesi più vulnerabili, decisa nel corso della Conferenza delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (CoP 27) del novembre 2022; ovviamente, occorrerà, verificare i termini, le condizioni e le concrete capacità compensative economiche e sociali di detto fondo. Cfr. M. COLLI VIGNARELLI, *Accordo sul loss and damage fund alla Cop27: il diritto internazionale alla prova della crisi climatica 'qui ed ora'*, in [SIDIBlog](#), 26 aprile 2023. Sotto tale profilo si evidenzia l'importanza del tema, che non si è voluto approfondire in questa sede, inerente alle rivendicazioni da parte dei Paesi meno sviluppati della loro “quota” di impatto ambientale, per raggiungere il medesimo standard di sviluppo economico di altri Stati.

<sup>75</sup> La citazione rinvia alla riflessione filosofica di H. JONAS, *Sull'orlo dell'abisso. Conversazioni sul rapporto tra uomo e natura*, Einaudi, Torino, 2000, 7 e 115.

Roberto Romboli


**Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri\***

**ABSTRACT:** *The essay collects the conclusions drawn at the Conference in memory of Alessandro Pizzorusso (Pisa, December 15, 2022) and primarily focuses on the topics of the relationship between the Constitutional Court and the legislature and on the decision-making techniques of the Court itself, examining the multiple implications of these aspects also from the standpoint of the separation of powers.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. La natura politica o giurisdizionale della Corte costituzionale sei anni dopo il convegno sul “pendolo della Corte”. I rapporti tra Corte e legislatore oppure tra due legislatori? – 2. La tipologia delle decisioni come strumento per garantire il rispetto delle scelte discrezionali e dell’ambito di competenza del legislatore: le sentenze interpretative di rigetto, le manipolative, le inammissibilità con monito, le additive di principio. Le “nuove” tecniche decisorie: il superamento delle “rime obbligate” e la pronuncia a più fasi. - 3. Continuità o rottura delle “nuove” tecniche decisorie? Il superamento delle “rime obbligate”: la inutilità della interpretazione “originalista” del pensiero di Crisafulli e gli elementi nuovi della soluzione ricavata da fonte ordinaria e conseguente ad una “scelta” della Corte. – 4. Segue. La decisione a più fasi ed il principio di leale collaborazione con il legislatore. Contraddittorietà ed aspetti problematici del tipo di decisione. La scrittura della legge mancante ad opera della Corte ed il salto di qualità rispetto alla precedente tipologia delle decisioni. – 5. Il bilanciamento tra gli elementi essenziali per una costituzione indicati dall’art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789: garantire i diritti e rispettare la separazione dei poteri. La separazione dei poteri come cornice entro la quale garantire i diritti. La legittimazione della Corte sulla base dei risultati conseguiti: critica. – 6. Il tentativo di conciliare la tutela dei diritti e l’osservanza della separazione dei poteri. Le omissioni del legislatore (totali o parziali; legittime o illegittime) a fronte della esplosione dei “nuovi diritti”. Le proposte per sollecitare l’intervento del legislatore: una riforma che costringa gli organi di indirizzo a decidere, una legge che colpisca lo stato nella “tasca” (obbligo di risarcimento dei danni) o l’approvazione di una “legge di adeguamento costituzionale” sul tipo della legge comunitaria: critica. La proposta di Candido: ogni organo, in spirito di leale collaborazione e con la finalità di realizzare i principi costituzionali, faccia quello che la Costituzione chiede loro. – 7. Segue. Le proposte per limitare l’eccessivo attivismo della Corte costituzionale. L’ipotesi una “ribellione” dei giudici o di una reazione degli organi politici. La proposta di una autolimitazione, attraverso le norme integrative, con la indicazione di linee guida definitorie o di puntuali presupposti per poter procedere alla sostituzione del legislatore. Rilievi critici. I rischi per il compito di magistero della Corte verso i giudici comuni. – 8. Dal parlamento che agisce e la Corte che reagisce ad una Corte che agisce ed un parlamento che reagisce. L’ intervento della Corte e del Presidente della repubblica come sostituti, in momenti eccezionali, del potere legislativo. Critica. I rapporti tra Corte e legislatore come quelli fra stato e regione ossia tra due legislatori e tra due diverse discrezionalità: inappropriato il riferimento al principio di separazione dei poteri?

1. *Premessa. La natura politica o giurisdizionale della Corte costituzionale sei anni dopo il convegno sul “pendolo della Corte”. I rapporti tra Corte e legislatore oppure tra due legislatori?*

---

\*  Lo scritto riproduce le osservazioni conclusive al Convegno in ricordo di Alessandro Pizzorusso (Pisa, 15 dicembre 2022), ed è destinato agli atti curati da Pisa University Press, con il titolo “Verso una nuova ‘stagione’ nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?”.

La tematica affrontata nel Convegno al quale si riferiscono le relazioni e gli interventi raccolti in questo volume si riconduce, in qualche misura, a quella già affrontata nel 2016 per ricordare il Professore ad un anno dalla sua scomparsa [*Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, a cura di R. Romboli, Torino, 2017].

Come riassunto nella sua introduzione da Elena Malfatti e ricordato pure nell'intervento di Serges, allora avevamo tentato di fare il punto sulla inevitabile e sempre registrata oscillazione del nostro Giudice costituzionale nel suo dialogo con il giudice comune, da un lato e con il legislatore dall'altro, soprattutto pensando di poter individuare un più marcato spostamento verso quella che avevamo definito l'anima politica.

La natura politica o giurisdizionale della Corte è stata oggetto di riflessione anche in questo incontro da parte di Bizzarri con specifico riferimento alla nuova disciplina dei poteri istruttori e della convocazione di "esperti", di Canale con riguardo alle molteplici attività non giurisdizionali della Corte, di Sperti, la quale si è chiesta se le iniziative per far conoscere la Corte alla società civile attraverso funzioni non giurisdizionali (specie quella di "magistero costituzionale") abbiano determinato uno sconfinamento in decisioni politiche proprie del legislatore.

Sicuramente i sei anni trascorsi da quell'incontro hanno dato ragione, come un po' da tutti evidenziato, della presenza nella giurisprudenza della Corte di una progressiva interpretazione ed espansione delle sue funzioni non solo, anche se principalmente, giurisdizionali che l'hanno avvicinata più all'attività di un legislatore che a quella di un giudice. Da qui la scelta del tema di questo Convegno, come ricordato puntualmente da Malfatti.

Come è stato sottolineato da tutti i relatori e da molti degli interventi in questi anni vi sono stati significative affermazioni della Corte, specie a giustificazione del ricorso a nuove tecniche decisorie, che meritano di essere sottolineate e soprattutto valutate al fine di dare una risposta ad una domanda.

La domanda (e la risposta) viene a coinvolgere in qualche misura anche il titolo di questo convegno, il quale utilizza una espressione impiegata in moltissimi altri incontri, monografie, articoli o note, vale a dire quella dei "rapporti tra Corte costituzionale e legislatore".

La domanda è se possiamo o meno continuare a parlare della Corte come di un giudice (anche se costituzionale e con tutte le particolarità note) oppure si debba parlare di un legislatore (seppure di nuovo con certe particolarità). Nel secondo caso all'evidenza l'espressione di cui sopra suonerebbe impropria, dovendosi parlare di un rapporto tra due legislatori, con tutto quello che da ciò discende, anche con riguardo ai principi costituzionali cui fare riferimento nel delineare i rapporti tra i due soggetti.

Già in occasione del convegno del 2016 qualcuno parlò esplicitamente della Corte costituzionale come di una "terza camera" e più recentemente è stato sostenuto dallo stesso Autore che la Corte chiaramente non è un mero legislatore negativo, sottolineando come ormai sia divenuta "un vero e proprio organo positivo di produzione di fonti, non solo primarie, ma anche costituzionali, finendo con assomigliare un po' alla Corte suprema americana nella sua veste di costituente permanente" e che di essa si debba quindi parlare come di un "Überparlament". Conclusione quest'ultima che dovrebbe oramai essere ritenuta "scontata" [A. Spadaro, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 12 aprile 2023, 137].

Nel corso di questo convegno una posizione assai diversa è stata invece espressa, almeno con riguardo alla conformità di tale trasformazione ai principi costituzionali, da Andrea Morrone che ha parlato di evidenti sconfinamenti del Giudice delle leggi, escludendo che questi possa ritenersi l'unico garante dei diritti e di recente da Antonio Ruggeri [*Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali*, in [dirittifondamentali.it](http://dirittifondamentali.it), 24 gennaio 2020, 208]) il quale ha parlato di un vistoso ed insopportabile tasso di politicità del giudizio con la conseguente innaturale conversione del giudice in operatore politico.

Notoriamente il controllo delle leggi in via incidentale in particolare ha posto problematicamente la relazione che la Corte viene ad instaurare, come dicevo, con i giudici e con il legislatore. Paolo

Carnevale ritiene, spiegandone le ragioni, di individuare il “cuore” della giustizia costituzionale nel rapporto tra la Corte ed il legislatore (oggetto del nostro convegno), mentre Ruggeri sottolinea fortemente il ruolo decisivo dei giudici comuni e quindi dei rapporti tra questi e la Corte.

Credo che, come suggerisce Nicolò Zanon, nel rapporto tra i tre soggetti sia difficile individuare una relazione bilaterale prevalente o più importante e la dimostrazione deriva proprio dai temi in questa occasione affrontati. Il raccordo tra la Corte ed i giudici si è infatti mostrato decisivo per la sperimentazione, da parte della prima, di soluzioni che evitino l’invasione della sfera del legislatore, mentre quando le soluzioni sono state individuate nel raccordo (leale collaborazione) con quest’ultimo, le ipotesi di invasione sono risultate, come abbiamo ascoltato, assai più chiare ed evidenti.

Come ha scritto Luisa Casseti [*Corte costituzionale e silenzi del legislatore: le criticità di alcuni modelli decisori nel controllo di costituzionalità sulle lacune legislative e il ruolo dei giudici*, in *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore*, a cura di L. Casseti e A.S. Bruno, Torino, 2019, 24-25]) le spinte in avanti del Giudice costituzionale hanno bisogno di un sistema giudiziario che abbia maturato e sperimentato non solo la capacità di interpretare nel senso di dare concretezza alle garanzie dei diritti anche nel silenzio del parlamento, ma pure di dare seguito alle decisioni dei giudici costituzionali anche quando il principio da questi enunciato sembra non fornire sufficienti elementi per dare la giustizia del caso concreto o di riuscire a valorizzare gli spunti che emergono per una interpretazione evolutiva delle norme costituzionali, anche quando la regola in grado di colmare la lacuna solo il legislatore può, e deve, fornirla.

Sul rapporto tra Corte e legislatore, oggetto di questo incontro, l’aspetto sul quale si sono concentrate le attenzioni della dottrina è stato quasi esclusivamente nel senso di contenere le invasioni della prima rispetto allo spazio di scelte discrezionali riservato al secondo e solo raramente nel senso opposto ossia di una riduzione dello spazio riservato alla Corte attraverso modifiche approvate dal parlamento. Ad eccezione di qualche progetto di revisione costituzionale, presentato e mai approvato, tendente a limitare o escludere le decisioni interpretative o manipolative, possiamo infatti ricordare solo le vicende relative alla *prorogatio* dei giudici costituzionali, alla riforma dell’art. 111 Cost. come reazione ad una pronuncia della Corte ed alle discussioni relative alle c.d. sentenze che costano per la loro incidenza sulle casse dello Stato e sul rispetto dell’art. 81 Cost.

Fino ad un certo momento la distinzione tra il modo di operare del legislatore e quello della Corte era apparso - in aderenza alle scelte in proposito chiarissime del Costituente e del legislatore costituzionale e ordinario che ha dato attuazione alle disposizioni costituzionali – piuttosto evidente attraverso la configurazione di un organo di garanzia che opera attraverso forme tipicamente giurisdizionali e che ha il compito di giudicare la conformità alla Costituzione delle scelte operate dal legislatore politicamente responsabile e ad esso esclusivamente spettanti.

Nel 2007 Vittorio Angiolini nella relazione di sintesi ad una delle sessioni di un convegno del Gruppo di Pisa [*I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, a cura di E. Bindi, M. Perini e A. Pisaneschi, Torino, 2008, 501], terminò sostenendo che pure in un momento di forte crisi del sistema rappresentativo e dei partiti politici come espressione delle libertà politiche, dovesse essere repressa la tentazione di fare della giustizia costituzionale un surrogato della politica. In quella occasione Vittorio affermò che “c’è un luogo dove si fa politica e quel luogo deve essere il luogo della politica, perché se fosse diversamente, forse perderemmo tutti un pochino delle libertà che abbiamo. E se trasformiamo tutto in un luogo di politica più piccola e moderata, rischiamo poi di perdere anche i luoghi che devono invece fungere da contrappeso moderatore della politica”. Una affermazione che, oggi ancora di più, mi sento di condividere pienamente.

Di fronte alla constatazione abbastanza diffusa, e difficilmente contestabile, che la Corte costituzionale opera come un legislatore positivo, a fianco di quello rappresentativo, viene da chiedersi se un simile risultato possa ritenersi costituzionalmente consentito, specie con riferimento al fondamentale principio di separazione dei poteri. Sul punto tornerò tra poco.

Nessun dubbio che la Corte costituzionale, fin dall'inizio del suo funzionamento, abbia operato in qualità di legislatore, come ci ricorda Carnevale, attraverso l'approvazione delle Norme integrative.

Il sistema delle fonti disegnato dall'art. 137 della Costituzione parrebbe ridurre la disciplina ad una riserva di legge costituzionale ed una di legge ordinaria (per tutte le altre norme necessarie). Quest'ultima, come noto, ha previsto la possibilità di una integrazione della normativa legislativa ad opera di nome (appunto integrative) approvate dalla stessa Corte.

Negli ultimi anni, di pari passo all'aumento della natura "politica" della Corte, abbiamo assistito alla teorizzazione di un utilizzo di questo strumento normativo non in chiave integrativa ma derogatoria non solo della legge ordinaria (specie di quanto previsto dalla legge 87/1953), ma addirittura della Costituzione.

Nella sua relazione a questo convegno Ruggeri sostiene che una disciplina che fissi le condizioni in presenza delle quali la Corte può sostituirsi al legislatore potrebbero essere contenute nelle Norme integrative e Spadaro nello scritto già ricordato (*Involuzione – o evoluzione? – del rapporto*, cit., 140), a fronte dell'art. 137 Cost. che riserva alla legge ordinaria "le altre norme necessarie per la costituzione ed il funzionamento della Corte", sostiene che la riserva sia "limitata alla sola 'costituzione'" e che implicitamente alla Corte spetti dunque "in via esclusiva e non solo concorrente l'intera materia del 'funzionamento' (e con essa naturalmente la sub materia del 'procedimento'" (corsivo aggiunto).

Fatta questa premessa le mie osservazioni conclusive saranno dedicate a qualche riflessione sui principali temi sui quali si sono concentrate le quattro relazioni e gli interventi ed in particolare quelli del rispetto delle scelte discrezionali del legislatore da parte della Corte - attraverso la creazione di differenti tipi di decisione, specie delle ultime relative al superamento delle "rime obbligate" e alla pronuncia in più fasi - della relazione fra la tutela dei diritti ed il principio di separazione dei poteri e dei possibili rimedi alla inerzia del legislatore, da un lato ed alla invadenza della sfera delle scelte politiche da parte della Corte dall'altro.

*2. La tipologia delle decisioni come strumento per garantire il rispetto delle scelte discrezionali e dell'ambito di competenza del legislatore: le sentenze interpretative di rigetto, le manipolative, le inammissibilità con monito, le additive di principio. Le "nuove" tecniche decisorie: il superamento delle "rime obbligate" e la pronuncia a più fasi.*

Il rispetto della discrezionalità del legislatore è un problema che ha caratterizzato fin dai primi anni l'attività della Corte costituzionale, impegnata a non oltrepassare i limiti delle proprie competenze, ma al tempo stesso a non venire meno al compito ad essa assegnato di garantire la conformità delle leggi alla Costituzione e l'effettività dei diritti costituzionali.

A tal fine il Giudice costituzionale è venuto elaborando una tipologia di decisioni che superassero la rigida contrapposizione tra accoglimento e rigetto, che avrebbe potuto condurre nel primo caso, a vuoti pericolosi, ma anche evitare, nel secondo caso, il permanere in vigore di leggi incostituzionali.

Il primo tipo fu, come noto, quello delle interpretative di rigetto, con le quali si tende a superare quella che è stata definita da Franco Bile [*L'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale. Relazione italiana alla XIV Conferenza, Vilnius 2-7 giugno 2008, in [www.cortecostituzionale.it/documenti](http://www.cortecostituzionale.it/documenti)*] la "omissione legislativa storica", vale a dire il mancato intervento del legislatore per dare attuazione ai nuovi principi costituzionali, che si sarebbe a maggior ragione ripetuta se questi fosse stato chiamato a coprire i buchi creati da sentenze della Corte di incostituzionalità delle leggi anteriori all'entrata in vigore della Costituzione, palesemente in contrasto con la stessa.

Il ruolo svolto da questo tipo di decisione fu, come noto, di fondamentale importanza e si fondò sul potere interpretativo della Corte come giudice, superando le obiezioni della Corte di cassazione circa la sua esclusività nell'interpretare gli atti con forza di legge e pure la separazione fra il piano

della legalità e quello della costituzionalità. Il dialogo pertanto fu essenzialmente con i giudici comuni, i quali dopo una iniziale resistenza (la c.d. guerra tra le due corti), accolsero in pieno l'invito della Corte costituzionale, proponendo, quando in disaccordo con l'interpretazione suggerita dalla Corte, nuovamente la questione di costituzionalità, permettendo così una seconda decisione di incostituzionalità (la c.d. doppia pronuncia).

La giustificazione di questa tipologia di decisione, come risulta chiaramente da quanto scritto nel 1957 da Gaetano Azzariti [*Discorso nella seduta inaugurale del secondo anno di attività della Corte*, in *Giur. cost.*, 1957, 878 ss.], portava già dall'inizio con sé la possibilità, poi esplicitata nel 1996 dalla nota sentenza Zagrebelsky, che anche i giudici potessero (e dovessero) procedere autonomamente a dare alla legge una interpretazione costituzionalmente conforme. Alla Corte costituzionale infatti veniva riconosciuto, nella logica di un sistema accentrato di giustizia costituzionale, di procedere in esclusiva e con efficacia *erga omnes* alla dichiarazione di incostituzionalità, ma sul piano del potere interpretativo della legge alla luce della Costituzione i suoi poteri potevano ritenersi pari a quelli dei giudici comuni, eccetto la diversa autorevolezza della interpretazione in quanto proveniente dal Giudice costituzionale.

In alcuni casi i limiti che incontra l'attività di interpretazione non rendevano però possibile rimediare al *vulnus* dei principi costituzionali da parte della legge ed allora il nuovo tipo di decisione fu quella manipolativa, attraverso la quale la Corte interviene sul testo della legge, più spesso in maniera chirurgica, aggiungendo, togliendo o sostituendo qualcosa. Con la decisione manipolativa la Corte si rivolge ai giudici, cui la soluzione adottata stavolta si impone ed anche al legislatore, nella misura in cui va a modificare una legge da questo approvata e non modificata nonostante la pendenza della questione di costituzionalità.

Inevitabile l'accusa di invadere il campo riservato alle scelte discrezionali del legislatore, alla quale però si risponde con la tesi delle "rime obbligate", negando in sostanza di operare sul piano della legislazione ed affermando al contrario di restare sul piano della interpretazione delle fonti. La manipolazione operata dalla Corte, infatti, deriva in maniera automatica quale unica possibile lettura della Costituzione; pertanto, essa non crea qualcosa di nuovo, ma "inventa" la norma, nel significato dato al verbo da Paolo Grossi [nel suo volume *L'invenzione del diritto*, Bari, 2017].

La Corte si limita a rendere palese, a portare alla luce qualcosa che già esiste, senza creare quindi alcunché.

Quando non ricorre la condizione delle "rime obbligate", anche a fronte di una legge che risulta porsi in contrasto con i principi costituzionali, la Corte nel rispetto delle scelte discrezionali del legislatore e dei limiti imposti alla sua azione, giunge al tipo di decisione, qualificato da Carnevale come "dissonante", vale a dire una dichiarazione di inammissibilità accompagnata da un monito. Se quindi la decisione vede come principale destinatario il legislatore, chiamato in maniera più o meno stringente ad intervenire, essa pare ugualmente rivolta anche ai giudici, sia come indicazione a favore di una interpretazione costituzionalmente conforme nella applicazione della norma al caso concreto, sia come richiesta di collaborazione, quando ammonisce il legislatore che, allorché la questione sarà nuovamente portata al suo esame, procederà alla dichiarazione di incostituzionalità "secca".

I moniti esprimono all'evidenza la situazione di disagio nella quale viene a trovarsi la Corte e l'esperienza ha mostrato come il legislatore sia stato niente affatto sollecitato ad intervenire e spesso abbia mostrato di non aver neppure preso conoscenza dei moniti stessi, come dimostra la paradossale vicenda ricordata da Zanon relativamente alla [sentenza n. 23 del 2015](#).

Indubbio infatti che il legislatore abbia mostrato nei fatti di non ritenersi vincolato dai moniti della Corte, a differenza di quanto sostenuto dal presidente Gallo nella consueta [relazione annuale nel 2013](#) secondo cui i moniti "costituiscono l'unico strumento a disposizione della Corte per indurre gli organi legislativi ad eliminare situazioni di illegittimità costituzionale che, pur da essa riscontrate, non portano ad una formale pronuncia di incostituzionalità" e "queste esortazioni non equivalgono al mero auspicio ad un mutamento legislativo, ma costituiscono l'affermazione – resa nell'esercizio tipico



delle funzioni della Corte – che, in base alla Costituzione, il legislatore è *tenuto* ad intervenire in materia” (corsivo aggiunto).

Non si può negare il ruolo benefico della funzione monitoria, specie quando essa sia svolta attraverso le *rationes decidendi* delle proprie pronunce, ma, come sottolineano Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò nel loro manuale di giustizia costituzionale “fuori di questo ambito, essa costituisce o un’invasione in una sfera che, come quella della lotta politica, non le è propria; oppure significa l’assunzione di un ruolo, nel processo legislativo, opposto a quello che le è stato assegnato”.

Anche Bile, nella ricordata Relazione, sottolinea come il monito non può essere che la dichiarazione della omissione legislativa, rafforzata dalla eventualità che la Corte, in futuro, potrà sostituirsi al legislatore (“*scil.* nei limiti delle proprie attribuzioni”) e vada a sanare la situazione di incostituzionalità venutasi a creare.

Nel tentativo di conciliare il rispetto della discrezionalità del legislatore con la tutela del diritto leso da una legge incostituzionale, la Corte ha individuato un nuovo, interessante, tipo di decisione: la sentenza additiva di principio.

Con essa la Corte non pronuncia una sentenza additiva autoapplicativa (che necessiterebbe la situazione di “rime obbligate”), ma una decisione che si compone di due distinte parti, una parte demolitoria (dichiarazione di incostituzionalità della norma impugnata) ed una additiva, ma solo dei principi ai quali il legislatore dovrà ispirarsi nel dettare la disciplina necessaria a seguito della incostituzionalità. Fintanto che il legislatore non avrà provveduto in tal senso, il giudice comune viene autorizzato a decidere i casi concreti ad esso sottoposti facendo, nei limiti del possibile, applicazione dei principi enunciati dalla Corte, esprimendo così la convinzione che spesso la migliore soluzione è quella che il giudice individua secondo le specifiche caratteristiche del caso. Al legislatore viene riservata la possibilità di intervenire con una disciplina generale ed astratta.

I più recenti tipi di decisione sperimentati dalla Corte costituzionale, e sui quali si sono ampiamente diffuse le relazioni a questo Convegno, hanno in comune il fatto di fondarsi sulla logica del bilanciamento tra diverse esigenze espressive di differenti principi non realizzabili congiuntamente, anche ponendo in bilanciamento principi a mio avviso non bilanciabili.

Si tratta delle tipologie che potremmo definire più audaci per il tema che ci occupa, vale a dire quelle che operano una modulazione della efficacia nel tempo delle dichiarazioni di incostituzionalità, quelle che hanno ritenuto di poter superare le “rime obbligate” ed infine quelle che hanno sperimentato la decisione a più fasi.

Le prime, come in altre occasioni ho avuto modo di sostenere, pongono come uno degli elementi oggetto del bilanciamento il rispetto delle regole processuali fissate dalla legge e addirittura dalla Costituzione, ritenendo in sostanza di potervi derogare allorché ciò sia giustificato dalla necessità di evitare che la incostituzionalità determini effetti pregiudizievole per altri interessi costituzionalmente rilevanti, pure se questo porti a sacrificare il significato stesso della pregiudizialità e quindi la *ratio* posta a base del controllo delle leggi in via incidentale.

Si pensi alla nota decisione del 2015 sulla c.d. Robin Tax oppure alla successiva [sentenza n. 41 del 2021](#) sui giudici onorari con la quale, dopo aver giudicato la disciplina impugnata come “del tutto fuori sistema” e “in radicale contrasto” con l’art. 106 della Costituzione, si ritiene che la stessa – si badi relativa alle condizioni di legittima composizione dei giudici componenti le corti di assise – debba ciò nonostante continuare ad essere applicata ancora per quattro anni, rendendo tra l’altro temporanea una legge che all’origine non lo era. Correttamente Valerio Onida si è chiesto al proposito se in questo caso di sia trattato di una modulazione degli effetti temporanei della sentenza oppure di una sospensione temporanea della norma costituzionale [*Osservatorio costituzionale*, 6 aprile 2021]).

Quale risultato del bilanciamento tra il rispetto della discrezionalità del legislatore e la tutela dei diritti costituzionali, la Corte ha deciso di non doversi ritenere limitata dalla presenza delle “rime obbligate” e di poter quindi procedere attraverso pronunce di tipo additivo pure quando la soluzione non discenda come unica possibile dalla Costituzione, purché il sistema nel suo complesso offra alla Corte “precisi punti di riferimento” e soluzioni normative “già esistenti” che possano sostituirsi a

quelle dichiarate incostituzionali, in modo da consentire di porre rimedio nell'immediato al *vulnus* riscontrato senza determinare insostenibili vuoti di tutela. Il legislatore potrà intervenire in qualsiasi momento per individuare, nell'ambito della propria discrezionalità, una diversa soluzione, purché rispettosa dei principi costituzionali.

Sempre bilanciando tutela dei diritti e spazio riservato al legislatore, la Corte ha ritenuto, in mancanza di una soluzione comunque ricavabile dal sistema normativo, di poter procedere essa stessa a dettare la disciplina mancante, attraverso un tipo di decisione che si compone di almeno due differenti fasi: una prima che si chiude con una ordinanza interlocutoria con cui in sostanza la Corte esamina *funditus* la questione e giunge alla conclusione della incostituzionalità della normativa impugnata, pur senza procedere alla dichiarazione della stessa. Con l'ordinanza interlocutoria la Corte sospende il giudizio costituzionale e fissa una data successiva (nelle ipotesi finora verificatisi, di circa un anno) per la udienza nella quale, con ogni probabilità, giungerà alla pronuncia definitiva. Ciò allo scopo di consentire in questo termine, in spirito di leale collaborazione, al parlamento di intervenire a modificare la normativa incostituzionale e facendo capire chiaramente che, in caso contrario, provvederà essa stessa a sostituire il parlamento con una disciplina che sarà valida fintanto che questi non deciderà di legiferare.

*3. Continuità o rottura delle “nuove” tecniche decisorie? Il superamento delle “rime obbligate”: la inutilità della interpretazione “originalista” del pensiero di Crisafulli e gli elementi nuovi della soluzione ricavata da fonte ordinaria e conseguente ad una “scelta” della Corte.*

La individuazione e sperimentazione di differenti tipologie di decisione da parte della Corte costituzionale si è posta pertanto in stretta connessione con la necessità di rispettare lo spazio che la Costituzione ha inteso riservare al legislatore politicamente responsabile.

In proposito Carnevale nella sua relazione sostiene infatti che i tipi di decisione via via creati dalla Corte sono “tutti impastati della stessa logica”, ma potremmo chiederci se, ai fini del tema oggetto di questo incontro, si possa parlare di una successione di soluzioni “della stessa pasta” oppure non si debba segnalare nelle ultime tipologie un deciso salto di qualità, verso una differente natura del Giudice costituzionale e della sua collocazione nel sistema istituzionale.

A proposito del superamento delle “rime obbligate” Carnevale, condiviso nel suo intervento anche da Puggioni, procede ad una ricostruzione del pensiero di Vezio Crisafulli, autore come noto della celebre espressione avvicinata da Paolo alla espressione creata dalla giurisprudenza costituzionale, delle leggi “a contenuto costituzionalmente necessario”. La conclusione è che una rilettura “originalista” della dottrina delle “rime obbligate” mostrerebbe come la soluzione derivata dal superamento delle stesse (c.d. rime adeguate) non si porrebbe fuori dalla teoria crisafulliana, potendosi affermare che all'unica soluzione costituzionalmente possibile sarebbe aggiunta “l'unica soluzione legislativamente potabile”.

Ritengo in realtà poco produttiva e di scarso significato l'indagine sulla dottrina di Crisafulli, dal momento che la frase nel tempo ha assunto un significato che prescinde dalla volontà del suo autore e che è stato quasi unanimemente riconosciuto dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza costituzionale.

Il significato, a prescindere dal fatto che si sia trattato di un compromesso o che abbia funzionato come una “foglia di fico”, è stato quello di distinguere il modo di operare della Corte rispetto a quello del legislatore, nel senso che la prima utilizza lo strumentario dei giudici e della interpretazione (anche con la possibilità di dichiarare incostituzionale una legge) e non quello del legislatore che opera attraverso scelte discrezionali delle quali si assume la responsabilità di fronte ai cittadini.

Questo in estrema sintesi il significato che quella espressione ha assunto per anni quale limite alle invasioni della Corte nel terreno proprio del legislatore, creando, come scrive Morrone nella sua

relazione, un punto di equilibrio tra le ragioni della politica e quelle del diritto e ciò a prescindere da una ricostruzione della reale volontà dell'autore della stessa.

Sarebbe come interrogarsi sulla correttezza della espressione “leale collaborazione” per chiedersi, come fa Ruggeri nella sua relazione, se esista una collaborazione “non leale”. Il significato della stessa, nata nel rapporto fra stato e regione ed applicata anche agli scopi del tema oggetto delle nostre riflessioni, è infatti ormai inequivocabilmente chiaro e assolutamente pacifico.

Il superamento delle “rime obbligate” può essere considerato un elemento “della stessa pasta” oppure qualcosa di diverso che altera il sistema così come fin allora configurato?

Credo sia indubbia la presenza di due importanti elementi di novità: a) la soluzione viene ricavata da una fonte appartenente alla legislazione ordinaria e non più costituzionale; b) la soluzione non risulta obbligata ma è soltanto una fra le soluzioni presenti nell'ordinamento, per cui è la Corte ad operare la scelta per individuare quella ritenuta, a suo giudizio, più idonea allo scopo.

Per il primo elemento Carnevale rileva come la nuova situazione risulti addirittura preferibile in quanto, mentre la soluzione derivata come obbligata dalla Costituzione (*viva vox Constitutionis*) finisce con il determinare una cristallizzazione della stessa, il derivare la soluzione da una legge ordinaria permette al legislatore di modificarla a sua discrezione.

Questa osservazione dà quindi per acquisita la qualificazione della Corte come quella di un legislatore che produce norme aventi forza di legge – sulla quale tornerò tra un momento – e non tiene adeguatamente in considerazione il passaggio tra un'attività di interpretazione (della Costituzione) con cui viene individuata l'unica soluzione costituzionalmente corretta rispetto a quella di “scelta” discrezionale tra diverse soluzioni tutte presenti nell'ordinamento.

Questa rappresenta il secondo elemento di novità di fondamentale importanza che consiste nel potere di “scelta” da parte della Corte, fin allora almeno nelle sue affermazioni sempre escluso. Non si può non condividere quanto afferma Zanon in proposito, definendo “pietre” certe parole, che rendono difficile cogliere la differenza tra supplenza e scelta legislativa, a fronte di espressioni generiche quali “grandezze già esistenti nell'ordinamento”, che scontano una inevitabile arbitrarità a differenza delle “rime obbligate”. In proposito Nicolò pone efficacemente in alternativa il termine “grandezze pre-date” con quello di “grandezze predate” (senza trattino).

Non sembra convincente l'affermazione di Carnevale secondo cui, trattandosi di una soluzione normativamente presente nell'ordinamento, la Corte non si confonderebbe con il legislatore, non creando lei direttamente la disciplina applicabile.

In una recente monografia dedicata al tema delle omissioni del legislatore, Francesco Paterniti [*Le omissioni del legislatore. Profili, problemi, prospettive*, Napoli, 2023, 132] sostiene in proposito che quella che emerge, a seguito del superamento delle “rime obbligate” è una “scelta politica” e come l'intervento della Corte manifesti una precisa volontà politica oltre che giuridico-costituzionale.

La dichiarata volontà da parte della Corte di non ritenersi più vincolata al rispetto delle “rime obbligate” mi fa ricordare quanto affermato dal Pizzorusso a proposito del rispetto delle norme processuali. Egli scriveva: “quanto agli atteggiamenti disinvolti, sotto il profilo del rispetto dei principi processuali, che la Corte ha talora assunto, quello che conta non è tanto il numero o la qualità delle inosservanze, quanto il fatto che esse non siano teorizzate come espressione di una sorta di libertà dalla legge processuale (che sarebbe invero assai pericolosa, per la Corte e per il paese), ma siano anzi tenacemente (anche se non sempre convincentemente) smentite” [*Prefazione*, in Romboli (cur.), *La giustizia costituzionale a una svolta*. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990, Torino, 1991, 5 ss.]

La conseguenza del potere di scelta e della genericità dei presupposti sui quali essa si fonda, è la incoerenza della recente giurisprudenza, giustamente denunciata da Spadaro (*op. cit.*) il quale osserva come “contemporaneamente” la Corte segua ora una soluzione (inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore) ora l'altra (incostituzionalità ed individuazione della nuova disciplina).

A ciò si aggiunga anche una certa casualità nel poter trovare, pur in situazioni analoghe o identiche, una soluzione pre-data nell'ordinamento. Si pensi ad esempio al caso in cui è stata dichiarata la

incostituzionalità di una norma, individuando nel sistema un termine idoneo a sostituire quello incostituzionale ([sent. 113/2020](#)), mentre l'anno successivo l'impossibilità di individuare un termine idoneo pre-dato ha fatto concludere - nonostante una situazione di anacronistico ed ingiustificato privilegio della p.a. ed una palese inadeguatezza della disciplina - per la inammissibilità delle questioni in quanto la fissazione di un termine spetta esclusivamente al legislatore ([sentt. nn. 151 e 200 del 2021](#)).

*4. Segue. La decisione a più fasi ed il principio di leale collaborazione con il legislatore. Contraddittorietà ed aspetti problematici del tipo di decisione. La scrittura della legge mancante ad opera della Corte ed il salto di qualità rispetto alla precedente tipologia delle decisioni.*

A proposito della decisione a più fasi, inaugurata con il caso Cappato, il fondamento viene individuato dalla Corte nel principio di leale collaborazione istituzionale con il legislatore, nonché nella necessità di evitare le conseguenze negative che deriverebbero – in caso di pronuncia di inammissibilità con monito – dal dover i giudici continuare ad applicare la normativa incostituzionale.

Sotto il primo aspetto è stato posto in dubbio da Morrone che si tratti davvero di un'autentica e paritaria cooperazione tra poteri ed è stato rilevato da Zanon come si tratti di una lealtà a senso unico, in quanto la Corte chiede al parlamento di legiferare quando questi potrebbe aver deciso di non farlo e pone lo stesso sotto la minaccia della dichiarazione di incostituzionalità e della sua sostituzione ad opera della medesima Corte. Si potrebbe aggiungere come appaia quasi una legislazione sotto dettatura, dal momento che le indicazioni derivano da un soggetto quale la Corte costituzionale che indica con precisione i paletti che il legislatore deve rispettare. Ben diverso, quanto a rispetto delle scelte del legislatore, se la soluzione giurisprudenziale fosse indicata da un giudice comune, si pensi al caso Englaro ed alla soluzione indicata dalla Corte di cassazione.

Sotto il secondo aspetto, una dichiarazione di inammissibilità per non invadere il campo riservato alle scelte del legislatore avrebbe determinato la prevedibile condanna di Cappato per il reato di aiuto al suicidio. Nel suo intervento Bruno Brancati richiama l'attenzione su quanto previsto dall'art. 30, comma 4, l. 87/53 in base al quale comunque, in caso di condanna sulla base di norma poi dichiarata incostituzionale, gli effetti della stessa sarebbero destinati a cessare dal giorno della pubblicazione della sentenza di incostituzionalità sulla *Gazzetta Ufficiale*.

Nel caso dell'ergastolo ostativo si potrebbe ricordare come in una decisione di pochi anni prima la Corte abbia ritenuto, sempre in tema di ergastolo, di dichiarare la incostituzionalità a prescindere dalle conseguenze che la stessa avrebbe creato, invitando il legislatore ad intervenire per quanto di sua spettanza.

Nella vicenda dell'ergastolo ostativo la leale collaborazione ha avuto l'effetto di ritardare (nella specie un anno e sei mesi in totale, a seguito dei due rinvii) la possibilità dei condannati all'ergastolo di godere di determinati benefici.

Da non sottovalutare infine il fatto che l'applicazione della norma la cui incostituzionalità è stata inequivocabilmente accertata dalla Corte, mentre viene sospesa per il giudizio *a quo*, rimane ovviamente applicabile per tutti gli altri operatori giuridici, i quali dovranno dare alla stessa applicazione. Se i giudici potranno astenersi dal farlo sollevando a loro volta una questione di costituzionalità, diversa sarà la posizione della pubblica amministrazione, la quale non avrà alcun strumento per non applicarla la norma già ritenuta dalla Corte inequivocabilmente incostituzionale.

In alcuni lavori precedenti avevo avuto modo di sottolineare una contraddizione che sembrava balzare agli occhi dalla lettura dei due provvedimenti della Corte (l'ordinanza interlocutoria e la sentenza definitiva): nella prima essa, dopo aver indicato e giustificato il vizio di costituzionalità, sosteneva di trovarsi di fronte ad un *vulnus* non rimediabile in quanto esorbitante dai poteri riconosciuti alla Corte e riservati al legislatore, nella seconda, sulla base del puro e semplice inutile decorso del termine, l'ostacolo insormontabile scompare e la Corte interviene con la dichiarazione di

incostituzionalità e la predisposizione della disciplina che prima aveva dichiarato di esclusiva spettanza del legislatore. Una contraddizione invero poco spiegabile per un giudice, nell'ambito, si badi, dello stesso giudizio.

Carnevale fornisce una spiegazione a tale apparente (?) contraddizione: si tratterebbe della presenza di diverse soluzioni, una ottimale (quella politica), l'altra di rincalzo (quella giurisprudenziale), per realizzare la prima si concede un tempo al legislatore, se non fa nel tempo indicato scatta la seconda.

Questa seconda però non chiude definitivamente la questione, in quanto sarebbe proposta dalla Corte solo come situazione provvisoria, "parziale e limitata", "penultima", in attesa che il legislatore si decida ad intervenire quando e come crede, non trovando alcun limite nella soluzione suggerita dalla Corte. Si tratterebbe quindi di un rapporto di "preferenza" a vantaggio del legislatore, il quale non escluderebbe la competenza della Corte ad intervenire normativamente con una disciplina "cedevole".

Secondo Zanon, il quale sottolinea come si tratti di normativa interamente di conio del Giudice costituzionale, una simile ricostruzione finisce per svalutare la soluzione normativa indicata dalla Corte, in quanto definita provvisoria e precaria.

A seguito della ordinanza interlocutoria con cui la Corte, accertata la incostituzionalità, assegna un termine al legislatore, sono possibili due ipotesi: che il legislatore (come nei primi due casi che si sono verificati) non intervenga oppure che lo faccia modificando la disciplina oggetto del giudizio di costituzionalità.

Nel primo caso la Corte provvede a dettare lei stessa la disciplina mancante e la questione può ritenersi, almeno per il momento, risolta a vantaggio del diritto costituzionale da tutelare, nel secondo caso invece non è detto che la nuova legge soddisfi le condizioni richieste dalla Corte e si ponga quindi in conformità ai principi costituzionali. La soluzione, salvo casi eccezionali, non potrà che essere, come sottolinea Zanon, quella della restituzione degli atti per un riesame della rilevanza e della non manifesta infondatezza al giudice *a quo*, il quale sarà chiamato a valutare la risposta del legislatore in relazione ai principi espressi dalla Corte costituzionale al fine di decidere se sollevare o meno di nuovo la questione di costituzionalità sulla nuova normativa.

Difficile anche nel caso della decisione a più fasi negare il "salto di qualità" prodotto da questo tipo di decisione, che determina, al momento, la massima espansione del potere normativo della Corte, come sostenuto anche da Spadaro [*op. cit.*], il quale parla di una "arditissima tecnica decisoria", individuando le ragioni nella discrezionalità della Corte nella individuazione della data della successiva udienza, della declaratoria di incostituzionalità come sanzione della inerzia del legislatore, il quale potrebbe addirittura essere incentivato a non intervenire dalla predisposizione di una soluzione da parte della Corte e nel rispetto del principio di separazione dei poteri.

Al proposito non sembrano calzanti i paralleli con precedenti tecniche decisorie ed in particolare con le ipotesi di c.d. doppie pronunce.

Da un lato quello con le interpretative di rigetto seguite dalla dichiarazione di incostituzionalità. Secondo Carnevale anche in questo caso avremmo una prima pronuncia indicativa della soluzione a seguito di un accertamento di incostituzionalità non dichiarato e, nel caso che la soluzione non venga seguita dai giudici, una seconda sentenza di incostituzionalità.

Sulla base di quanto detto in precedenza mi pare evidente la differenza che, ai fini del nostro tema, corre tra le due ipotesi, la più evidente è che, in un caso, tutto si svolge nell'ambito dei poteri interpretativi della Corte e dei giudici in dialogo tra loro, mentre nelle nuove tipologie di decisione esaminate, il dialogo (nei limiti in cui si realizza veramente) è tra legislatori.

Da un altro lato quello tra la sentenza di inammissibilità per discrezionalità del legislatore seguita da monito, doppiata, in caso di inerzia di quest'ultimo, da una pronuncia di incostituzionalità.

Le differenze anche in questa ipotesi mi sembrano abbastanza evidenti: innanzi tutto si tratta di due diversi giudizi attivati in momenti necessariamente diversi, ma soprattutto la minaccia, quando

effettivamente eseguita, è quella di dichiarare incostituzionale la legge impugnata e non di sostituirla con una nuova disciplina.

La Corte, infatti, con formula molte volte ripetuta, avverte il legislatore che, perdurando lo stato di inerzia, essa, ove investita di ulteriori questioni di costituzionalità riguardanti lo stesso specifico tema, non potrà esimersi dall'adottare le decisioni più appropriate ad evitare la constatata distonia con i principi costituzionali.

Da notare come negli ultimi anni la Corte ha provveduto a modificare la formula classica utilizzata per sollecitare in maniera ultimativa l'intervento del legislatore, nel senso di segnalare "che un ulteriore protrarsi dell'inerzia legislativa non sarebbe tollerabile (...) e la indurrebbe, ove nuovamente investita, a *provvedere direttamente*, nonostante le difficoltà qui descritte" ([sentt. nn. 180 e 183/2022](#)) (corsivo aggiunto). Un avvertimento quindi che annuncia la volontà della Corte di sostituirsi al legislatore: una sorta di soluzione intermedia tra la inammissibilità con monito tradizionale e la pronuncia a due fasi, che prende un po' dall'una ed un po' dall'altra.

*5. Il bilanciamento tra gli elementi essenziali per una costituzione indicati dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789: garantire i diritti e rispettare la separazione dei poteri. La separazione dei poteri come cornice entro la quale garantire i diritti. La legittimazione della Corte sulla base dei risultati conseguiti: critica.*

Il riscontrato salto di qualità avvenuto specie con gli ultimi due tipi di decisione sperimentati dalla Corte costituzionale porta a chiederci quali effetti esso, se confermato, porti alla collocazione della stessa nell'assetto costituzionale dei poteri e se tali innovazioni possano ritenersi conformi ai principi del costituzionalismo ed in particolare di quello di separazione dei poteri.

Mi sembra significativo al proposito che tre dei quattro relatori abbiano richiamato, seppure non allo stesso scopo, l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, secondo cui "ogni società nella quale non è assicurata la garanzia dei diritti né determinata la separazione dei poteri, non ha Costituzione".

Lo ha fatto Morrone per dedurre che tale disposizione non ha mai significato che la garanzia dei diritti potesse travolgere l'organizzazione dei poteri e, di conseguenza, non ha consacrato il primato dei giudici sugli organi elettivi; lo ha fatto Ruggeri, il quale ne ha derivato che, venendo meno la separazione dei poteri, viene meno altresì la effettiva salvaguardia dei diritti; lo ha fatto infine Zanon, sostenendo che oggi la disposizione andrebbe letta invertendo i termini: in principio deve essere salvaguardata la separazione dei poteri, poi seguirà la garanzia dei diritti.

In effetti il modo come viene giustificata l'assunzione da parte della Corte di poteri di legislazione in sostituzione di un legislatore inerte è quello di operare una sorta di bilanciamento tra i due principi espressi dal citato art. 16: la garanzia dei diritti e la separazione dei poteri.

La Corte nella motivazione delle proprie decisioni e attraverso le dichiarazioni o relazioni dei propri presidenti, ha infatti con estrema chiarezza posto il problema di poter (o dover) rispettare le "rime obbligate" e quindi lo spazio riservato al legislatore che tale espressione, come visto, intendeva garantire, anche di fronte a violazioni dei diritti costituzionali.

In altri termini: garantire la separazione dei poteri oppure la tutela dei diritti?

Chiara la risposta offerta nella conferenza stampa del 2019 dal presidente Lattanzi, riportata pure da Zanon, il quale ha affermato che appare inconcepibile che, proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni illegittime che offendono la libertà personale. In queste ipotesi occorre trovare nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati per cancellare la norma, preservando al contempo la discrezionalità legislativa, ma "deve restare chiaro che è il primo obiettivo a costituire la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale".

La legittimazione dell'intervento della Corte sostitutivo di quello del legislatore troverebbe in sostanza fondamento nella bontà dei risultati ottenuti: il fine che giustificerebbe i mezzi come sostenuto criticamente da Morrone e da Ruggeri e, in base alla supposta centralità dei diritti, viene giustificato il superamento dello spazio della discrezionalità del legislatore attraverso la supplenza del Giudice costituzionale e quindi una sostanziale riallocazione del potere sovrano (F. Paterniti, *op. cit.*). Su questa base in altra occasione [*Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, finalità*, in *Quaderni costituzionali*, 2023, 45 ss.] ho criticato le tesi secondo cui sarebbe il consenso popolare a rendere effettive le sentenze della Corte, la cui giurisprudenza non avrebbe alcuna efficacia se non incontrasse il consenso [A. Gusmai, *Il giudice, il legislatore e l'opinione pubblica: appunti sulla razionalità sociale dell'ordinamento costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 maggio 2016] e che, a fronte di crescenti inefficienze del potere politico, le istituzioni di garanzia, come Corte, sono state indotte a rafforzare la propria legittimazione anche attraverso la ricerca di un consenso indiretto da parte del corpo elettorale e che la legittimazione vada ricercata nell'esercizio della funzione e nel consenso sociale che è in grado di ricevere in ragione della credibilità dei suoi prodotti [E. Cheli, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali* 2019, 781].

La legittimazione della Corte costituzionale credo infatti che abbia molto poco a che vedere con il consenso popolare, trattandosi di un soggetto di garanzia che opera in senso antimaggioritario e quindi non democratico, con il compito di razionalizzare, in sede di controllo, i prodotti del legislatore e tenendosi quindi distante da questo e dalla ricerca del consenso popolare. La legittimazione della Corte costituzionale, in base al principio di separazione dei poteri, deriva dall'esercizio in maniera obiettiva ed imparziale delle funzioni di garanzia ad essa attribuite dalla Costituzione e ruolo fondamentale allo scopo viene ad assumere la motivazione delle decisioni ed il rispetto delle regole processuali.

Condivido per questo la posizione di quanti hanno sostenuto che, dopo la caduta del regime fascista, si è voluto creare un sistema “nel quale la separazione dei poteri fosse assicurata alla stessa stregua dei diritti fondamentali, in una parola un sistema improntato ai principi del costituzionalismo” (F. Bile, *op. cit.*) e che il primo di tali principi non può essere superato dal secondo, neppure nella logica della leale collaborazione tra poteri dello stato (N. Zanon, che richiama in proposito G. Miglio).

Non vedo in realtà alcuno spazio per un bilanciamento tra i due principi e tanto meno nel senso di giustificare la violazione della separazione dei poteri in nome della tutela dei diritti. Il rispetto della separazione dei poteri rappresenta infatti la cornice entro la quale tutti gli organi dello stato sono a chiamati a svolgere le loro funzioni e l'obiettivo di garantire i diritti è prioritario e comune a tutti i poteri dello stato, ma nello spazio delineato ad ognuno di loro dalla cornice della separazione dei poteri. Ragionando assolutamente per assurdo: che dire se di fronte ai ritardi con cui vengono decisi i processi, al fine di tutelare i diritti dei cittadini, il legislatore sostituisse, anche temporaneamente, i giudici con altri soggetti estranei all'ordinamento giudiziario e quindi privi delle garanzie di quanti vi fanno parte.

*6. Il tentativo di conciliare la tutela dei diritti e l'osservanza della separazione dei poteri. Le omissioni del legislatore (totali o parziali; legittime o illegittime) a fronte della esplosione dei “nuovi diritti”. Le proposte per sollecitare l'intervento del legislatore: una riforma che costringa gli organi di indirizzo a decidere, una legge che colpisca lo stato nella “tasca” (obbligo di risarcimento dei danni) o l'approvazione di una “legge di adeguamento costituzionale” sul tipo della legge comunitaria: critica. La proposta di Candido: ogni organo, in spirito di leale collaborazione e con la finalità di realizzare i principi costituzionali, faccia quello che la Costituzione chiede loro.*

Come da più parti sottolineato il tema delle omissioni e dei ritardi del legislatore attraversa al tempo stesso le relazioni tra poteri e la effettività delle garanzie dei diritti fondamentali [L. Casseti,

*op. cit.*], ponendoci davanti, come avverte Paolo Carnevale, ad un duplice pericolo: quello della denegata giustizia costituzionale o quello di voler retribuire giustizia ad ogni costo.

Già nel 1984 Gustavo Zagrebelsky ammoniva come la funzione della Corte deve essere di stimolo al legislatore e la scelta dei valori cui ispirarsi non deve essere libera scelta della stessa, in quanto ad una delega in bianco sulla razionalità delle scelte è preferibile l'irrazionalità delle forze politiche in quanto rappresentative. Dall'altro lato metteva pure in guardia contro la eccessiva prudenza nei confronti della discrezionalità del legislatore: inammissibilità come denegata giustizia e accondiscendenza verso il suo immobilismo.

Ad evitare il realizzarsi del contrasto tra i due principi ed allo scopo di tentare di conciliare la necessità di tutela dei diritti con la osservanza del principio di separazione dei poteri, sono state individuate tutta una serie di possibili soluzioni che, per comodità espositive e nonostante la loro innegabile interferenza, esporrò distinguendo tra quelle tendenti a far fronte alla inerzia del legislatore e quelle invece aventi lo scopo di limitare la esorbitanza del Giudice costituzionale dai limiti ad esso assegnati dalla Costituzione.

Per le prime, negli ultimi anni l'attenzione è stata rivolta in maniera particolare alle omissioni del legislatore, rispetto alle quali opportunamente si è proceduto ad una distinzione [F. Bile, *op. cit.*] tra omissioni totali (inattività) ed omissioni parziali (come azione incompleta), come tali superabili attraverso le sentenze additive.

Il problema che oggi ci poniamo è essenzialmente riferito alla prima delle due ipotesi e, in questo ambito, si è posta la ulteriore distinzione tra omissioni legittime (rientranti nella sfera di discrezionalità del legislatore) ed omissioni illegittime [F. Paterniti, *op. cit.*].

In Italia, come noto, non è prevista, tra le competenze della Corte, quella di giudicare sulle omissioni del legislatore, a differenza di quanto accade in altre esperienze anche europee, come quella portoghese ed a ciò è stata imputata da alcuni la mancata soluzione del problema.

In realtà credo non sia così e che si possa condividere quanto di recente sostenuto nel senso che il controllo sulle omissioni legislative è evanescente, in quanto coincide con l'assenza di una norma, "il tribunale costituzionale deve infatti decidere se, astenendosi dal legiferare su una materia, l'organo competente è venuto meno alle proprie funzioni, radicate espressamente nella Costituzione" [S. Bagni e M. Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, Milano, 2021, 352].

Anche nell'esperienza portoghese - tra le funzioni del Tribunale costituzionale è prevista quella di "accertare il mancato rispetto della Costituzione dovuto all'omissione di provvedimenti legislativi volti a rendere esecutive le norme costituzionali. Quando il TC accerta l'esistenza di incostituzionalità per omissione, ne informa l'organo legislativo competente" - i casi di controllo delle omissioni sono state finora abbastanza rare e non hanno condotto ad altro effetto che di portare il caso all'attenzione del legislatore senza alcuna possibilità di costringerlo ad intervenire.

Dalla esperienza comparata se ne ricava inoltre che il controllo per omissione legislativa è quasi sempre un giudizio astratto, e non concreto come il giudizio in via incidentale, ed è promosso ad iniziativa di soggetti pubblici e assai raramente dai cittadini.

Una soluzione seguita da alcuni Giudici costituzionali europei (specie Germania, Austria e Spagna) è stata quella di distinguere tra la dichiarazione di incostituzionalità-nullità e quella invece di incompatibilità, che non elimina la legge ma la rende non applicabile al caso *de quo*.

Il tema delle omissioni del legislatore si è legato in questi ultimi anni al fenomeno dei c.d. diritti nuovi, derivanti dalla evoluzione dei costumi sociali, dai risultati raggiunti dalla scienza e dalla tecnica e anche da Carte di livello sovranazionale. Questo fenomeno ha posto chiaramente il problema di individuare quale sia il ruolo dei giudici e quale quello degli organi legislativi nel loro riconoscimento e ci si è chiesti altresì se sia preferibile una cattiva legge piuttosto che nessuna legge [(A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016)], che richiama il caso della procreazione medicalmente assistita).

L'argomento ci porterebbe all'evidenza fuori dai limiti di queste considerazioni conclusive, per cui rilevo solamente come mi pare opportuno distinguere, al fine di determinare i limiti agli interventi



creativi dei giudici, tra quelli che potremmo chiamare i “diritti costituzionali” espressamente ed inequivocabilmente garantiti, in maniera diretta o implicita, dalla Costituzione ed i “diritti legali”, i quali non sono imposti, né vietati dalla Costituzione, ma semplicemente permessi e quindi rilasciati alla scelta discrezionale del parlamento. Si pensi quale esempio, tratto dalla giurisprudenza costituzionale e delle Corti europee, alla distinzione fra il diritto costituzionale della coppia omosessuale ad una regolamentazione della propria vita di relazione, con indicazione dei reciproci diritti e doveri ed il diritto legale al matrimonio omosessuale.

Il tema è stato in qualche misura richiamato, se ho ben capito, da Andrea Morrone quando ci ha parlato del valore del silenzio nella Costituzione e ripreso nell'intervento di D'Anza a proposito dell'attività legislativa *praeter constitutionem*.

Venendo quindi alla indicazione delle soluzioni suggerite allo scopo di sollecitare (o addirittura rendere obbligatorio) l'intervento del legislatore, alcuni [A. Spadaro, in *Il pendolo della Corte* cit.] hanno ritenuto necessaria l'approvazione (evidentemente da parte del parlamento) di profonde riforme tendenti a “costringere” gli organi di indirizzo a “scegliere” e “decidere”, assumendosi le proprie responsabilità senza scaricare sui giudici e sulla Corte le loro omissioni.

Al proposito verrebbe da rispondere usando la celebre frase del generale De Gaulle: “caro amico il tuo programma è troppo ambizioso”.

Ruggeri, riprendendo un'ipotesi già avanzata da Roberto Conti, suggerisce di colpire lo stato “nella tasca”, obbligandolo a risarcire i danni causati dalle omissioni, quando risulti provato il nesso di causalità tra l'omissione e la violazione dei diritti vantati.

La soluzione proposta, indubbiamente stimolante, parte comunque dal presupposto della esistenza di un obbligo del legislatore di intervenire in quel caso concreto, che sarebbe almeno da dimostrare e pone il problema di individuare le regole del procedimento, il giudice competente e quanto altro; cosa tutt'altro che facile. Pure in questo caso è da tener in conto che dovrebbe essere il legislatore a stabilire il procedimento ed il tipo di sanzione ed i limiti di risarcibilità in presenza di una omissione dello stesso legislatore. Potremmo pensare ad una richiesta di risarcimento dei danni al legislatore perché non ha approvato una legge che stabilisca la risarcibilità della omissione, chiedendo alla Corte costituzionale una sentenza di incostituzionalità della omissione con predisposizione di una disciplina transitoria del procedimento e delle condizioni.

In ogni caso mi parrebbe quanto meno poco giustificabile la possibilità di chiedere allo stato un risarcimento per un comportamento negativo del legislatore, quale la omissione e non prevedere la stessa possibilità a fronte di un comportamento positivo dello stesso soggetto, quando una legge viene dichiarata incostituzionale.

Di recente è stata proposta come soluzione quella di seguire la *ratio* della legge comunitaria attraverso l'approvazione di una “legge di adeguamento costituzionale”, con cadenza periodica e con lo scopo di sottoporre al parlamento tutte le gravissime questioni evidenziate nelle sentenze della Corte costituzionale, le quali necessitano di una legge per porvi rimedio o per concretizzare principi costituzionali”. L'Autore [F. Paterniti, *op. cit.*] suggerisce di stabilire che, qualora il parlamento non legiferi entro un tempo determinato sugli orientamenti espressi dalla Corte, tradotti in una proposta normativa di iniziativa governativa, quest'ultima possa ritenersi approvata per come formulata nel progetto.

Un primo rilievo che mi pare debba essere fatto è che la soluzione presuppone una iniziativa normativa del governo (disegno di legge?), mancando la quale (cosa tutt'altro che difficile da prevedere dal momento che il governo deve essere sorretto dalla maggioranza parlamentare) il sistema non potrebbe funzionare.

Maggiori perplessità suscita l'approvazione di una proposta normativa del governo approvata per omissione, un tipo di legge che al momento non esiste nel sistema delle fonti e che non si vede come potrebbe qualificarsi.

L'Autore sostiene infatti che il comportamento omissivo del parlamento assumerebbe le sembianze di una scelta politica, dando vita ad una legge che prenderebbe corpo a seguito di una omissione del legislatore che sarebbe così stimolato ad intervenire.

Candido potrebbe proporre questa soluzione: che ogni organo, nello spirito di leale collaborazione e con la finalità di dare realizzazione ai principi costituzionali, faccia quello che la Costituzione chiede loro: il legislatore scriva le leggi; la Corte costituzionale controlli la conformità delle stesse alla Costituzione e in caso di contrasto dichiari la incostituzionalità; il giudice comune interpreti la legge e le sentenze della Corte costituzionale allo scopo di dare loro applicazione nella risoluzione del caso concreto.

In molti casi (ad es. [sentt. n. 149/2018](#) e [n. 185/2021](#)) la Corte, accogliendo la tesi di Candido, ha dichiarato la incostituzionalità della norma impugnata, pur cosciente dei problemi che ciò avrebbe potuto provocare ed ha invitato il legislatore a fare la sua parte, assumendosi in caso contrario le relative responsabilità. In fondo l'art. 136 della Costituzione prevede che la sentenza di incostituzionalità sia "comunicata alle camere ed ai consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali".

*7. Segue. Le proposte per limitare l'eccessivo attivismo della Corte costituzionale. L'ipotesi una "ribellione" dei giudici o di una reazione degli organi politici. La proposta di una autolimitazione, attraverso le norme integrative, con la indicazione di linee guida definitorie o di puntuali presupposti per poter procedere alla sostituzione del legislatore. Rilievi critici. I rischi per il compito di magistero della Corte verso i giudici comuni.*

La soluzione del problema delle omissioni del legislatore che portasse ad un suo tempestivo intervento risolverebbe con ogni probabilità anche quello dell'eccesso di attivismo della Corte costituzionale e della sua vera o supposta invasione del campo riservato al potere legislativo.

Nel corso dell'incontro di sei anni fa, che ho ricordato all'inizio, Otto Pfersmann [*Giustizia costituzionale tra politica e diritto*, in *Il pendolo della Corte* cit., 93-94] rilevò che "nessuna costituzione del mondo conosce una competenza legislativa alternativa affidata ad un organo giurisdizionale" e pose la questione delle conseguenze che si potrebbero derivare qualora una sentenza di un Giudice costituzionale "esce fuori dalla Costituzione che i giudici hanno il compito di garantire". Ad essa egli rispose indicando un "trilemma": a) tutto quello che decide la Corte è valido qualsiasi cosa dica", b) alcune sentenze non hanno alcun valore legale; c) la situazione è considerata equivalente ad un cambiamento di costituzione nel senso dell'adozione di una nuova costituzione".

Zanon, seppure provocatoriamente, ha fatto riferimento nella sua relazione ad una eventuale ribellione da parte dei giudici rispetto agli sconfinamenti della Corte.

L'ipotesi fa tornare alla mente una situazione, forse dai più dimenticata, avvenuta alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso e che ebbi a definire "la ribellione dei giudici militari" [*Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989)*, Torino, 1990, 143 ss.].

La Corte ([sent. 409/1989](#)) aveva dichiarato incostituzionale la previsione della pena edittale per il reato di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza, sostituendo quella prevista con altra da essa indicata. I tribunali militari ritennero l'intervento della Corte del tutto esorbitante dai poteri ad essa riconosciuti, sostenendo di essere vincolati solamente alla parte ablativa della sentenza e non anche a quella ricostruttiva. Alcuni giudici riproposero la questione di costituzionalità della normativa, come risultante dalla dichiarazione di incostituzionalità attraverso ordinanze di rinvio che sembravano configurare un conflitto di attribuzioni tra poteri (seppure ovviamente nei riguardi del potere legislativo). La Corte ([ord. 27/1990](#)) dichiarò le questioni manifestamente inammissibili, utilizzando toni assai duri e perentori nel rilevare come tali eccezioni erano nella sostanza rivolte a sindacare le statuizioni adottate dalla Corte, per cui il meccanismo del giudizio incidentale era stato attivato in maniera arbitraria al fine di sottrarsi alla forza cogente della dichiarazione di

incostituzionalità, contenuta in una decisione verso la quale, secondo la Costituzione, “non è ammessa alcuna forma di impugnazione”.

Anche il legislatore potrebbe esercitare una qualche opposizione di fronte alle esorbitanze della Corte costituzionale. Al proposito si potrebbe ricordare il caso della nota decisione del Tribunale costituzionale spagnolo sulla costituzionalità della riforma dello statuto catalano, per il quale pure si potrebbe parlare di una forma di ribellione del legislatore della comunità autonoma della Catalogna.

Il parlamento catalano, infatti, qualificò come politica la sofferta decisione del Tribunale e ritenne di non essere per questo tenuto a prestare ad essa osservanza. Di conseguenza si ebbe una modifica della legge organica per attribuire al Tribunale specifici poteri a garanzia del rispetto delle proprie decisioni, la quale fu impugnata davanti allo stesso TC in quanto avrebbe determinato uno snaturamento della posizione del medesimo nel sistema costituzionale. La questione fu dichiarata infondata.

Nella sua relazione, Carnevale ritiene che, pur se già desumibile da un’attenta lettura degli scritti di Crisafulli, il superamento delle “rime obbligate” rappresenta la rimozione di un “simbolo”, la quale richiede un *surplus* di impegno definitorio da parte della Corte.

Allo scopo quindi di limitare l’ambito delle proprie scelte, egli auspica una forma di autolimitazione attraverso l’approvazione di linee guida definitorie e di modalità dei comportamenti futuri, sia per fornire una definizione della “grandezza normativa già presente nell’ordinamento”, sia soprattutto per specificare i contorni del modello, vale a dire la “plausibilità” del ricorso a questa nuova tecnica attraverso una indicazione della qualità della norma che può essere utilizzata come soluzione temporanea, la connessione della stessa con il caso pratico da cui è sorta la questione di costituzionalità ed il pregio costituzionale degli interessi tutelati.

Nutrirei in proposito qualche dubbio circa la possibilità di stabilire una disciplina che contenga tutte le suddette specificazioni, che suppongo dovrebbe essere prevista attraverso una modifica delle norme integrative, ma soprattutto che tali generici criteri possano veramente funzionare, secondo l’intenzione dell’Autore, come una “bussola” per la platea degli interlocutori della Corte e come elemento che induce la Corte alla coerenza tra le decisioni dei differenti casi esaminati.

La proposta avanzata allo stesso scopo da Ruggeri è pure nel senso di chiedere alla Corte di stabilire, tramite le Norme integrative, regole di autolimitazione, con cui fissare un pugno essenziale di principi e di criteri ai quali attenersi laddove si ritenga necessaria una produzione normativa per via pretoria forgiata discrezionalmente al posto di quella colpevolmente mancante del legislatore. Lo stesso Autore ammette che con tutto ciò resterebbe pur sempre un *vulnus* al principio di separazione dei poteri, ma indica la soluzione proposta come un “compromesso” al fine di preservare “un brandello di tipicità dei ruoli”: il legislatore gode della discrezionalità e della possibilità di scelta; la Corte “potrebbe” scendere in campo e fare le veci del legislatore solo a certe condizioni ed entro certi limiti, indicati nella non necessità di un rifacimento complessivo del dettato normativo e in una normativa frontalmente contrastante con i principi costituzionali, che dimostri la particolare gravità del *vulnus* e l’impossibilità di tollerarlo ancora.

Ritengo, come già detto, che la violazione del principio di separazione dei poteri non possa essere giustificata da alcun tipo di compromesso e che comunque il rispetto dello stesso richieda agli organi dello stato qualcosa di più di un “brandello di tipicità dei ruoli”.

Anche Spadaro [*op. cit.*] propone l’intervento di autonormazione della Corte costituzionale a fronte della riconosciuta esorbitanza da parte della Corte avvenuta attraverso quella che viene chiamata “arditissima tecnica decisoria” e la soluzione avanzata si accontenta di conservare “un barlume di separazione fra i poteri”.

L’Autore propone di subordinare il ricorso alla suddetta tecnica decisoria alla presenza di quattro condizioni: 1) in osservanza del principio di leale collaborazione, il procedimento dovrà in ogni caso seguire tre tappe, una prima attraverso una decisione di inammissibilità con monito al legislatore senza porre allo stesso alcun termine per intervenire, una seconda nella quale pronunciare una ordinanza interlocutoria con cui accertare la incostituzionalità ma operare un rinvio a data fissa per

dare tempo al legislatore di intervenire (per l'ipotesi ovviamente che il monito non sia stato sufficiente) ed infine una terza alla scadenza del termine, condizionata nel suo contenuto dall'intervento o dalla inerzia del legislatore; 2) tali tecniche saranno possibili solo in casi eccezionali, in presenza, sulla falsariga della decretazione d'urgenza, di requisiti di necessità ed urgenza e dovranno riguardare 3) situazioni soggettive considerate dalla Corte chiaramente ed inequivocabilmente fondamentali tali da poterne derivare "gravissime violazioni costituzionali"; 4) che sia accertato che il mancato intervento sostitutivo della Corte determinerebbe un "danno irreversibile" alle suddette situazioni soggettive che solo il rispetto della tempistica indicata dalla Corte può consentire di evitare. La presenza delle quattro condizioni, riconosciute attraverso l'attività di autonormazione, dovrebbe sempre essere argomentata in maniera approfondita e specifica da parte della Corte costituzionale.

Qualche perplessità anche in questo caso potrebbe nutrirsi sulla capacità di costituire un limite al ricorso all'"ardita tecnica decisoria" attraverso il riferimento a condizioni che l'esperienza ha mostrato essere facilmente aggirabili, stante la loro genericità: i casi straordinari ed eccezionali; le gravissime violazioni costituzionali difficili da distinguere dalle violazioni semplici o solo gravi, che impedirebbero invece il ricorso a tali tecniche; l'accertamento della natura irreversibile del danno causato in relazione al tempo indicato dalla Corte per intervenire.

Anche il procedimento che viene proposto nella prima delle quattro condizioni lascia in verità perplessi. Se ho ben capito questo sarebbe il procedimento: di fronte ad una "gravissima violazione" di un diritto fondamentale, tale da poter creare un "danno irreversibile" allo stesso, di fronte alla questione sollevata dal giudice nell'ambito di un giudizio sulle leggi attivato in via incidentale, la Corte dovrebbe pronunciare una sentenza di inammissibilità per la presenza di una pluralità di scelte e comunque per essere la soluzione di esclusiva competenza del legislatore, accompagnando la stessa con un monito al legislatore ad intervenire per porre rimedio alla riscontata situazione di incostituzionalità. A questo punto per passare alla seconda fase si dovrebbe attendere che un altro giudice in un altro procedimento sollevi nuovamente la questione di costituzionalità, che l'ordinanza pervenga alla Corte, sia pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale*, si svolga, se del caso, l'udienza pubblica e quindi si decida in camera di consiglio.

Sulla eventualità che la questione possa non tornare alla Corte, l'Autore ritiene che questo debba essere considerato una dimostrazione che non era in gioco una gravissima violazione di un diritto fondamentale (*sic!*)

Una volta che la questione sarà di nuovo all'esame della Corte, questa nel ribadire in maniera ovviamente più precisa la esistenza di una incostituzionalità - a fronte di una "gravissima violazione" di un diritto fondamentale, tale da poter creare un "danno irreversibile" allo stesso - pronuncerà un'ordinanza con cui assegna un tempo determinato al legislatore per intervenire (finora un anno), che potrà anche, come nel caso dell'ergastolo ostativo, essere prorogato se le camere mostrano di poter giungere ad un provvedimento (anche provvisorio, come un decreto legge).

Una volta decorso inutilmente il termine concesso al legislatore per intervenire, finalmente la Corte sarà nelle condizioni di poter dettare una disciplina, a carattere provvisorio e cedevole, per porre rimedio alla "gravissima violazione" di un diritto fondamentale, tale da poter creare un "danno irreversibile" allo stesso.

Le soluzioni sopra riassunte, prendendo atto della più recente giurisprudenza costituzionale, concorrono a determinare l'effetto di una Corte non più "giudice tra i giudici", ma "legislatore tra i legislatori", con inevitabili riflessi sulla relazione fra la Corte costituzionale ed i giudici comuni e su quello che Dogliani ha definito "il circolo virtuoso" tra gli stessi.

Al proposito diversi anni fa Alessandro Pace, in ordine alla manipolazione degli effetti delle sentenze di incostituzionalità, scriveva che poco meditate decisioni della Corte producono "e non potrebbero non produrre, data la sempre più pervasiva diffusione dei valori costituzionali tra tutte le magistrature, in effetto che finisce per 'delegittimare' la Corte agli occhi dei giudici comuni; e costituisce un pericoloso invito a 'far da sé' quante volte la Corte costituzionale, pur senza volerlo, si

distacchi dal modello del giudizio costituzionale così come prefigurato nell'art. 1 l. cost. n. 1 del 1948 e nella l. n. 87 del 1953".

Come dimostrano altre esperienze di giustizia costituzionale assai simili per altri versi al nostro modello, la collocazione del Giudice costituzionale tra i soggetti politici o il suo modo di operare in stretta collaborazione con questi ultimi, rende meno efficace il compito di magistero della Corte verso i giudici (circa i limiti della interpretazione, la nozione di rilevanza, il rispetto delle regole processuali ecc.), dei quali essa ha assolutamente bisogno, sia nella fase ascendente che in quella discendente del controllo delle leggi.

*8. Dal parlamento che agisce e la Corte che reagisce ad una Corte che agisce ed un parlamento che reagisce. L'intervento della Corte e del Presidente della repubblica come sostituti, in momenti eccezionali, del potere legislativo. Critica. I rapporti tra Corte e legislatore come quelli fra stato e regione ossia tra due legislatori e tra due diverse discrezionalità: inappropriato il riferimento al principio di separazione dei poteri?*

In conclusione, credo non possa negarsi che le più recenti tipologie messe in atto dalla Corte costituzionale, nel meritorio intento di dare comunque tutela a diritti costituzionali, abbiano determinato un sicuro mutamento istituzionale che pare porsi in contrasto con il principio di separazione dei poteri.

Come efficacemente rilevato da Bile [*op. cit.*], e ripreso da Paterniti [*op. cit.*], si è registrata una inversione di ruoli nel senso che là dove era stabilito che il parlamento "agiva" legiferando e la Corte costituzionale "reagiva" controllando e annullando la legge incostituzionale, adesso è la Corte che "agisce" ed il parlamento che è chiamato a "reagire".

Attraverso la interessante immagine della barca a vela (parlamento) e dei due motorini (Presidente della repubblica e Corte costituzionale) Spadaro [*op. cit.*] giunge a giustificare il fatto che in momenti (eccezionali) di bonaccia siano i motorini (in quanto soggetti autonomi ed imparziali) a sostituirsi al naturale vento che gonfia le vele, riferendosi in realtà all'ipotesi che stiamo esaminando in cui la Corte costituzionale, come detto, va a sostituirsi al legislatore dettando la normativa necessaria e mancante.

La bella immagine dei due "custodi della Costituzione", entrambi organi di garanzia e fuori dai tradizionali poteri dello stato, non sembra però del tutto appropriata allorché nella metafora dell'Autore divengono "motorini" in sostituzione del parlamento inadempiente e ciò per una serie di ragioni.

Innanzitutto, la loro posizione e soprattutto i poteri loro conferiti sono assai diversi, l'uno, svolgendo un controllo preventivo su tutta la legislazione, può solamente chiedere al parlamento una seconda approvazione segnalando con messaggio motivato gli aspetti di criticità della legge da promulgare. Se il parlamento riapprova, con la stessa maggioranza, salvo casi eccezionali, il presidente è tenuto a promulgare.

La Corte invece svolge un controllo successivo, solo se specificamente attivata e nei limiti del chiesto e pronunciato, ma soprattutto può dichiarare la incostituzionalità della legge impugnata, imponendosi così alle scelte del legislatore ordinario.

Detto questo, mi chiedo quale sarebbe il giudizio della dottrina e degli altri organi costituzionali qualora il Capo dello Stato, seppure in via eccezionale e per evitare "una gravissima violazione di un diritto fondamentale", si sostituisse al parlamento nel dettare la disciplina necessaria.

Ricordo che durante la prima presidenza Napolitano si pose il problema di approvare, attraverso la revisione costituzionale, il potere di promulgazione parziale della legge e come la dottrina si esprime in larga misura negativamente proprio nella considerazione che una promulgazione parziale avrebbe potuto trasformare il Presidente in un legislatore, dal momento che i parlamentari avrebbero potuto non riconoscersi nella legge promulgata con le amputazioni individuate dal Presidente.

Nonostante i differenti poteri, come detto, riconosciuti ai due “custodi”, essi vengono comunemente assimilati sotto la figura degli organi di garanzia ed ai fini del principio di separazione dei poteri.

La pacifica esclusione per l'uno della possibilità di approvare una normativa in sostituzione del legislatore dovrebbe coerentemente far giungere alla stessa conclusione anche per l'altra.

Dalla opposta valutazione tendente a qualificare la Corte come un legislatore, seppure di emergenza - nella considerazione che ci troviamo di fronte ad un confronto dialettico tra due tipi di discrezionalità per i quali ciò che li distingue è solamente la forma (legislativa o giurisdizionale) mentre comune il carattere discrezionale della scelta operata [Spadaro, *op. cit.*] – dovrebbe derivarsene alcune logiche conseguenze.

Una volta giustificato che la Corte operi come un legislatore, potendolo sostituire nella sua tipica funzione, che in certi casi proceda essa stessa a porsi le questioni di costituzionalità su cui decidere, attraverso una generosa interpretazione del requisito della rilevanza (v. [ord. 18/2021](#) e [ord. 94/2022](#)) o fissi principi e criteri direttivi per l'intervento del parlamento a seguito di dichiarazione di incostituzionalità (v. [sent. 121/2022](#) sul doppio cognome) o disciplini il proprio processo ed i soggetti che possono parteciparvi (v. *amici curiae*) attraverso una normativa da essa stessa approvata, forse anche il titolo di questo incontro dovrebbe essere cambiato.

Non più un rapporto tra Corte e legislatore che pare presupporre che la prima sia un giudice seppure particolare o almeno non un legislatore, ma un rapporto tra due legislatori, uno dei quali, secondo la formula indicata da Carnevale, potremmo chiamarlo “legislatore rappresentativo” per distinguerlo dal legislatore non rappresentativo.

Un soggetto questo ultimo che opera con strumenti potremmo dire più rozzi, dovendo decidere attraverso le sentenze che, a differenza delle leggi, hanno specifici requisiti di forma, tra i quali l'obbligo costituzionale di motivazione. Certamente gli strumenti a disposizione della Corte non sono paragonabili a quelli del legislatore referendario legato alla natura negativa della abrogazione pur con la possibilità del ritaglio, ma sono pur sempre limitati.

Il riconoscimento della Corte come legislatore risulta d'altra parte dai frequenti riferimenti, fatti in proposito del tema che stiamo trattando, ai rapporti che si pongono inequivocabilmente tra due legislatori: quello statale e quello regionale.

Così ad esempio Carnevale allorché, come detto, parla di un soggetto “preferito” che può essere sostituito da altro, pure competente, la cui normativa può essere rimossa dal successivo intervento del soggetto preferito e fa riferimento appunto ai rapporti tra stato e regione oppure Spadaro [*op. cit.*], secondo cui il rapporto Corte-legislatore deve ritenersi ispirato ai principi di leale collaborazione e di sussidiarietà di cui agli artt. 118 e 120 Cost. e, a proposito della cedevolezza della disciplina introdotta dalla Corte, richiama il rapporto tra legge cornice che contiene norme di dettaglio e la competenza in materia della regione oppure Paterniti [*op. cit.*] che fa riferimento al potere di sostituzione dello stato alle regioni ai sensi dell'art. 120, comma 2, Cost., derogando al riparto di competenza fissato dall'art. 117 Cost.

Il rapporto tra i due legislatori (quello rappresentativo e quello non) potrebbe essere qualificato come un tipo di legislazione concorrente con la individuazione, secondo la tesi di Carnevale, di un soggetto “preferito” che, se e quando decide di intervenire, prevale su quello “non preferito”, il quale però ha la possibilità – che non ha il primo sulla legislazione approvata dal secondo – di dichiarare incostituzionale la legge del “preferito”.

Anche la normativa approvata in supplenza ed in maniera temporanea dalla Corte, non derivando più a “rime obbligate” dalla Costituzione, bensì da “grandezze presenti nell'ordinamento” assume la collocazione pari alla legge ed agli atti con forza di legge e quindi può essere sottoposta al controllo del Giudice delle leggi che però è lo stesso soggetto che l'ha approvata.

Se trattasi di atto con forza di legge la normativa approvata in supplenza potrà anche essere oggetto di un referendum abrogativo, la cui ammissibilità sarà giudicata dallo stesso soggetto che l'ha approvata.

Il carattere di atto con forza di legge potrebbe coerentemente far riconoscere allo stesso, in caso di sentenza interpretativa, il carattere di legge di interpretazione autentica, con l'effetto retroattivo delle eventuali leggi interpretate e il carattere vincolante per i giudici comuni.

Ultima considerazione: nella relazione tra due legislatori, quello rappresentativo e quello non, quello "preferito" e quello "secondario" ma pur sempre competente, potrebbe al limite apparire addirittura fuori luogo chiamare in causa il principio di separazione dei poteri, sembrando doversi fare riferimento ai differenti principi applicati per delineare i rapporti tra soggetti appartenenti allo stesso potere.

**Simone Scagliarini**  
**La Corte e la tecnica legislativa\***

**ABSTRACT:** *The [judgment n. 110/2013](#) represents a fundamental step in the jurisprudence on legal drafting, as for the first time the Court affirms that the unclarity of the law determines its unreasonableness (and, consequently, its illegitimacy). The paper identifies further parameters that lead to the same conclusion reached by the Court and emphasises the need, from now on, to define the cases in which the obscurity of the law is so severe as to determine its unconstitutionality. This activity is to be performed by the Court with extensive use of its self-restraint.*

SOMMARIO: 1. Una legge incomprensibile viola la Costituzione? – 2. I precedenti giurisprudenziali: l'incostituzionalità sulla base di specifici parametri costituzionali. – 3. L'irragionevolezza della legge oscura... – 4. ... e la sua illegittimità in relazione (anche) ad altri parametri generali. – 5. Un parametro in attesa (della definizione) del proprio vizio: le prospettive del giudizio sulle leggi oscure.

1. *Una legge incomprensibile viola la Costituzione?*

La [sentenza n. 110 del 2023](#) risolve quattro questioni sollevate nel ricorso del Governo avverso la legge di stabilità regionale del 2022 del Molise (l.r. n. 8/2022), perlopiù attinenti a profili di finanza pubblica, ed in particolare alla copertura finanziaria di alcune disposizioni. Il punto, però, sul quale intendo soffermarmi in questa sede è l'unico ad avere un oggetto diverso, ovvero la conformità a Costituzione dell'art. 7, comma 18, di detta legge, ai sensi del quale «[n]elle fasce di rispetto di tutte le zone e di tutte le aree di piano, in presenza di opere già realizzate e ubicate tra l'elemento da tutelare e l'intervento da realizzare, quest'ultimo è ammissibile previa V. A. per il tematismo che ha prodotto la fascia di rispetto, purché lo stesso intervento non ecceda, in proiezione ortogonale, le dimensioni delle opere preesistenti o sia compreso in un'area circoscritta nel raggio di mt. 50 dal baricentro di insediamenti consolidati preesistenti»: formulazione, questa, ad avviso del ricorrente, talmente incomprensibile, da ridondare in irragionevolezza assoluta della norma, in contrasto, pertanto, con l'art. 3 Cost.

Ebbene, l'oggetto, *in parte qua*, del ricorso governativo è il comma finale di una disposizione già di per sé degna di nota per la sua difformità rispetto alle regole di buona tecnica legislativa, presentandosi marcatamente eterogenea e, conseguentemente, priva di una (piena) corrispondenza tra rubrica e contenuto. L'art. 7 della legge, infatti, intitolato “Modifica di leggi regionali”, interviene puntualmente sul testo di una pluralità di atti normativi, il cui oggetto va dall'edilizia sociale al trasporto pubblico fino alle energie rinnovabili, ma alcuni dei suoi commi (da 5 a 14, peraltro parimenti caducati dalla Consulta in altra parte della sua pronuncia) dettano una disciplina sostanziale in tema di protezione civile, mentre il comma 18 *de quo*, senza in realtà abrogare o integrare precedenti atti normativi, si limita, per quanto si può intuire, a prevedere la possibilità di interventi edilizi in deroga. Questo elemento non è secondario, perché il contesto evidenzia come la collocazione della norma impugnata non consenta il ricorso al criterio dell'interpretazione sistematica: tale comma, infatti, è situato in un insieme talmente variegato ed eterogeneo di disposizioni, che, in mancanza di richiami a precedenti leggi, appare assai arduo riuscire a capire a quali zone, piani e opere esso si riferisca o a quale adempimento corrisponda l'acronimo V.A., avente ad oggetto un “tematismo”, lemma che, secondo

---

\* 



quanto registra il Vocabolario della lingua italiana<sup>1</sup>, appartiene in realtà esclusivamente al linguaggio musicale<sup>2</sup>.

In questo frangente, l'elemento di maggiore interesse della pronuncia è dato dal fatto che, per la prima volta, il giudice delle leggi decide di affrontare *ex professo* la questione della rilevanza costituzionale della tecnica legislativa<sup>3</sup>, quanto meno sotto il profilo della illegittimità della legge (totalmente) oscura, e lo fa accogliendo la questione prospettata dal Governo ricorrente con una argomentazione che si snoda lungo tre passaggi, ovvero: a) la ricostruzione dei precedenti in materia, finora basati su singoli parametri specifici di talune branche dell'ordinamento; b) l'affermazione dell'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza, delle leggi «irrimediabilmente oscure»; c) il richiamo, *ad adiuvandum*, di sentenze di giudici costituzionali stranieri<sup>4</sup> che giungono, con argomenti analoghi, alle stesse conclusioni della Consulta. Nel seguito di queste note mi soffermerò esclusivamente sui primi due punti, che offrono l'occasione per sviluppare il ragionamento della Corte e – ritengo – individuare, anche in vista di eventuali future impugnazioni, ulteriori parametri, solo in parte qui accennati, che rafforzano la conclusione in termini di illegittimità cui è giunto il Collegio.

## 2. I precedenti giurisprudenziali: l'illegittimità della legge sulla base di specifici parametri costituzionali.

Il primo passaggio del ragionamento della Consulta consiste nella ricostruzione delle proprie precedenti pronunce di accoglimento in relazione al vizio della incomprendibilità della legge<sup>5</sup>, tutte accomunate dalla caratteristica di fondarsi su un parametro specifico dell'ambito materiale su cui la normativa impugnata insiste e pertanto, non a caso, per la maggior parte relative alla mancanza di chiarezza di una norma incriminatrice, in violazione dell'art. 25 Cost., sotto il profilo della determinatezza dei precetti penali.

In particolare, analizzando per prime proprio le decisioni assunte in questa materia, la Corte prende le mosse dalla [sentenza n. 96 del 1981](#), che aveva caducato la norma che prevedeva il reato di plagio per la mancanza «della chiarezza e della intelleggibilità dei termini impiegati», con la conseguente oscurità del testo e la difficile prefigurazione, *a priori*, dei comportamenti previsti e puniti.

Il Collegio richiama poi la celebre [pronuncia n. 185 del 1992](#), nella quale veniva dichiarata la illegittimità di una disposizione incriminatrice contenente un rinvio errato, poiché «l'errore materiale di

---

<sup>1</sup> V., per esempio, N. ZINGARELLI, *Vocabolario della lingua italiana*, XII ed., Bologna, 2021, *ad vocem*, 2390.

<sup>2</sup> Anche se, a ben vedere, il termine compariva già (e solo) nella legge regionale del Molise n. 24 del 1989, che tuttavia non è minimamente citata nel testo normativo e che è stata richiamata dalla difesa regionale soltanto in occasione dell'udienza pubblica.

<sup>3</sup> Accogliendo l'auspicio formulato più di trent'anni or sono da G. U. RESCIGNO, *L'errore materiale del legislatore, la cattiva redazione delle leggi e la Corte*, in *Giur. cost.*, 1992, 2418.

<sup>4</sup> Per la precisione, il *Conseil constitutionnel* francese, nella cui giurisprudenza si afferma che «l'accessibilità e l'intelleggibilità della legge rappresentano principi di rango costituzionale, che impongono al legislatore di adottare disposizioni sufficientemente precise al fine di proteggere gli individui dal rischio di applicazioni arbitrarie delle leggi» ed il *Bundesverfassungsgericht* tedesco, il quale «da molti decenni ormai riconosce l'esistenza di un mandato costituzionale di "precisione" e "chiarezza normativa", in base al quale le disposizioni di legge debbono essere formulate in modo tale da: a) consentire ai loro destinatari di comprendere il loro significato e di regolare di conseguenza la loro condotta, b) disciplinare e limitare efficacemente l'attività della pubblica amministrazione, e c) consentire all'autorità giudiziaria di esercitare il proprio potere di controllo sull'attività dell'amministrazione sulla base di criteri giuridici prestabiliti».

<sup>5</sup> Il riferimento è al punto 4.3.2 del *Considerato in diritto*.

redazione del testo legislativo [...] costituisce per il cittadino una vera e propria insidia, palesemente idonea ad impedirgli la comprensione del precetto penale»<sup>6</sup>.

Infine, sono menzionati altri due precedenti, quali le [sentenze nn. 34 del 1995](#) e [25 del 2019](#), l'ultima delle quali merita di essere segnalata perché, pur vertendosi sempre in materia penale, il parametro non è rappresentato dall'art. 25 Cost., ma dagli artt. 4 e 7 CEDU, a testimonianza di una tutela multilivello in questo ambito.

Peraltro, come il giudice delle leggi sottolinea nel prosieguo del suo argomentare, l'illegittimità costituzionale di precetti non sufficientemente puntuali è stata dichiarata in passato<sup>7</sup> anche con riferimento alle misure di prevenzione, tanto sulla base del già citato art. 25 Cost., quanto dell'art. 13 della medesima Carta, oltre che di diverse disposizioni della CEDU.

Da ultimo, la Consulta annovera tra i propri precedenti rilevanti la [sentenza n. 70 del 2013](#), nella quale era censurata la formulazione della legge consistente nel differimento di un termine abrogativo già decorso, onde provocare la reviviscenza, per un tempo limitato, di una disciplina legislativa già abrogata<sup>8</sup>. In tal caso, la Corte individuava il *vulnus* nell'art. 97 Cost., stante la compromissione del buon andamento della Pubblica Amministrazione che una siffatta formulazione, per le incertezze che provocava, andava a determinare, sebbene, nella pronuncia odierna, appaia significativo che il Collegio ritenga di dover precisare che ciò avveniva «al metro dell'allora evocato parametro», quasi a lasciar intendere che la questione sarebbe risultata fondata anche con riferimento ad altri. Meno comprensibile, invece, è la ragione per cui, nello stesso passaggio dell'odierna decisione, si precisi anche che il [caso deciso nel 2013](#) faceva «specifico riferimento a leggi regionali»: certo, sul piano storico, ciò corrisponde al vero, dato che si trattava di una questione sollevata in via principale, ma il *dictum* della pronuncia ben può essere esteso a qualunque legge, anche dello Stato, non essendo implicati parametri valevoli solo per i legislatori regionali.

Sebbene non richiamato nella sentenza in commento, vi è in realtà un ulteriore precedente rilevante, che a mio avviso *optimo jure* si sarebbe potuto citare<sup>9</sup>, anche perché fondato su un parametro diverso da quelli finora emersi. Mi riferisco alla [sentenza n. 292 del 1984](#), relativa al caso di un inciso, contenente il richiamo (non solo ad un atto normativo ma anche) a successive modifiche e integrazioni, aggiunto dal Senato solo in sede di coordinamento finale (dopo la votazione), di modo che il testo approvato dai due rami del Parlamento appariva difforme<sup>10</sup>. Preme qui evidenziare come, nel punto 11 del *Considerato in diritto* di tale pronuncia, si sottolinei che detto coordinamento «viola la Costituzione, e precisamente [ne]gli artt. 70 e 72, tutte le volte che provochi, nelle sedi interpretative ed applicative, grave incertezza sul significato del testo». Dunque, si ha una violazione delle norme costituzionali che disciplinano l'*iter legis*, ogniqualvolta interventi sul testo apportati in questa fase del

---

<sup>6</sup> Testualmente, punto 2 del *Considerato in diritto*. La sentenza è stata commentata, sotto il profilo che qui interessa, da R. GUASTINI, *Errore materiale del legislatore e interpretazione correttiva della legge penale*, in *Giur. cost.*, 1992, 1339 ss.; e G. U. RESCIGNO, *L'errore materiale*, cit., 2418 ss.

<sup>7</sup> Per esempio, nella [decisione n. 24 del 2019](#).

<sup>8</sup> La sentenza è stata commentata da M. PICCHI, *Tecniche normative e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione: dalla Corte costituzionale un nuovo impulso per preservare la certezza del diritto*, in [federalismi.it](#), n. 21/2013, e D. PARIS, *Il controllo del giudice costituzionale sulla qualità della legislazione nel giudizio in via principale*, in *Le Regioni*, 2013, 828 ss., ai quali rinvio anche per una più dettagliata esposizione di una vicenda alquanto intricata.

<sup>9</sup> Volendosi limitare alle decisioni in cui la cattiva redazione della legge – con la conseguente oscurità del testo – è direttamente oggetto delle censure della Consulta. Per una puntuale ricostruzione delle questioni affrontate nella giurisprudenza costituzionale in tema di tecnica legislativa, più latamente intesa, v. L. DI MAJO, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, Napoli, 2019, 113 ss.

<sup>10</sup> Per una più ampia ricostruzione della vicenda, sia consentito rinviare a R. PINARDI - S. SCAGLIARINI, *Sindacato sulle leggi e tecnica legislativa: un giudizio senza parametro?* in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Jovene, Napoli, 2008, 1751 ss.

procedimento conducano all'impossibilità di ricostruire l'intenzione del legislatore e, quindi, in buona sostanza, all'incomprensibilità dell'atto normativo.

### 3. *L'irragionevolezza della legge oscura...*

Il richiamo di alcuni precedenti, da cui parte il ragionamento della Consulta, è finalizzato non solo a dimostrare che essa non è nuova a caducare atti legislativi a causa della loro incomprendibilità, ma anche ad anticipare il principale argomento con cui la Corte compie un gigantesco passo in avanti nel postulare la necessità costituzionale della chiarezza dei testi normativi, laddove essa afferma che «deve più in generale ritenersi che disposizioni irrimediabilmente oscure, e pertanto foriere di intollerabile incertezza nella loro applicazione concreta, si pongano in contrasto con il canone di ragionevolezza della legge di cui all'art. 3 Cost.». Tale conclusione, infatti, come scrive la Consulta stessa, è raggiunta «anche alla luce dei precedenti appena rammentati» con i quali si pone perfettamente in linea, come si deduce da diversi passaggi di essi<sup>11</sup>, nei quali l'illegittimità derivante da un vizio di cattiva formulazione del testo, a qualunque parametro fosse ancorata, finiva comunque per ridondare in irrazionalità o irragionevolezza della disciplina, quasi in un rapporto di specie a genere<sup>12</sup>. Da qui, allora, la sussunzione, effettuata con la pronuncia in commento, delle specifiche ipotesi finora individuate in un più ampio parametro in grado di assorbire (tutti?) i difetti di tecnica legislativa di gravità tale da determinare l'assoluta incomprendibilità della legge, giacché «sarebbe errato ritenere che tale esigenza [di intellegibilità delle norme] non sussista affatto rispetto alle norme che regolano la generalità dei rapporti tra la pubblica amministrazione e i cittadini, ovvero i rapporti reciproci tra questi ultimi. Anche in questi ambiti, ciascun consociato ha un'ovvia aspettativa a che la legge definisca *ex ante*, e in maniera ragionevolmente affidabile, i limiti entro i quali i suoi diritti e interessi legittimi potranno trovare tutela»<sup>13</sup>.

Beninteso, come precisa la Corte, onde evitare che la propria decisione, se male interpretata, possa innescare un profluvio di questioni sollevate in relazione a norme di non agevole interpretazione, di cui certo non vi è carenza, ogni atto normativo «presenta margini più o meno ampi di incertezza circa il suo ambito di applicazione, senza che ciò comporti la sua illegittimità costituzionale», restando in capo alla giurisprudenza il compito imprescindibile di provvedere, attraverso i consueti canoni ermeneutici, all'esegesi dei testi normativi ed alla loro interpretazione<sup>14</sup>. Tuttavia, la discrezionalità del giudice, ma

---

<sup>11</sup> Per fare qualche esempio, si veda il punto 2 del *Considerato in diritto* della [sentenza n. 185 del 1992](#), ove si legge che vi sono «requisiti minimi di riconoscibilità e di intellegibilità del precetto penale - che rappresentano anche, peraltro, requisiti minimi di *razionalità* dell'azione legislativa»; o il punto 4 del *Considerato in diritto* della [pronuncia n. 70 del 2013](#), laddove si parla di «manifestamente *irrazionale* esercizio della discrezionalità legislative»; od ancora il punto 11 del *Considerato in diritto* della [sentenza n. 24 del 2019](#) in cui si censurano «fattispecie normative [che] non sarebbero in grado di indicare con sufficiente precisione i presupposti delle misure in questione, sì da non consentire ai loro destinatari di poterne *ragionevolmente* prevedere l'applicazione» (corsivi miei). Già E. LONGO, *Il contributo della Corte costituzionale alla qualità della normazione*, in P. Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2007. La qualità della regolazione*, Torino, 2009, 58, del resto, sottolineava come nella giurisprudenza costituzionale «la chiarezza [...] è assunta come derivato della ragionevolezza».

<sup>12</sup> Incidentalmente, si osservi la forte analogia con la giurisprudenza in tema di ammissibilità delle richieste referendarie, in cui la Consulta è solita far derivare dalla mancanza di chiarezza del quesito la sua inammissibilità, laddove tale vizio, secondo quanto rilevava già R. PINARDI, *Giudizio di ammissibilità e razionalità delle richieste di referendum*, in *Dir. soc.*, 1988, 620 ss., costituisce, per l'appunto, una *species* del più ampio *genus* della sua irrazionalità.

<sup>13</sup> Punto 4.3.3 del *Considerato in diritto* della sentenza in esame.

<sup>14</sup> Sottolinea al riguardo P. C(OSTANZO)., [Ancora un \(notevole\) avanzamento nella giustiziabilità del drafting legislativo \(osservazioni minime a prima lettura di Corte cost. n. 110/2023\)](#), in questa *Rivista*, 2023/II, 461, nel commentare la

anche della P.A.<sup>15</sup>, essendo solo apparentemente vincolata da un dettato normativo incomprensibile, si tramuta in arbitrio (in violazione dei principi di legalità e separazione dei poteri, secondo quanto scrive il Collegio, collocando per tale via una questione apparentemente tecnica, come la formulazione dei testi normativi, in diretto rapporto con i cardini di un ordinamento democratico), ogniqualvolta «il significato delle espressioni utilizzate in una disposizione – nonostante ogni sforzo ermeneutico, compiuto sulla base di tutti i comuni canoni ermeneutici – rimanga del tutto oscuro, con il risultato di rendere impossibile all'interprete identificare anche solo un nucleo centrale di ipotesi riconducibili con ragionevole certezza alla fattispecie normativa astratta»<sup>16</sup>. In buona sostanza, solo in presenza di disposizioni che – secondo quanto precisato dalla Consulta – risultino *irrimediabilmente* oscure e, pertanto, producano una situazione di incertezza *intollerabile*, si versa in una ipotesi di vera e propria illegittimità costituzionale, per mancanza dei requisiti minimi di razionalità dell'azione legislativa, in spregio dell'art. 3 Cost.

La posizione espressa dalla Corte, a ben vedere, non giunge del tutto nuova. Seppure in un contesto di diffuso scetticismo sulla configurabilità di un vizio di legittimità costituzionale in relazione all'oscurità della legge<sup>17</sup>, già in passato non è comunque mancato, in dottrina, chi ha sostenuto che, almeno in talune occasioni, proprio il principio di ragionevolezza avrebbe potuto offrire alla Consulta l'arma per sindacare leggi incomprensibili<sup>18</sup>. Tesi, peraltro, cui ho già avuto modo, in altra sede<sup>19</sup>, di

---

sentenza, che è «evidente, nel ragionamento della Consulta, come ad una siffatta “resa” interpretativa potrebbe giungersi solo dopo aver messo in campo tutti gli strumenti interpretativi che l'ordinamento fornisce ed impone».

<sup>15</sup> Come la Corte aveva sottolineato già nella [sentenza n. 70 del 2013](#), tra i precedenti qui richiamati, come visto *supra*, al paragrafo 2.

<sup>16</sup> Entrambi i passaggi citati si rinvencono nel punto 4.3.4 del *Considerato in diritto*.

<sup>17</sup> Tra gli Autori che si esprimono in questa direzione v., almeno, con varie sfumature, R. GUASTINI, *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?* in *le Regioni* 1986, 1098; F. SORRENTINO, *Incertezza del diritto o mera oscurità della legge?* in *Giur. cost.* 1986, 565; G. SALERNO, *La tecnica legislativa e la chiarezza normativa nella giurisprudenza costituzionale più recente*, in *Rass. parlam.* 1997, 1035 ss.; M. RUOTOLO, *La progettazione legislativa. Un'esigenza di rilievo costituzionale?* in *Giur. it.*, 2000, 1044 ss.; V. PAMIO, *Corte costituzionale e tecniche legislative. Il triennio 2002-2004*, in *Dir. soc.* 2005, 121 ss.; P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare. Contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, Napoli, 2007, 75; R. ROMBOLI, *Tecnica legislativa e qualità della legislazione: l'inidoneità del giudizio costituzionale a verificarne i vizi*, in *Foro it.*, 2008, spec. 1424 ss., il quale parla di una sostanziale «inidoneità del giudizio costituzionale» quale forma di giustiziabilità della cattiva redazione delle leggi; nonché L. DI MAJO, *La qualità della legislazione*, cit., 199 ss., che insiste particolarmente sulla mancanza di un parametro espresso. *Contra*, P. COSTANZO, *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione (con riferimenti comparati e all'UE)*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, 183, vede la qualità della legge «come implicazione necessaria del sistema, individuando in essa un obiettivo costituzionalmente rilevante affinché altri principi e regole di diretta ed incontestabile portata parametrica siano tenuti presenti nella produzione legislativa».

<sup>18</sup> Cfr., in tal senso, A. CERRI, *Tecnica legislativa e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *L'educazione giuridica. V – Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, Napoli, 1987, 249 ss., il quale sottolineava l'importanza razionalizzatrice dell'intervento della Corte in un ordinamento incoerente, sordinato o incongruente; A. D'ALOIA - P. MAZZINA, *Qualità della legge e giustizia costituzionale: appunti intorno ad una questione aperta*, in V. Coccozza - S. Staiano (a cura di), *I rapporti tra parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. Atti del convegno di Napoli svoltosi nei giorni 12 e 13 maggio 2000*, tomo II, Torino, 2001, 858 ss.; A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, V ed., 2014, 101; e F. DAL CANTO, *La qualità della normazione e i suoi custodi*, in M. Cavino, L. Conte (a cura di), *La tecnica normativa tra legislazione e giudici. Atti del Seminario di Novara 15-16 novembre 2013*, Napoli, 2014, 88, il quale afferma che «se la norma è irrimediabilmente incomprensibile sarà sempre irrimediabilmente irragionevole». Analogamente, ma su posizioni assai più caute, V. CAIANIELLO, *Il drafting delle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1999, 18, il quale propende per l'irragionevolezza della legge oscura solo in casi estremi di assoluta oscurità; e R. ROMBOLI - S. PANIZZA, *Tecniche di normazione e tutela dei diritti fondamentali: il punto di vista della giurisprudenza costituzionale*, in A. Ruggeri - L. D'Andrea - A. Saitta - G. Sorrenti (a cura di), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali. Atti dell'incontro di studio svoltosi a Messina il 14 dicembre 2006*, Torino, 2007, 224 ss., che ammettono la sindacabilità, in forza del criterio di ragionevolezza, delle sole leggi intrinsecamente contraddittorie. *Contra*, in relazione alla sentenza qui in commento, M. MILANESI, [L'incostituzionalità delle](#)

aderire, con l'importante precisazione, tuttavia, che, rispetto ad alcuni degli Autori in parola, mi parrebbe più adeguata un'interpretazione più ampia, che porti a ritenere incostituzionale per irragionevolezza sia la legge totalmente incomprensibile, sia quella "semplicemente" (e irrimediabilmente) contraddittoria od incoerente, giacché ne deriverebbe allo stesso modo l'impossibilità di comprensione della sua portata normativa.

Pur apprezzando, per conseguenza, il pronunciamento del giudice delle leggi, mi sembra utile evidenziare come vi siano, in realtà, anche altri argomenti, *ad adiuvandum*, che portano a concludere nel senso dell'illegittimità di leggi oscure, sia in relazione a singoli parametri che riguardano specifici vizi, ulteriori rispetto a quelli emergenti dai precedenti che la Corte richiama, sia, in aggiunta al principio di ragionevolezza, per concludere nel senso di una generale contrarietà a Costituzione di normative non intelleggibili. Rinviando, per i primi, alla ricostruzione svolta in altre sedi<sup>20</sup>, mi concentrerò qui sui secondi, sia perché, a due di essi, nella decisione in commento la Corte dedica un fugace cenno, che a mio avviso avrebbe meritato invece un ben maggiore sviluppo, sia perché, in ogni caso, la loro portata generale risulta assorbente rispetto a parametri di carattere più specifico.

#### 4. ... e la sua illegittimità in relazione (anche) ad altri parametri generali.

Se una legge oscura è certamente irragionevole in sé, poiché tradisce la stessa ragion d'essere di esercizio della funzione legislativa, non consentendo di fatto ai destinatari del provvedimento di adeguarsi alle sue prescrizioni, mi pare che tale vizio comporti, al contempo, la violazione di almeno altri tre parametri, di eguale natura trasversale, che è bene evidenziare, sia per rafforzare il *decisum* della Corte, sia come spunto di riflessione per la sollevazione futura di ulteriori questioni.

(A) Anzitutto, a venire in rilievo è il principio, di rango costituzionale per quanto privo di enunciazione esplicita nella Carta<sup>21</sup>, della certezza del diritto<sup>22</sup>, nella sua accezione di riconoscibilità ed intelligibilità del dettato normativo<sup>23</sup>.

Del resto, è il concetto stesso di legge oscura ad evocare immediatamente i risvolti problematici in termini di incertezza per i destinatari e gli operatori del diritto, come del resto fugacemente scrive il Collegio nella sentenza in commento, laddove si evidenzia come le «disposizioni irrimediabilmente

*«disposizioni irrimediabilmente oscure»*: *Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 110/2023*, in questa *Rivista*, [2023/II](#), 730 ss., il quale ritiene che per tale via si giungerebbe ad una dilatazione eccessiva del concetto di ragionevolezza.

<sup>19</sup> Cfr. R. PINARDI - S. SCAGLIARINI, *Sindacato sulle leggi*, cit., 1764.

<sup>20</sup> Ovvero S. SCAGLIARINI, *Il Presidente e la tecnica legislativa*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 273 ss.; e R. PINARDI - S. SCAGLIARINI, *Sindacato sulle leggi*, cit., 1751 ss.

<sup>21</sup> Ma pur sempre, si badi, presupposto da diverse disposizioni di essa, come per esempio l'art. 25 Cost., che di fatto altro non fa che declinare in ambito penalistico il concetto di certezza del diritto, o da quelle disposizioni che prevedono la pubblicazione delle leggi (art. 73), delle fonti regionali (art. 123) e delle stesse sentenze del giudice costituzionale (art. 136), dimostrando che la conoscibilità di tali atti è requisito indefettibile. Per una ricostruzione più dettagliata di questo aspetto, mi sia concesso di rinviare a R. PINARDI - S. SCAGLIARINI, *Sindacato sulle leggi*, cit., 1768 ss.

<sup>22</sup> Per l'invocazione di questo parametro quale possibile arma a disposizione della Corte per sindacare normative non comprensibili v. R. DICKMANN, *Procedimento legislativo e coordinamento delle fonti*, Padova, 1997, 395 ss., che richiama altresì, come la Corte nella sentenza qui in commento, anche le conseguenti implicazioni in termini di legalità; M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2002, 117 ss., il quale non nasconde tuttavia anche le difficoltà con cui la giustiziabilità delle norme di *drafting* nel processo costituzionale inevitabilmente si scontra; A. D'ALOIA - P. MAZZINA, *Qualità della legge*, cit., 843 ss.; A. TOSCANO, *Chiarezza, omogeneità e retroattività della legge. Alcune riflessioni su forma di stato e fonti del diritto*, Milano, 2012, 38; nonché, da ultimo, M. MILANESI, *L'incostituzionalità*, cit., 732 ss.

<sup>23</sup> Su questa specifica declinazione della certezza, rinvio, per tutti, alle considerazioni di A. PIZZORUSSO, *Certezza del diritto. II. Profili applicativi*, in *Enc. giur.*, 1988, 4 ss.; e A. RUGGERI - C. SALAZAR, voce *Certezza del diritto*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 846.

oscuere» siano «foriere di intollerabile *incertezza*», mentre appare necessario che l'interprete possa «identificare anche solo un nucleo centrale di ipotesi riconducibili con ragionevole *certezza* alla fattispecie normativa astratta»<sup>24</sup>. È vero che, in un passato non così lontano, si era concluso che «nel sistema italiano è precluso alla Corte annullare una legge richiamando espressamente il solo principio di *certezza*»<sup>25</sup> sulla base della considerazione che essa, pur richiamando spesso il principio in questione<sup>26</sup>, non ne aveva mai fatto un uso concreto quale parametro nel proprio giudizio, ricorrendo, piuttosto, per sanzionarne la violazione, vuoi allo schema della ragionevolezza, come nella sentenza in commento, vuoi ad altri parametri rispetto ai quali la *certezza* si pone semplicemente come argomento *ad adiuvandum*.

Due circostanze, però, pur nella perdurante assenza di pronunce del giudice delle leggi che abbiano accolto questioni formulate in relazione al solo principio *de quo*, mi paiono essere indice di una mutata sensibilità della Consulta, cui basterebbe un ultimo ma definitivo passo, che in questa sede essa non ha avuto il coraggio di compiere, per giungere a dichiarare l'illegittimità di una legge per contrasto con la *certezza* del diritto.

In primo luogo, è assai significativo che, già nella [Relazione sulla giustizia costituzionale nel 2003](#), l'allora presidente Gustavo Zagrebelsky abbia dato risalto a quello che, in realtà, altro non era se non un *obiter dictum* della [sentenza n. 314 del 2003](#), fino a dedicare, allo stesso, un paragrafo a sé stante della Relazione intitolato «Aspetti di *drafting* dei testi normativi». Ed è proprio in tale passaggio che si legge che la Corte ha voluto, con la menzionata pronuncia, porsi nel solco di una «linea giurisprudenziale propria di altre Corti che considerano *costituzionalmente illegittime, in quanto in violazione del principio di certezza del diritto*, le formule legislative che valgono a dissimulare la portata normativa».

In secondo luogo, e soprattutto, nella [sentenza n. 253 del 2015](#), a fronte di un ricorso regionale che contestava la validità di un atto normativo per violazione dei principi di chiarezza normativa e di *certezza* del diritto, con un'endiadi che esplicita in modo lampante il discorso che vado facendo, la Consulta non si pone il minimo problema a svolgere il suo sindacato in relazione a detto parametro, salvo rigettare nel merito la questione<sup>27</sup>, dimostrando così definitivamente che il principio in parola è pienamente idoneo ad essere utilizzato nel giudizio sulle leggi.

Di questi precedenti non vi è traccia nella pronuncia odierna, che preferisce, come si è visto, forse anche per il timore di incorrere in extrapetizione, percorrere i più rodati (ancorché non per questo meno impervi) sentieri della ragionevolezza<sup>28</sup>. Sennonché, così facendo, a mio avviso la Corte ha perso

---

<sup>24</sup> Rispettivamente punti 4.3.3 e 4.3.4 del *Considerato in diritto* (corsivi miei). Del resto, anche in altre occasioni la giurisprudenza costituzionale ha offerto argomenti importanti in questa direzione, se è vero che, allorché il giudice delle leggi si è trovato ad invocare la chiarezza normativa, esso ha sempre (e giustamente) esplicitato il collegamento che una buona tecnica redazionale ha con la *certezza* del diritto. Lo dimostrano, a tacer d'altre, la [sentenza n. 31 del 1983](#), ove si legge che «la chiarezza del dettato normativo contribuisce alla *certezza* del diritto e riduce le occasioni di controversie» (*Considerato in diritto*, punto 2), ovvero la successiva [decisione n. 171 del 1987](#), nella quale la chiarezza è definita «contributo essenziale alla *certezza* del diritto» (*Considerato in diritto*, punto 2). Già P. DAMIANI, *La certezza del diritto come parametro nei giudizi di costituzionalità. Le esperienze italiana e spagnola al confronto*, in *Giur. cost.*, 1999, 2350, evidenziava, in tal senso, come il rilievo crescente del principio *de quo* nelle pronunce della Consulta fosse legato alla diffusa oscurità del linguaggio legislativo

<sup>25</sup> Testualmente, P. DAMIANI, *La certezza del diritto*, cit., 2359; ma già L. PEGORARO, *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 41, sottolineava come, a fronte di leggi incerte, la Corte le possa annullare con riferimento a specifici parametri violati.

<sup>26</sup> A partire fin dalla [sentenza n. 129 del 1957](#), che lo qualifica in termini di «preminente interesse pubblico».

<sup>27</sup> Si veda il punto 3.3. del *Considerato in diritto*.

<sup>28</sup> Si osservi, per inciso, come in dottrina non sia mancato chi già risolveva la mancanza di *certezza* del diritto, conseguente all'oscurità della legge, nella sua irragionevolezza: cfr. F. DAL CANTO, *La qualità della normazione*, cit., 88.

l'occasione per affermare, *apertis verbis*, la rilevanza di un principio implicito che, proprio in relazione alla formulazione dei testi normativi, riveste una importanza nient'affatto secondaria.

(B) Un ulteriore parametro, a valenza generale, la cui applicazione dovrebbe condurre all'illegittimità delle leggi oscure è dato dall'art. 24 Cost. Il diritto di agire a difesa dei propri diritti ed interessi legittimi, infatti, appare gravemente ed irrimediabilmente compromesso da atti normativi incomprensibili, a fronte dei quali i destinatari non sono in grado di distinguere ciò che è loro permesso da ciò che è loro vietato. Tanto più che, proprio in uno dei precedenti richiamati – la [sentenza n. 34 del 1995](#) – la Consulta, dopo aver rilevato l'illegittimità della legge (penale) oscura per contrarietà all'art. 25 Cost., aveva comunque voluto precisare che «dalla indeterminatezza della previsione normativa discende anche la denunciata violazione del diritto di difesa»<sup>29</sup>.

Un cenno in tal senso, d'altro canto, si legge anche nel punto 4.3.6 del *Considerato in diritto* dell'odierna sentenza, allorché la Corte, dopo aver ribadito che l'indeterminatezza dei presupposti applicativi della norma «non fornisce alcun affidabile criterio guida alla pubblica amministrazione nella valutazione se assentire o meno un dato intervento richiesto dal privato, in contrasto con il principio di legalità dell'azione amministrativa e con esigenze minime di eguaglianza di trattamento tra i consociati» evidenzia però anche come l'oscurità della legge «rende arduo al privato lo stesso *esercizio del proprio diritto di difesa in giudizio* contro l'eventuale provvedimento negativo della pubblica amministrazione, proprio in ragione dell'indeterminatezza dei presupposti della legge che dovrebbe assicurargli tutela contro l'uso arbitrario della discrezionalità amministrativa» (corsivo mio).

Ora, anche rispetto a questo parametro, può ipotizzarsi che la mancata citazione esplicita ed il ricorso ad esso quale fondamento della declaratoria di incostituzionalità siano da imputarsi alla volontà di non deviare dalla cornice tracciata nella *quaestio* sollevata dal Governo. Purtroppo, mi pare che il riferimento che si legge tra le righe della pronuncia della Corte sia chiaro e possa offrire a futuri giudici *a quibus* (o al ricorrente in un giudizio in via principale) spunti ulteriori di argomentazione nel senso dell'illegittimità di atti normativi affetti da una totale incomprensibilità.

(C) Un ultimo parametro a mio avviso utilizzabile per la declaratoria di illegittimità costituzionale di leggi oscure, del quale, a differenza dei precedenti, non si trova invece alcuna traccia nella pronuncia in esame, è rappresentato dalla disposizione di cui all'art. 54, comma 1, della Carta fondamentale, ai sensi del quale, come noto: «Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi». Ma se i cittadini non riescono oggettivamente ad obbedire ad una legge, a causa della formulazione non comprensibile di essa, *quid iuris* a fronte di una norma costituzionale che ne richiede il rispetto? Al riguardo credo vadano formulate due considerazioni, convergenti nel portare a ritenere che la legge oscura violi anche l'art. 54 Cost.<sup>30</sup>

In primo luogo, infatti, va ricordato un celeberrimo precedente, del quale pure non vi è traccia nella sentenza odierna, ovvero la [decisione n. 364 del 1988](#), con la quale, come noto, il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 5 c. p. nella parte in cui non esclude dalla generale irrilevanza l'ignoranza inevitabile delle norme di legge che dipenda da fattori oggettivi, tra i quali viene richiamata proprio l'oscurità del testo. Dal che si ricava inevitabilmente che, in presenza di disposizioni incomprensibili (e non solo di carattere penale<sup>31</sup>), si crea una situazione di “legittima illegalità”, nella

<sup>29</sup> Punto 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>30</sup> Per un cenno in questa direzione v. A. TOSCANO, *Chiarezza, omogeneità e retroattività*, cit., 40.

<sup>31</sup> Giacché, come chiarisce la Consulta nella [sentenza n. 364](#), «il dovere d'osservare le leggi penali [...], per i cittadini, è specificazione di quello d'osservare le leggi della Repubblica, sancito dal primo comma dell'art. 54 Cost.» e, altrettanto espressamente, «se il cittadino, nei limiti possibili, si è dimostrato ligo al dovere (*ex art. 54, primo comma Cost.*) e, ciò malgrado, continua ad ignorare la legge, deve concludersi che la sua ignoranza è “inevitabile” e, pertanto, scusabile» (*Considerato in diritto*, rispettivamente punti 14 e 18): dunque il ragionamento ha carattere generale e va ben oltre il mero profilo penalistico.

quale diviene lecito per il cittadino (e non potrebbe essere altrimenti) disobbedire alla legge: in palese contraddizione, però, con la norma costituzionale che richiede invece ad ognuno di rispettarla.

In secondo luogo (e più in generale), si impone una osservazione di ordine latamente sociologico e culturale. Le leggi oscure, infatti, oltre a correre il rischio di venir scoperte ed utilizzate *pro domo sua* da chiunque, bisognoso di appigli o cavilli legali<sup>32</sup>, vi si imbatta, conseguono un ulteriore e pericoloso effetto, poiché ingenerano, inevitabilmente, nei consociati la sfiducia in generale nel legislatore e dunque finiscono, indirettamente, per indebolire tutte le leggi che i cittadini sono portati a non rispettare. Dato che, come è probabile, colui che cerchi di adeguarsi a quanto prescritto da una norma senza riuscirvi a causa della sua oscurità, sarà portato in altre occasioni a non curarsi del diritto vigente, ma ad agire come meglio crede.

Sulla base (e nei limiti) di quanto sin qui argomentato, mi pare si possa concludere che, a fronte di norme incomprensibili, che i cittadini inevitabilmente e legittimamente potranno non rispettare, la Corte costituzionale ben potrebbe accogliere la questione sollevata anche per contrasto con l'art. 54 della Costituzione.

5. *Un parametro in attesa (della definizione) del proprio vizio: le prospettive del giudizio sulle leggi oscure.*

La sentenza che stiamo esaminando, come emerso più volte, segna quindi un punto di svolta nella soluzione della *vexata quaestio* della giustiziabilità delle norme di tecnica legislativa nel giudizio sulle leggi<sup>33</sup>. Prospettando, pertanto, una soluzione che a mio avviso deve ritenersi corretta, ma che potrebbe andarsi viepiù consolidando con gli ulteriori sviluppi che ho testé suggerito.

Affermare che le leggi oscure sono incostituzionali, tuttavia, non è che il primo – e logicamente indispensabile – passaggio, che apre però ora una questione assai complessa, cui la Corte dovrà dare progressive risposte, per definire quale sia il livello di difficoltà ermeneutica tollerabile e quando invece debba ritenersi varcata quella soglia che conduce alla totale e insanabile oscurità (e, conseguentemente, all'illegittimità costituzionale). Laddove, in ciò, si porrà in qualche modo anche la questione di definire quali vizi di cattiva tecnica legislativa possano ridondare in incostituzionalità.

A ben vedere, il Collegio pare non ignorare affatto il problema, tanto che, dopo aver appunto chiarito, in via peraltro puramente astratta, la distinzione tra mera difficoltà ermeneutica e totale oscurità, esamina tre ipotesi specifiche.

È il caso, anzitutto, delle clausole generali, di cui viene garantita la possibilità di utilizzo quali strumenti «programmaticamente apert[i] a “processi di specificazione e di concretizzazione giurisprudenziale”», come stabilito già nella recente decisione sulla clausola di buona fede di cui all'art. 1337 cod. civ. ([sentenza n. 8 del 2023](#)). Il che, se certamente è condivisibile nella misura in cui si preserva il ricorso a strumenti indubbiamente utili, quando non indispensabili, soprattutto in una società liquida in continua evoluzione, onde assicurare una qualche flessibilità all'operatore del diritto e la capacità della norma di adattarsi ad una pluralità di situazioni difficilmente tipizzabili<sup>34</sup>, finisce però semplicemente per spostare il problema, che diviene a questo punto quello di individuare quando la clausola sia talmente generale da rendere di fatto arbitraria ogni decisione fondata su di essa,

---

<sup>32</sup> Come non pensare alla figura dapontiana di Bartolo, in *Le nozze di Figaro* splendidamente musicate da Mozart, il quale, accondiscendendo al tentativo di far saltare appunto il matrimonio *de quo*, afferma «se tutto il codice dovessi volgere, se tutto l'indice dovessi leggere, con un equivoco, con un sinonimo, qualche garbuglio si troverà»?

<sup>33</sup> Imputabile, come evidenzia P. C(OSTANZO), [Ancora un \(notevole\) avanzamento](#), cit., 461, al fatto che le norme di tecnica legislativa «raramente risultano esplicitate in sede normativa e tampoco a livello costituzionale, originando le note incertezze circa la loro reale parametricità in un giudizio sulla validità della legge» poiché «anche i testi costituzionali più inclini ad inquadrare nel dettaglio il procedimento legislativo solitamente si preoccupano dei puri aspetti procedurali».

<sup>34</sup> Sul tema, per tutti, v. l'ampia trattazione di F. PEDRINI, *Le “clausole generali”. Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, 2013, spec. 63 ss. per le considerazioni sulle clausole generali come tecnica legislativa.



valutazione da svolgersi con un rigore naturalmente maggiore allorché si verta nell'ambito della responsabilità penale.

Ma anche il ricorso a terminologie tecniche, proprie di linguaggi specialistici, è preso in esame dal giudice delle leggi, che ne esclude l'illegittimità ogniqualvolta, pur rendendo il discorso di difficile comprensione al *quisque de populo*, esso consenta di fare fronte alla complessità della materia da regolare con il rigore della sua disciplina. Laddove, nella normativa scrutinata nel caso al nostro esame, il problema nasceva non tanto dall'uso di una terminologia specifica del linguaggio urbanistico, quanto dalla mancanza di riferimenti certi ai concetti ai quali con essi si intendeva fare riferimento.

L'uso di acronimi è pure oggetto di rilievo diretto nella sentenza in commento, essendo una delle maggiori criticità della disposizione posta all'esame della Corte, censurata proprio nella misura in cui «utilizza l'acronimo "V.A." per indicare un procedimento che dovrebbe condizionare l'ammissibilità dell'intervento, senza fornire alcuna previa definizione del significato dell'acronimo stesso» (*Considerato in diritto*, punto 4.3.1)<sup>35</sup>. Con una conclusione di sicuro buon senso, in sostanza, la Consulta non censura l'acronimo in sé, il cui uso appare persino auspicabile laddove possa contribuire a semplificare il discorso, ma il ricorso ad esso privo di una preventiva definizione.

Peraltro, dai precedenti che la Corte richiama si possono trarre indicazioni univoche anche in relazione ad un ulteriore vizio specifico, ovvero quello di un errato rinvio ad altra disposizione. È questa, infatti, l'ipotesi che si ritrova nella [pronuncia n. 185 del 1992](#), dove si legge testualmente che «è sindacabile da parte di questa Corte il vizio consistente nell'errore materiale di redazione legislativa, che infici il testo della disposizione, pregiudicando, nella misura e nei modi che ricorrono nel caso in esame, la riconoscibilità e l'intelligibilità del precetto»<sup>36</sup>. Né questo vale solo per l'ambito penale, in cui verteva il giudizio *de quo*, dato che già in quella occasione il parametro di riferimento era rappresentato, proprio come nella decisione qui commentata, dall'art. 3 Cost.<sup>37</sup>, sotto il profilo della contraddittorietà e, conseguentemente, irrazionalità della legge.

Le ipotesi che si potranno alla Consulta potranno, tuttavia, andare ben oltre quelle finora prese in considerazione, potendo abbracciare un campo quanto mai vasto ed eterogeneo. Che dire, per fare solo qualche esempio, di un testo normativo che facesse ampio ricorso a termini stranieri o, ancor più, a quegli eufemismi che spesso il legislatore utilizza per mascherare provvedimenti impopolari o divisivi, allorché il loro (ab)uso conduca alla formulazione di enunciati non intelleggibili? Qualora ne risultasse un testo totalmente oscuro se ne dovrebbe concludere per la illegittimità (e a quali condizioni)?

Ma vi è di più! Una volta chiarito se un determinato vizio di cattiva redazione della legge ridonda in illegittimità costituzionale, la Corte dovrà anche volta per volta individuare quale sia la tecnica decisionale più adeguata, all'interno del suo armamentario sempre più (forse troppo) ricco e variegato, per ripristinare la legalità costituzionale. Non può infatti escludersi che, pur a fronte di una legge oscura, l'accoglimento non sia l'unica via percorribile, tanto è vero che già nei pur non numerosi precedenti che abbiamo visto ve n'è uno, ancora una volta la [sentenza n. 185 del 1992](#), in cui l'errore

---

<sup>35</sup> Per inciso – e ad ulteriore conferma dell'ambiguità della sigla – si osservi che la stessa difesa regionale, secondo quanto riporta la Corte, ha attribuito ad essa due significati diversi nella memoria di costituzione e durante l'arringa in udienza pubblica.

<sup>36</sup> In questo senso, già R. GUASTINI, *Errore materiale*, cit., 1341, sottolineava come, accogliendo la questione, la Corte avesse chiaramente affermato il principio che l'errore di redazione determina l'illegittimità della disposizione a causa della sua indecifrabilità. Laddove, tuttavia, l'A. ritiene che la Corte, così facendo, anziché intervenire per rimuovere un vizio, abbia in realtà colmato una lacuna, arrogandosi un compito proprio solo del legislatore.

<sup>37</sup> Anzi, osserva sul punto G. U. RESCIGNO, *L'errore materiale*, cit., 2422 ss., come la Corte abbia voluto esplicitare la violazione (anche) di questo parametro, anziché ritenerlo assorbito nella declaratoria di illegittimità *ex art. 25 Cost.*, contrariamente alla sua prassi, all'evidenza proprio per rimarcare il valore generale di quanto affermato.

materiale era talmente palese che la Consulta ha adottato una pronuncia sostitutiva<sup>38</sup>, benché in materia penale.

Insomma, la [sentenza n. 110 del 2023](#), non si configura soltanto come un punto di arrivo di un percorso giurisprudenziale che affonda le sue radici in alcune occasionali e talora risalenti decisioni, per trarne una regola generale di fondamentale civiltà giuridica, circa la necessità che le leggi siano chiare e comprensibili, ma rappresenta altresì un punto di partenza verso una progressiva e quanto mai delicata definizione dei confini della discrezionalità del legislatore nella forma espressiva utilizzata nello svolgimento della funzione legislativa: un “esercizio di stile” anche per la Corte, che, una volta immessa nel circuito del buon confezionamento delle leggi<sup>39</sup>, dovrà continuare a muoversi con estrema cautela<sup>40</sup>, con ampio ricorso al proprio *self-restraint*<sup>41</sup>, essendo lampante l’incidenza dei suoi pronunciamenti in materia sugli equilibri nei rapporti con i giudici comuni ed il legislatore.

---

<sup>38</sup> Se non addirittura, come sostiene R. GUASTINI, *Errore materiale*, cit., 1341, solo apparentemente sostitutiva, giacché, in realtà, essa si manifesterebbe nella sostanza come una pronuncia additiva, con la quale la Consulta giunge appunto ad introdurre, per via pretoria, un nuovo precetto penale. *Contra*, G. U. RESCIGNO, *L’errore materiale*, cit., 2424 ss., il quale, pur con argomenti diversi da quelli contenuti nella sentenza, esclude la sua natura innovativa.

<sup>39</sup> Per dirla con P. C(OSTANZO), [Ancora un \(notevole\) avanzamento](#), cit., 462.

<sup>40</sup> Da questo punto di vista, non è forse casuale che un passaggio così potenzialmente rilevante nella giurisprudenza della Corte sia avvenuto in occasione del sindacato su un singolo comma di una legge regionale di modifica puntuale di precedenti leggi, ovvero un atto normativo, per così dire, di «tono minore», per affermare un principio da utilizzare poi in successivi limitati casi talmente eclatanti da escludere qualsiasi sospetto di un uso eccessivamente discrezionale del proprio scrutinio. Si tratta di un processo di progressiva affermazione della giustiziabilità delle regole di *drafting* che avevo a suo tempo auspicato, sia pure in relazione ad uno specifico vizio, in S. SCAGLIARINI, *Il Presidente e la tecnica legislativa*, cit., 286.

<sup>41</sup> Il timore di un possibile sconfinamento della Corte in ambiti riservati alla discrezionalità legislativa era già stato prospettato ad esempio da G. SALERNO, *La tecnica legislativa*, cit., 1036; e da E. LONGO, *Il contributo della Corte costituzionale*, cit., spec. 55. Nel commentare la sentenza *de qua*, L. DI MAJO, [Una legge «radicalmente oscura» è incompatibile con la Costituzione. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 110/2023](#), in questa *Rivista*, [2023/II](#), 724 ss., solleva dubbi sulla possibilità di assicurare effettività alle regole sul confezionamento degli atti normativi, alla luce dei vincoli che la Corte si è auto-imposta.

Francesco Torre

La corsa al trilogico ovvero la “prima parola” è quella che conta  
(recenti tendenze a partire da Corte Cost. sentt. nn. [54](#) e [67](#) del 2022)\*


**ABSTRACT:** *The paper analyses the Constitutional Court, rulings no. [54](#) and no. [67](#) of 2022, concerning the recognition of welfare benefits for non-EU citizens. The present work seeks to offer a broader view of the connections between these judgements all of which appear to be linked by a common thread. In both sentences, the Constitutional Court arrived at two different outcomes of acceptance in the first, and rejection in the second, affirming the due respect for the principle of non-discrimination in access to such benefits. The reason why the Constitutional Court arrived at two diametrically opposed approaches, even though the same reference parameter (Article 12 of Directive 2011/98/EU) was invoked, is to be traced back to whether or not the referring judges invoked the Charter.*

SOMMARIO: 1. Una nuova stagione per la doppia pregiudizialità. – 2. Il dialogo alla prova della (ir)-rilevanza della questione. – 3. Un test della connessione? – 4. Un’assenza ingombrante. – 5. La lotta per la prima parola.

1. Una nuova stagione per la doppia pregiudizialità.

La materia della sicurezza sociale<sup>1</sup> ha largamente caratterizzato l’attività della Corte costituzionale nel primo trimestre del 2022, impegnando il giudice delle leggi con particolare riferimento al delicato settore dei diritti sociali relativi ai cittadini di Paesi terzi. In ben quattro pronunce<sup>2</sup> sono venute all’attenzione della Consulta disposizioni normative indubbiamente di incostituzionalità per presunta violazione del principio di eguaglianza nei confronti degli stranieri, residenti in Italia. L’intricata selva della legislazione italiana nasconde, infatti, una fitta rete di previsioni che attuano una differenza di trattamento a danno di tali soggetti nell’accesso alle prestazioni sociali.

La tematica è, purtroppo, di scottante attualità, diventando le politiche relative all’accesso degli stranieri alle prestazioni sociali un terreno di «scontro tra ordinamenti»<sup>3</sup>. Complici le ondate di populismo che hanno attraversato – e continuano ad attraversare – l’Europa<sup>4</sup> e gli Stati Uniti<sup>5</sup> tali

\*  Testo rielaborato della comunicazione presentata al Seminario Italo-spagnolo, VI Congresso internazionale su Costituzionalismo? Granada (Spagna), 5-7 ottobre del 2022 destinato anche agli Atti del I Ciclo di Seminari su “Costituzione e Stato sociale” organizzato dalle Cattedre di Diritto Costituzionale ed Istituzioni di Diritto pubblico dei Dip. di Giurisprudenza e Scienze politiche e giur. dell’Univ. degli Studi di Messina.

<sup>1</sup> Al cui proposito, tra tutti, si segnala il recente contributo monografico di M. D’ONGHIA, M. PERSIANI, *Diritto della sicurezza sociale*, Torino, 2022.

<sup>2</sup> Ci si riferisce alle sentenze della Corte costituzionale nn. [19](#), [34](#), [54](#) e [67](#) del 2022. In particolare, oggetto della sent. n. [19 del 2022](#) era la compatibilità della normativa sul cd. reddito di cittadinanza laddove esclude «i titolari di permesso unico lavoro ex art. 5, c. 8.1 d.lgs. 286/1998 o di permesso di soggiorno di almeno un anno ex art. 41 d.lgs. 286/1998»; a commento di tale pronuncia si segnalano i contributi di G. FONTANA, *La Corte costituzionale fra supremazia e (apparente) subalternità. Quale futuro per i diritti sociali degli stranieri?* in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2/2022, 272 ss.; S. GIUBBONI, *La Corte situazionista. Brevi note sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di accesso degli stranieri alla sicurezza sociale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2/2022, 246 ss.; D. LOPRIENO, *Riflessioni sul reddito di cittadinanza e gli stranieri alla luce della sent. n. 19 del 2022 della Corte Costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2022, 252 ss.; L. PELLICCIA, *La Corte costituzionale si pronuncia sul diritto di accesso da parte di cittadini stranieri ad alcune indennità economiche di sicurezza sociale*, in *Labor*, 8 giugno 2022; A. RIZZO, *La sentenza della Corte costituzionale sul reddito di cittadinanza: una critica di merito e di metodo*, in *I Post di Aisdue*, 3/2022, 34 ss.; M. ROMA, *La Corte costituzionale su reddito di cittadinanza e reddito di inclusione. Bisogni primari degli individui e limite delle risorse disponibili*, in questa *Rivista*, [Studi 2022/III](#), 649 ss. Veniva, invece, scrutinata la costituzionalità del cd. reddito di inclusione da parte della sent. n. [34 del 2022](#) a commento della quale si veda sempre *Ibidem*.

<sup>3</sup> Così M. LOSANA, *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, in [federalismi.it](#), 5/2023, 28.

<sup>4</sup> In argomento si veda G. ALLEGRI, A. STERPA, N. VICECONTE, *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Napoli, 2019. Con particolare riferimento all’Italia, per tutti, si rinvia allo studio monografico di G.

politiche sono diventate scomode, persino per i partiti più progressisti, anch'essi fatalmente attratti dal fascino della «democrazia dei sondaggi»<sup>6</sup>. La normativa di settore è, quindi, frutto di interventi spesso rapsodici, privi di quella coerenza sistematica che dovrebbe essere imposta dal tenore dei diritti in gioco, relativi agli «attori più marginali e talvolta più indifesi delle nostre società»<sup>7</sup>.

Data la peculiarità della materia, l'accesso alle prestazioni sociali è protetto, a livello costituzionale<sup>8</sup> ed europeo<sup>9</sup>, dal principio di non discriminazione; proprio il concorso di tali fonti fa sì che su tale tema convergano «le decisioni dei giudici comuni, della Corte costituzionale, di Corte di giustizia e Corte EDU, in una sorta di laboratorio permanente di sperimentazione delle tecniche di tutela “integrata” dei diritti fondamentali»<sup>10</sup>. La cooperazione tra questi interpreti ha dato, complessivamente, buona prova di sé<sup>11</sup> nelle pronunce che hanno poi condotto alle sentenze nn. [54](#) e [67](#) del 2022, grazie alle quali – nonostante alcune evidenti criticità<sup>12</sup>, che emergono soltanto da una lettura congiunta delle due decisioni<sup>13</sup> – è possibile registrare un avanzamento della tutela dei diritti a prestazione sociale degli stranieri<sup>14</sup>. Non sembrano esserci dubbi che la «stella polare»<sup>15</sup>,

---

DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI, *Italian Populism and Constitutional Law. Strategies, Conflicts and Dilemmas*, London, 2020.

<sup>5</sup> Su cui si veda N. FRASER, *Il vecchio muore e il nuovo non può nascere. Dal neoliberalismo progressista a Trump e oltre*, ed. orig. *The Old is Dying and the New Cannot Be Born: From Progressive Neoliberalism to Trump and Beyond*, Verona, 2019.

<sup>6</sup> Felice espressione di G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, Torino, 1995, 113, il quale, profeticamente, rilevava che «la democrazia dei sondaggi non è strutturalmente una democrazia. C'è una ragione: attraverso il sondaggio si registra una forza che potrà essere utilizzata dagli interessati come conviene. Attraverso le elezioni si esercita un'autorità. Il popolo sondato è un oggetto, il popolo che vota è un soggetto». I sondaggi, infatti, sono divenuti ormai «quasi quotidiani sul gradimento delle diverse forze politiche e dei Governi», come criticamente osservato da G. GRASSO, *Social network, partiti politici e lotta per il potere*, in [MediaLaws](#), 2020, 216.

<sup>7</sup> Cfr. E. TARQUINI, *La doppia pregiudizialità alla prova dell'effettività della tutela: riflessioni di una giudice di merito a margine del caso ANF*, in [Questione Giustizia](#), 21 dicembre 2021, 2.

<sup>8</sup> ... dall'art. 38 Cost., la cui lettura, in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 Cost., sancisce l'applicabilità delle tutele per tutti i lavoratori, a prescindere dalla cittadinanza.

<sup>9</sup> ... dagli artt. 20, 21 e 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) che trovano espressione concreta nel diritto secondario rappresentato dalle direttive nn. [2003/109/CE](#) e [2011/98/UE](#) previste a favore, rispettivamente, degli stranieri titolari dello *status* di soggiornanti di lungo periodo o di quelli titolari del cd. permesso unico di soggiorno.

<sup>10</sup> Cfr. L. TOMASI, *Stranieri e prestazioni sociali tra giurisprudenza costituzionale ed europea*, in [Diritti Lavori Mercati](#), 2/2021, 319.

<sup>11</sup> Così A. LAMBERTI, *La condizione giuridica dello straniero e il godimento dei diritti sociali fondamentali: la recente giurisprudenza costituzionale (e il dialogo con la Corte di Lussemburgo)*, in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), 2/2022, 46.

<sup>12</sup> Manifestate da A. RUGGERI, [Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo “dialogo” tra le Corti \(a prima lettura della sent. n. 67/2022\)](#), in questa [Rivista, Studi 2022/I](#), 225 ss.; V. PUPO, [Sulle discriminazioni degli stranieri nel settore della sicurezza sociale: una nuova pronuncia della Corte costituzionale all'esito di un caso di doppia pregiudizialità](#), in questa [Rivista, Studi 2022/I](#), 366 ss.; S. GIUBBONI, *La Corte situazionista. Brevi note sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di accesso degli stranieri alla sicurezza sociale*, cit., 251 nonchè, se si vuole, nel mio F. TORRE, [L'assegno per il nucleo familiare sfugge dalla morsa della doppia pregiudizialità: occasione mancata o balzo in avanti per il dialogo tra Roma e Lussemburgo? \(prime riflessioni a margine della sent. n. 67/2022\)](#), in questa [Rivista, Studi 2022/II](#), 460 ss. In particolare S. GIUBBONI ha evidenziato (251) la «diffinità (contraddittoria) di valutazioni» tra le sopra citate sentenze e le sentt. nn. [19](#) e [34](#) del 2022. Segnatamente la diversità di approdi cui giungeva la Consulta potrebbe essere spiegato «in ragione della ben diversa rilevanza finanziaria degli interessi in gioco». In argomento è d'obbligo il richiamo a M. TROISI, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, Napoli, 2020.

<sup>13</sup> Ed infatti «se considerate separatamente, le pronunce della Corte costituzionale appena illustrate – pur contenendo dispositivi diversi – paiono entrambe decisioni ragionevoli»: così M. LOSANA, *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., 41.

<sup>14</sup> Così G. PISTORIO, *Il diritto integrato, “figlio” del dialogo tra Corti*, in [Nomos](#), 2/2022, 16. Della medesima opinione anche F. FERRARO, V. CAPUANO, *Bonus bebè e assegno di maternità: convergenza tra Corti e Carte in nome della solidarietà*, in [Lavoro Diritti Europa](#), 1/2022, 22.

<sup>15</sup> Così S. FILIPPI, *Una inammissibilità che conferma l'impegno della Consulta nel dialogo con Lussemburgo*, in [Giurisprudenza Costituzionale](#), 4/2022, 2161.

guida dei giudici della Consulta nei casi *de quibus*, è proprio l'effettività della tutela: in entrambi gli arresti, infatti, la Corte Costituzionale – pur pervenendo a due esiti differenti, di accoglimento nel primo, e di rigetto nel secondo – ha vigorosamente affermato il doveroso rispetto del principio di non discriminazione nell'accesso a tali prestazioni<sup>16</sup>, imposto dai principi costituzionali e dalle garanzie sancite dal diritto europeo, «nel loro vicendevole integrarsi, in un arricchimento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali»<sup>17</sup>.

Una precisazione corre l'obbligo di evidenziare: gli spunti di riflessione che emergono dalla lettura di tali pronunce sono molteplici, ma, in questa sede, ci si limiterà a focalizzare l'attenzione sulla vessata questione della doppia pregiudizialità<sup>18</sup>, oggetto di un profluvio di commenti da parte della dottrina<sup>19</sup> a seguito del famoso *obiter dictum* contenuto nella ormai nota sentenza n. [269 del 2017](#). È opinione di chi scrive che la ragione per la quale il giudice delle leggi sia giunto – nelle sentt. nn. [54](#) e [67](#) del 2022 – a due approdi diametralmente opposti, nonostante fosse stato invocato il medesimo parametro di riferimento (art. 12 della direttiva 2011/98/UE), sia da far risalire alla evocazione in campo o meno della Carta da parte dei giudici rimettenti<sup>20</sup>, come meglio si evidenzierà nel prosieguo del presente lavoro.

## 2. Il dialogo alla prova della (ir)-rilevanza della questione.

La tematica è in magmatica evoluzione: la Corte costituzionale continua ad operare delle, apparentemente piccole, precisazioni al fine di “temperare” l'indirizzo 269<sup>21</sup>, inaugurato – com'è noto – per evitare il «traboccamento» della Carta<sup>22</sup> e per «rimettersi al centro»<sup>23</sup>, pur forzatamente, nei rapporti con le Corti europee<sup>24</sup>.

---

<sup>16</sup> L'assegno per il nucleo familiare nella sent. n. [67 del 2022](#) ed il “bonus bebè” e l'assegno di maternità nella sent. n. [54 del 2022](#).

<sup>17</sup> Punto 7 del *cons. in dir.* sent. n. [54 del 2022](#).

<sup>18</sup> ... chi scrive, però, è consapevole che i rapporti tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia non si svolgono soltanto sul piano istituzionale, ma anche sul versante culturale, in cui si rendono partecipi della partita anche altri attori, tra i quali, in particolare, la Corte EDU.

<sup>19</sup> Tra i quali, recentemente, si segnalano G. PARODI, *Effetti diretti della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea e priorità del giudizio costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2022, 128 ss.; G. REPETTO, *Esercizi di pluralismo costituzionale. Le trasformazioni della tutela dei diritti fondamentali in Europa tra ambito di applicazione della Carta e “doppia pregiudizialità”*, in *Diritto pubblico*, 3/2022.

<sup>20</sup> ... dovuta alla «solitudine del giudice a quo»: così M. LOSANA, *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., 35. Della medesima opinione anche S. CATALANO, *Quando la forma prevale sulla sostanza. Note critiche alla sentenza n. 67 del 2022 della Corte Costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2022, 206.

<sup>21</sup> Così C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019, 16. Tali “temperamenti” hanno avuto luogo a partire dall'ord. n. [117 del 2019](#), e dalle sentt. nn. [20](#), [63](#) e [112](#) del 2019, [11](#) e [44](#) del 2020. [182 del 2021](#), [13](#), [149](#) e [198](#) del 2022.

<sup>22</sup> V. A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2018, 150, ritenuto il “padre putativo” della sent. n. [269 del 2017](#), nonostante la firma del giudice redattore porti un altro nome, ovvero quello del giudice Marta Cartabia.

<sup>23</sup> V. T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell'epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in [federalismi.it](#), 3/2021, 133 che evidenzia l'utilizzo improprio, da parte della dottrina, del termine “riaccentramento” per descrivere tale fenomeno, dovendosi, più correttamente parlare di «ri-centralizzazione».

<sup>24</sup> ... da cui la stessa Consulta si era sottratta negandosi, per lungo tempo, la possibilità di dialogare con la Corte di Lussemburgo sino alla ord. n. [103 del 2008](#), per i giudizi in via di azione, ed alla ord. n. [217 del 2013](#), per i giudizi in via incidentale; parla di un vero e proprio processo di «autoesclusione» M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana*, in A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano-Madrid, 2003, 217. «Che le ritrosie della Corte costituzionale ad aprirsi al confronto con la Corte di giustizia siano oramai superate è un dato acclarato dai sempre più frequenti rinvii interpretativi rivolti dalla prima alla seconda in casi di doppia pregiudizialità»: lo evidenzia T. GUARNIER, *Gli assegni di natalità e maternità agli stranieri, fra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Quaderni Costituzionali*, 2/2022, 364. Della

A ben vedere, discutere di doppia pregiudizialità includendo nella presente analisi anche la sent. n. [67 del 2022](#) potrebbe apparire un grossolano errore<sup>25</sup>. La Carta – come prontamente evidenziato dalla Consulta<sup>26</sup> – non veniva evocata dalle ordinanze di rimessione<sup>27</sup> e non costituiva, pertanto, il parametro di tale giudizio; ciò a differenza della sent. n. [54 del 2022](#) che poneva l’art. 34 CDFUE al cuore del suo *iter* argomentativo<sup>28</sup>.

La stessa Sezione lavoro della Corte di Cassazione, nel promuovere l’incidente di costituzionalità<sup>29</sup>, aveva, infatti, già focalizzato l’attenzione sulle disposizioni della Carta, rinunciando espressamente<sup>30</sup> alla possibilità di procedere alla disapplicazione<sup>31</sup> della normativa relativa al “bonus bebè”<sup>32</sup> ed all’assegno di maternità<sup>33</sup> alla luce del contrasto con il diritto europeo derivato, rappresentato dall’art. 12 della Direttiva 2011/98/UE. Tale fenomeno – efficacemente descritto come la «disapplicazione della disapplicazione»<sup>34</sup> – si giustifica con la diversa natura degli effetti che sarebbero potuti derivare «dalla pronuncia della Corte costituzionale rispetto al sistema al cui interno si colloca la disposizione sospettata di illegittimità costituzionale»<sup>35</sup>. Il peculiare meccanismo della non applicazione opera, infatti, solo nel caso specifico, senza risolvere in maniera definitiva il conflitto tra le fonti<sup>36</sup>, ritenendo, invece, la Cassazione necessario rivolgere la questione

---

medesima opinione anche A.O. COZZI, *Per un elogio del primato, con uno sguardo lontano. Note a Corte cost. n. 67 del 2022*, in questa *Rivista, Studi 2022/II*, 410 ss.

<sup>25</sup> ... «non collocandosi fra le sentenze riconducibili allo “schema 269”», ma rappresentando un «importante contributo al dibattito originato dal noto *obiter*»: così S. FILIPPI, *Una inammissibilità che conferma l’impegno della Consulta nel dialogo con Lussemburgo*, cit., 2159.

<sup>26</sup> Punto 1.2.1 del *cons. in dir.* della sent. n. [67 del 2022](#) dalla cui lettura, tra le righe, sembra leggersi quasi un rimprovero nei confronti della Corte di Cassazione. Tale assenza era già stata evidenziata, in sede di commento alle ordinanze di rimessione, da parte di S. GIUBBONI, N. LAZZERINI, *L’assistenza sociale degli stranieri e gli strani dubbi della Cassazione*, in *Questione Giustizia*, 6 maggio 2021, 6.

<sup>27</sup> Ordinanze dell’8 aprile 2021 iscritte ai nn. [110](#) e [111 reg. ordd. 2021](#) (G.U. n. 33/2021, 1a serie spec.).

<sup>28</sup> Cfr. S. GIUBBONI, *L’accesso alle prestazioni di sicurezza sociale dei cittadini di Paesi terzi nel “dialogo” tra le Corti*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1/2021, 7.

<sup>29</sup> [Ordinanze del 17 giugno 2019 iscritte ai nn. 175, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 188, 189 e 190 reg. ordd. 2019](#) (G.U. n. 44-45/2019, 1a serie spec.).

<sup>30</sup> Punti 8-11 del *cons. in dir.* ord. n. 175 del 2019 Corte di Cass.

<sup>31</sup> ... o meglio alla «non applicazione». Come sostenuto da attenta dottrina, «la diretta applicazione della norma europea sembra essere un’operazione *conseguente* al crearsi di un vuoto normativo»: così A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei Diritti fondamentali dell’UE: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1/2020, 446.

<sup>32</sup> Art. 1, comma 125, l. n. 190/2014.

<sup>33</sup> Art. 74 d.lgs. n. 151/2001.

<sup>34</sup> Cfr. R. PALLADINO, *Rapporti tra ordinamenti e cooperazione tra corti nella definizione di un “livello comune di tutela” dei diritti fondamentali. Riflessioni a seguito dell’ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 3/2020, 93.

<sup>35</sup> Punto 10 del *cons. in dir.* ord. n. 175 del 2019 Corte di Cass.

<sup>36</sup> Attenta dottrina aveva già da tempo evidenziato come «il proliferare delle oscillazioni applicative delle disposizioni di principio sui diritti fondamentali, in uno scenario *multilevel* connotato dal moltiplicarsi di Carte e Corti, ha portato ad accentuare l’incertezza del diritto insita nelle soluzioni *inter partes*, rendendo di nuovo attuale l’esigenza di decisioni *erga omnes*, con la loro portata sistemica e nomofilattica»: così T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell’epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, cit., 139. La stessa Corte Costituzionale ha, recentemente, affermato la presunta “superiorità” della dichiarazione di illegittimità costituzionale, «rispetto alla disapplicazione totale, o parziale», in quanto offrirebbe una «tutela certa e uniforme nell’intero ordinamento»: così punto 2.2.2. del *cons. in dir.* sent. n. [149 del 2022](#). Di segno opposto l’opinione di M. LOSANA, *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., 46 il quale ritiene che «il sindacato diffuso dei giudici comuni [sia] lo strumento di tutela forse più efficace». A commento della sent. n. [149 del 2022](#) si segnala il fascicolo “quasi monografico” n. 3/2022 di *Giurisprudenza Costituzionale* ed i contributi di R. RUDONI, *Ancora a proposito di giurisdizione costituzionale, cumuli punitivi eterogenei e ne bis in idem (riflessioni a partire da Corte cost., sent. n. 149/2022 relativamente al “doppio binario” in materia di diritto d’autore)*, in *Nomos*, 2/2022; F. BAILO, *Le sanzioni amministrative punitive e uno “statuto costituzionale” in costruens’ (tra battute d’arresto e rapide accelerate) nel dialogo tra le Corti*, in *Federalismi.it*, 31/2022; M. SCOLETTA, *Riaccentramento del sindacato di legittimità ed effettività dei diritti fondamentali europei: l’esempio della garanzia del ne bis in idem*, in *Osservatorio*

alla Corte costituzionale, «al fine di ottenere una risposta univoca e potenzialmente efficace *erga omnes*»<sup>37</sup>.

La traiettoria tracciata dalla sent. n. [269 del 2017](#) ha cominciato, così, a mieterne le prime vittime<sup>38</sup>, mettendo in crisi il consolidato modello *Granital*<sup>39</sup>. Sembra, infatti, delinearsi una vera e propria “tendenza”<sup>40</sup> in seno ai giudici comuni<sup>41</sup> attratti dal fascino di poter rimuovere in via definitiva – pur indirettamente – le disposizioni violative sia del dettato costituzionale che di quello europeo<sup>42</sup>, sottraendosi, però, al contempo all’obbligo disapplicativo discendente dalla giurisprudenza *Simmenthal*<sup>43</sup>.

Pervenute le questioni alla Consulta, dopo essere state riunite per omogeneità delle censure, questa sollevava rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia attraverso la famosa ord. n. [182 del 2020](#). Recependo l’impostazione del giudice di legittimità, la Corte costituzionale incentrava l’impianto argomentativo di tale rinvio sull’art. 34 CDFUE posto in una connessione inscindibile con «i principi e i diritti costituzionali evocati dalla Corte di Cassazione»<sup>44</sup>, limitandosi meramente a menzionare il diritto derivato, relegato all’ingrato ruolo di attore non protagonista.

Nonostante venisse salutata con favore l’apertura al dialogo<sup>45</sup>, maggiori perplessità emergevano in dottrina sulla formulazione del quesito pregiudiziale, reo di aver posto oltremodo l’accento sulla

---

[costituzionale](#), 1/2023; G. REPETTO, *Esercizi di pluralismo costituzionale. Le trasformazioni della tutela dei diritti fondamentali in Europa tra ambito di applicazione della Carta e “doppia pregiudizialità”*, cit.

<sup>37</sup> Così T. GUARNIER, *Gli assegni di natalità e maternità agli stranieri, fra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell’Unione europea*, cit., 364.

<sup>38</sup> ... nonostante, inizialmente, proprio la Sezione Lavoro della Suprema Corte si fosse mostrata restia ad «adattarsi a questo nuovo paradigma»: lo ricorda L. TOMASI, *Stranieri e prestazioni sociali tra giurisprudenza costituzionale ed europea*, cit., 333, spec. nt. 35, in cui è possibile rinvenire un dettagliato elenco delle pronunzie in tal senso.

<sup>39</sup> Attenta dottrina ha, infatti, evidenziato come le regole imposte ai giudici comuni dalla “svolta 269” comportano «l’allontanarsi (e di molto)» da tale modello: così M. LOSANA, *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., 32. Della medesima opinione, anche, E. LONGO, *L’eguaglianza alla prova delle migrazioni: la giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni sociali a favore degli stranieri residenti*, in [Diritto, Immigrazione e Cittadinanza](#), 2/2022, 223.

<sup>40</sup> Recente lo studio di M. MASSA, *La «precisazione» nella giurisprudenza dei giudici ordinari di merito*, in [Eurojus.it](#), 2/2022, 259 ss. attraverso il quale l’A. ha cercato di inquadrare sistematicamente i comportamenti più diffusi in seno alla giurisprudenza di merito, ed, in parte, di legittimità.

<sup>41</sup> Non è, invero, la prima volta che la Corte di Cassazione intraprende la via che porta alla Consulta in luogo del proprio obbligo disapplicativo: anche con l’ordinanza [16 febbraio 2018, n. 3831](#) (*G.U.* n. 14/2021, 1a serie spec.) la Suprema Corte, pur in presenza di una norma europea dotata di effetto diretto, si sottraeva contestualmente alla disapplicazione ed al dialogo diretto con la Corte di Giustizia e sollevava questione di legittimità costituzionale. Il giudizio originato da tale incidente di costituzionalità proseguiva con il successivo rinvio pregiudiziale della stessa Consulta a mezzo dell’ordinanza n. [117 del 2019](#), poi conclusosi con la sent. n. [84 del 2021](#) sulla quale si segnalano i commenti di S. CATALANO, *La vicenda decisa dalla sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale: un esempio di “buon dialogo” fra Corti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4/2021, 296 ss.; T. GUARNIER, *Corte costituzionale, Corti sovranazionali, giudici comuni e legislatore. Lo scenario a seguito della sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale*, in [Nomos](#), 2/2021; S. FILIPPI, *Sulle più recenti evoluzioni dei rapporti tra Corti: riflessioni a partire da Corte cost., sent. 30 aprile 2021, n. 84*, in questa [Rivista, Studi 2021/III](#), 767 ss.; M. MICHETTI, *Diritto al silenzio e insider trading: il confronto tra Roma e Lussemburgo prosegue sulla via del dialogo (Corte costituzionale, sentenza n. 84/2021)*, in questa [Rivista, Studi 2021/III](#), 758 ss.; P. GAMBATESA, *Riflessioni sulla prima occasione di “dialogo” tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia in casi di doppia pregiudizialità*, in [Federalismi.it](#), 3/2021, 64 ss.; A. MARCHESELLI, *Il diritto al silenzio tra diritti fondamentali e doveri fondamentali in materia tributaria (spunti critici a margine di Corte cost. n. 84/2021)*, in questa [Rivista, Studi 2021/II](#), 530 ss.; B. SBORO, *Il lieto epilogo del dialogo tra Corti sul diritto al silenzio: note minime a margine della sentenza n. 84 del 2021*, in [Diritti Comparati](#), 5 luglio 2021.

<sup>42</sup> ... lo evidenzia, con specifico riferimento alle ordinanze che hanno preceduto l’ord. n. [182 del 2020](#), S. GIUBBONI, *L’accesso alle prestazioni di sicurezza sociale dei cittadini di Paesi terzi nel “dialogo” tra le Corti*, cit., 8.

<sup>43</sup> Sull’efficacia diretta del diritto dell’Unione Europea si segnala, tra tutti, il lavoro monografico di D. GALLO, *L’efficacia diretta del diritto dell’Unione Europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018.

<sup>44</sup> Punto 3.2. del cons. in dir. ord. n. [182 del 2020](#).

<sup>45</sup> In particolare da R. PALLADINO, *Rapporti tra ordinamenti e cooperazione tra corti nella definizione di un “livello comune di tutela” dei diritti fondamentali. Riflessioni a seguito dell’ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale*, cit., 89 ss.; S. GIUBBONI, *L’accesso alle prestazioni di sicurezza sociale dei cittadini di Paesi terzi nel “dialogo” tra le*

Carta<sup>46</sup>, utilizzata, pure in questo caso, strumentalmente dal giudice delle leggi quale chiave (per la prosecuzione) della manovra di progressivo riaccostamento (*rectius*: progressiva “ricentralizzazione”) del sindacato di euronarità.

In realtà, attenta dottrina evidenziava come l’evocazione in campo dell’art. 34 CDFUE fosse funzionale anche per evitare di «scorporare»<sup>47</sup> i giudizi relativi alle due normative *de quibus*; ed invero le questioni di legittimità sollevate dalla Corte di Cassazione concernenti l’assegno di maternità riguardavano fattispecie antecedenti alla scadenza del termine di recepimento della direttiva 2011/98/UE (cfr. il 25 dicembre 2013)<sup>48</sup>. Non sarebbe stato, quindi, possibile applicare direttamente il diritto derivato, salvo che in relazione all’assegno di natalità. La copertura offerta dalla Carta – utilizzata quindi come una vera e propria “norma-scudo” – avrebbe, invece, potuto garantire il superamento di tale *deficit* di applicabilità, utilizzando, così, un diverso e più ampio parametro in grado di ricomprendere entrambe le normative.

La strategia della Consulta veniva premiata: la domanda pregiudiziale superava l’eventuale difetto di rilevanza della questione relativa all’assegno di maternità nonostante la Corte di Giustizia “riqualificasse il quesito”<sup>49</sup> ed incentrasse la propria pronuncia unicamente sul diritto derivato, e non anche sull’art. 34 CDFUE<sup>50</sup>, sulla cui portata non veniva fornita alcuna delucidazione.

Attraverso un raffinato *escamotage* la Corte di Lussemburgo giustificava la ricevibilità della questione pregiudiziale in ragione del peculiare ruolo ricoperto dal giudice del rinvio il quale non è «chiamato a pronunciarsi direttamente sulle controversie principali»<sup>51</sup>. Al giudice costituzionale viene «rimessa una questione di puro diritto», la cui interpretazione «presenta un rapporto con l’oggetto della controversia di cui è investito, che riguarda esclusivamente la legittimità costituzionale di disposizioni nazionali»<sup>52</sup>.

La sentenza sembra, così, introdurre una generale eccezione al “test di ricevibilità” delle domande pregiudiziali<sup>53</sup>, sul quale, per la verità, si registra una tendenza altalenante della Corte di Giustizia<sup>54</sup>, il cui controllo appare talvolta rigido ed inflessibile, talora più elastico<sup>55</sup>. Veniva, in

---

Corti, cit., 7; G. PISTORIO, *L’operatività multilivello della leale collaborazione. Nota all’ordinanza n. 182 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 1/2021, 20; B. SBORO, *Definendo il concorso di rimedi: le recenti vicende del “dialogo” tra Corti in materia di diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2021, 30 marzo 2021, 692.

<sup>46</sup> Come sottolineato da D. GALLO, A. NATO, *L’accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico nell’ordinanza n. 182/2020 della Corte costituzionale*, in *Eurojus.it*, 4/2020, 337; S. GIUBBONI, *L’accesso alle prestazioni di sicurezza sociale dei cittadini di Paesi terzi nel “dialogo” tra le Corti*, cit., 7; B. NASCIBENE, I. ANRÒ, *Primato del diritto dell’Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in *Giustizia Insieme*, 31 marzo 2022, par. 6.

<sup>47</sup> Cfr. D. GALLO, A. NATO, *L’accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico nell’ordinanza n. 182/2020 della Corte costituzionale*, cit., 317.

<sup>48</sup> Lo evidenziano T. GUARNIER, *Gli assegni di natalità e maternità agli stranieri, fra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell’Unione europea*, cit., 365; L. TEBANO, *Accesso agli assegni di natalità e di maternità per i cittadini di Paesi terzi: la consulta abbatte un tabù, nota a Corte Cost. 4 marzo 2022, n. 54*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2/2022, 351.

<sup>49</sup> Espressione di A. TORRICE, *Siglata la pace tra Corte di giustizia e Corte costituzionale sul difficile terreno della sicurezza sociale*, in *Giustizia Insieme*, 9 novembre 2021, par. 5.

<sup>50</sup> Così D. GALLO, A. NATO, *Cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico di lavoro e accesso ai benefici sociali di natalità e maternità alla luce della sentenza O. D. et al. c. INPS*, in *Lavoro Diritti Europa*, 4/2021, 28 dicembre 2021, 19.

<sup>51</sup> Corte di Giustizia, 2 settembre 2021, *O.D. e altri contro Inps*, C-350/20, punto 40.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> Intuizione di D. GALLO, A. NATO, *Cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico di lavoro e accesso ai benefici sociali di natalità e maternità alla luce della sentenza O. D. et al. c. INPS*, cit., 22.

<sup>54</sup> ... sulla cui evoluzione si veda il recente studio di L. PIERDOMINICI, *The Mimetic Evolution of the Court of Justice of the EU. A Comparative Law Perspective*, Londra, 2020.

<sup>55</sup> Sulla rilevanza della questione pregiudiziale si rinvia a P. COSTANZO, *Ordinamento giudiziario e giurisdizione costituzionale dell’Unione europea*, in P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione Europea*<sup>6</sup>, Torino, 2022, 387.



ogni caso, ribadito come una direttiva non possa certamente «essere invocata dai privati per fatti anteriori al suo recepimento al fine di veder disapplicate disposizioni nazionali preesistenti che sarebbero contrarie a tale direttiva»<sup>56</sup>.

### 3. Un test della connessione?

L'originale approdo ermeneutico cui giungeva la Corte di Lussemburgo con riferimento alla rilevanza, veniva temperato da una svolta difensiva sulla scottante tematica della “connessione”<sup>57</sup>. Tale meccanismo, inaugurato con la sent. n. [20 del 2019](#)<sup>58</sup>, rischia, infatti, di relegare ad un ruolo marginale il diritto secondario, in favore di uno smodato protagonismo cui la Corte costituzionale ha condannato la Carta di Nizza-Strasburgo<sup>59</sup>.

Per sfuggire alla morsa della doppia pregiudizialità, il giudice europeo ribaltava, così, il rapporto tra Carta e diritto derivato, imponendo agli Stati membri di agire nel rispetto di quest'ultimo, laddove concretizzi «un diritto fondamentale previsto dalla Carta»<sup>60</sup>. La controffensiva elaborata dalla Corte di Giustizia si pone in netta antitesi con il meccanismo della connessione, implementando ancor di più il già confuso panorama delle scelte che il giudice nazionale è tenuto a compiere, tanto da non rendere azzardato il paragone con il giudice Ercole dworkiniano, unico in grado a dipanare l'intricata matassa di cui proprio la sent. n. [269 del 2017](#) rappresenta il bandolo. Tale arresto ha, infatti, irrimediabilmente complicato il quadro decisorio innanzi al quale è posta la giurisdizione, oggi gravata di un onere spesso insostenibile.

L'atteggiamento proveniente dal Kirchberg è certamente volto a ridurre gli ambiti applicativi di tale meccanismo, limitandone le infinite capacità potenzialmente in grado di fagocitare tutte le questioni di diritto europeo, considerata la «estensione e ricchezza della trama di diritti fondamentali tutelati dalla Cdfue»<sup>61</sup>.

L'estensione della “regola 269” al diritto derivato dell'Unione rischia di relegare la Corte di Giustizia ad un ruolo secondario relativamente alla interpretazione e applicazione del diritto UE, estromettendola dal ruolo del quale la stessa è stata investita sin dalla sua genesi.

I giudici di Lussemburgo, temendo lo smodato utilizzo della “connessione”<sup>62</sup> imponevano, così, alla Corte remittente di «esaminare la questione sollevata alla luce della direttiva 2011/98»<sup>63</sup>, senza, però, affrontare il tema dell'efficacia interna, diretta o meno, dell'art. 34 CDFUE<sup>64</sup>, una tra le disposizioni «più neglette della Carta»<sup>65</sup> su cui la dottrina si è spesso dibattuta<sup>66</sup>.

---

<sup>56</sup> Punto 40 sent. [O.D. e altri contro Inps](#).

<sup>57</sup> In senso contrario l'opinione di B. SBORO, *Assegni di natalità e maternità e cittadini stranieri con permesso unico: la Corte di giustizia si pronuncia sul rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale*, in [Diritti Comparati](#), 28 ottobre 2021.

<sup>58</sup> ... e perfezionato con la sent. n. [198 del 2022](#) in cui, al punto 7.2. del *cons. in dir.*, scompare qualsiasi riferimento alla Carta, potendo il giudice *a quo* investire la Corte «della questione di legittimità costituzionale di una normativa che si assuma in contrasto, per analoghi profili, con una garanzia offerta al diritto fondamentale sia dalla Costituzione, sia dal *diritto dell'Unione* (c.vo aggiunto)».

<sup>59</sup> ... attraverso la trasformazione di «ordinarie questioni riguardanti la compatibilità tra le norme interne e quelle dell'Unione europea [...] in questioni costituzionalmente ben più rilevanti, coinvolgenti i diritti tutelati dalla Costituzione e dalla CDFUE, risolvibili, come tali, dalla Corte Costituzionale»: così M. LOSANA, *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., 33.

<sup>60</sup> Punto 47 sent. [O.D. e altri contro Inps](#).

<sup>61</sup> Acuta osservazione di A. COSENTINO, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in [Questione Giustizia](#), 6 febbraio 2020, par. 3.

<sup>62</sup> ... il cui utilizzo da parte della Consulta sembra, tuttavia, piuttosto cauto, e mediato dal previo utilizzo del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia: lo evidenzia M. LOSANA, *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., 33.

<sup>63</sup> Punto 47 sent. [O.D. e altri contro Inps](#).

<sup>64</sup> Lo evidenziano D. GALLO, A. NATO, *Cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico di lavoro e accesso ai benefici sociali di natalità e maternità alla luce della sentenza O. D. et al. c. INPS*, cit., 25; B. NASCIBENE, I. ANRÒ,

A dire il vero la Corte non veniva su ciò direttamente interrogata, ma un chiarimento sarebbe stato di certo auspicabile, come evidenziato dai più attenti commentatori che sottolineavano la necessità di evitare di veicolare «l'idea che la Carta svolga una funzione determinante, nella pratica, in tema di diritti sociali, soltanto quando è impiegata nei rapporti privati»<sup>67</sup>.

La Corte costituzionale, prevedibilmente<sup>68</sup>, disattendeva il dettato della pronuncia europea nella parte in cui la Corte di Lussemburgo – ribaltando il rapporto tra Carta e diritto derivato – imponeva agli Stati membri di agire nel rispetto di quest'ultimo, laddove concretizzi «un diritto fondamentale previsto dalla Carta»<sup>69</sup>. La Consulta, infatti, non rimetteva alla Corte di Cassazione l'opera disapplicativa<sup>70</sup> – a differenza della successiva sent. n. [67 del 2022](#)<sup>71</sup> – e perveniva, ribadendo l'approccio “269 temperato”, ad una declaratoria di illegittimità costituzionale della normativa italiana relativa al “bonus bebè” ed all'assegno di maternità per contrasto anche con l'art. 34 CDFUE.

#### 4. Un'assenza ingombrante.

Diametralmente opposto l'approdo cui giungeva la Consulta nella coeva sent. n. [67 del 2022](#) in tema di assegno per il nucleo familiare (in prosieguo: l'«ANF»)<sup>72</sup>, nonostante il parametro invocato fosse il medesimo (art. 12 della direttiva 2011/98/UE). La ragione di tale divergenza non è certamente da imputare ad una temporanea schizofrenia del Collegio e del giudice redattore ma è da far risalire alla mancata evocazione in campo della Carta da parte di quella medesima Sezione Lavoro che, invece con riferimento al cd. “bonus bebè”, aveva incentrato le proprie ordinanze di rimessione sull'art. 34 CDFUE.

Sembra evidente che il mancato richiamo, nelle ordinanze di rimessione *de quibus*, alla Carta – il cui art. 34 si pone in palese contrasto con la normativa italiana<sup>73</sup> – sia stato frutto di una precisa e

---

*Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, cit., par. 6.

<sup>65</sup> Cfr. S. GIUBBONI, *L'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale dei cittadini di Paesi terzi nel “dialogo” tra le Corti*, cit., 7.

<sup>66</sup> In particolare, da G. ORLANDINI, W. CHIARAMONTE, *Art. 34*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, 642 ss.

<sup>67</sup> Così D. GALLO, A. NATO, *Cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico di lavoro e accesso ai benefici sociali di natalità e maternità alla luce della sentenza O. D. et al. c. INPS*, cit., 7. Vale la pena ricordare l'ardito cammino che ha dovuto affrontare la dottrina dell'effetto diretto nei rapporti orizzontali rispetto a quelli verticali; su tale evoluzione si rinvia, per tutti, a D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione Europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, cit., 275 ss.

<sup>68</sup> Opinione di F. FERRARO, V. CAPUANO, *Bonus bebè e assegno di maternità: convergenza tra Corti e Carte in nome della solidarietà*, cit., 1/2022, 2.

<sup>69</sup> Punto 47 sent. [O.D. e altri contro Inps](#).

<sup>70</sup> A favore di una pronuncia in tal senso R. PALLADINO, *Rapporti tra ordinamenti e cooperazione tra corti nella definizione di un “livello comune di tutela” dei diritti fondamentali. Riflessioni a seguito dell'ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale*, cit., 90 ss. In senso contrario, invece, B. SBORO, *Ancora in tema di assegni di natalità e maternità: la sent. 54 del 2022 della Corte costituzionale dopo il verdetto della Corte di giustizia*, in [Diritti Comparati](#), 31 marzo 2022, 5.

<sup>71</sup> ... tenuto, anche conto, che entrambe le pronunce portano la firma del medesimo redattore.

<sup>72</sup> Previsto dall'art. 2, comma 6-bis, d.l. n. 69/1988, conv. nella l. n. 153/1988.

<sup>73</sup> Contrasto, peraltro, rilevato dall'A.G. E. Tanchev nelle [Conclusioni](#) presentate, in data 11 giugno 2020, nella causa [C-303/19 Inps c. V.R.](#), in cui veniva evidenziato che «gli Stati membri non possono pregiudicare l'effetto utile della direttiva stessa e devono tenere conto dell'obiettivo di integrazione perseguito da tale direttiva, nonché della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta») e segnatamente dell'articolo 34 della stessa in materia di previdenza sociale e assistenza sociale, allorché stabiliscono le misure soggiacenti al principio della parità di trattamento sancito da detta disposizione» (punto 39): a ricordarlo è C. COLOSIMO, *Stranieri dei Paesi terzi e assegno per il nucleo familiare: parità di trattamento e integrazione nel dialogo tra le Corti*, in [Giustizia Insieme](#), 29 gennaio 2021. Le ordinanze nn. [110](#) e [111 del 2021](#) con le quali la Corte di Cassazione introduceva la questione di legittimità costituzionale che si sarebbe poi conclusa con la sent. n. [67 del 2022](#) venivano, infatti, precedute da ben due distinti

ponderata scelta della Suprema Corte<sup>74</sup>, desiderosa di trovare una strada alternativa per sfuggire alla morsa della doppia pregiudizialità.

La mancata evocazione in campo della Carta dei diritti UE<sup>75</sup> da parte delle ordinanze di rimessione veniva immediatamente e puntualmente fatta notare dalla Corte costituzionale<sup>76</sup>, la quale, però, evitava di allargare il *thema decidendum*<sup>77</sup>, attraverso l'estensione del parametro del giudizio<sup>78</sup>.

Una «innegabile battuta di arresto»<sup>79</sup> rispetto all'orientamento inaugurato con le sentt. nn. [11 e 44 del 2020](#) in cui la Consulta sganciava la “regola 269” dal formale riferimento alla Carta di Nizza-Strasburgo.

Tale rinnovato atteggiamento “formalistico” non lascia dubbi circa le sorti che il giudizio di costituzionalità in questione avrebbe avuto qualora fossa stata eccepita la violazione della Carta dei diritti UE, potendo la Corte provvedere a dichiarare l'incostituzionalità della disciplina dell'ANF per contrasto con essa, proprio come prontamente accaduto nella sent. n. [54 del 2022](#) in cui il collegamento tra l'art. 34 CDFUE ed il principio di parità di trattamento si manifestava, invece, in maniera «nitida»<sup>80</sup>.

Il mancato richiamo della Carta, da parte delle ordinanze di rimessione, si rivelava dunque sufficiente per estromettere la Consulta dalla partita e costringerla ad una declaratoria di inammissibilità per difetto di rilevanza, rimettendo alla Cassazione il compito di disapplicare la normativa *de qua* e garantire il rispetto del principio di parità di trattamento attraverso «la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata»<sup>81</sup>.

---

rinvii pregiudiziali – ordinanze del 1° aprile 2019 iscritte ai nn. 9021 e 9022 reg. ordd. 2019 (G.U. dell'Unione Europea [2019/C 288/17](#) e [2019/C 288/18](#) del 26 agosto 2019) – davanti la Corte di Giustizia, la quale, agevolmente, rilevava che il diritto UE osta alla normativa italiana dell'ANF (Corte di giustizia, 25 novembre 2020, [Inps c. W.S.](#), C-302/19 e [Inps c. V.R.](#), C-303/19).

<sup>74</sup> Si condivide l'opinione di G. PISTORIO, *L'operatività multilivello della leale collaborazione. Nota all'ordinanza n. 182 del 2020 della Corte costituzionale*, cit., 19. In senso contrario A. RUGGERI, *Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurolunitario la Consulta replica alimentando il fecondo “dialogo” tra le Corti (a prima lettura della sent. n. 67/2022)*, cit., 253, il quale ritiene «poco verosimile» che la mancata evocazione in campo della Carta di Nizza-Strasburgo corrisponda ad una precisa scelta della Cassazione.

<sup>75</sup> ... «messa, in questa occasione, in secondo (o terzo?) piano»: così S. FILIPPI, *Una inammissibilità che conferma l'impegno della Consulta nel dialogo con Lussemburgo*, cit., 2160

<sup>76</sup> Punto 1.2.1 del *cons. in dir.*

<sup>77</sup> ... come d'altronde imposto dal principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato di cui dall'art. 27, I parte, l. 11 marzo 1953, n. 87 laddove, appunto, recita che la Corte costituzionale è vincolata «nei limiti dell'impugnazione». Nella prassi, però, sono frequenti i casi in cui la Consulta abbia disatteso tale principio, estendendo il parametro rispetto a quello indicato dal giudice *a quo* (cfr. pronunce nn. [100 del 2015](#), [3-148 del 2017](#), [3-32-62 del 2018](#)); ed, infatti, «essa ha riconosciuto (Pres. Saja) che – ferme restando la norma impugnata e la norma costituzionale di raffronto – al principio di corrispondenza chiesto/pronunciato bisogna dare un “significato molto flessibile”»: lo evidenziano A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>7</sup>, Torino, 2022, 293.

<sup>78</sup> ... nonostante avrebbe potuto farlo, come sostenuto anche da S. FILIPPI, *Una inammissibilità che conferma l'impegno della Consulta nel dialogo con Lussemburgo*, cit., 2165. La Corte avrebbe, di converso, ben potuto raffreddare «il tono costituzionale» della pronuncia n. [54 del 2022](#), ricollocandola così nell'orbita del sindacato diffuso: così M. LOSANA, *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., 42.

<sup>79</sup> Così S. CATALANO, *Quando la forma prevale sulla sostanza. Note critiche alla sentenza n. 67 del 2022 della Corte Costituzionale*, cit., 202.

<sup>80</sup> Punto 10 del *cons. in dir.* sent. n. [54 del 2022](#).

<sup>81</sup> Punto 79 della sent. Corte di giustizia, 22 gennaio 2019, *Cresco Investigation GmbH contro Markus Achatzi*, C-193/17, richiamata, anche, da A. CORRERA, “Dialogo tra corti” sul diritto all'assegno per il nucleo familiare dei cittadini di Paesi terzi: riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 67/2022, in *BlogDUE*, 8 maggio 2022, 7. A margine della sentenza *Cresco*, se si vuole, v. F. TORRE, *La prima volta non si scorda mai: le sentenze “additive di prestazione” approdano a Lussemburgo (a margine della decisione della Corte di Giustizia nel caso Cresco Investigation)*, in questa *Rivista, Studi 2021/III*, spec. 862 ss.

### 5. La lotta per la prima parola.

Sembra essere ormai lontano il tempo in cui le due Corti – in particolare nel caso *Taricco* – lottavano alacramente per rivendicare il «diritto all’ultima parola»<sup>82</sup>: proprio a partire dalla nota ord. n. [24 del 2017](#)<sup>83</sup> la Consulta, come autorevolmente sostenuto, ha accettato il ruolo di essere interprete del diritto europeo sul quale, però, la Corte di Giustizia «ha la *parola ultima*, ma non l’*unica parola*»<sup>84</sup>, la quale si forma anche attraverso le parole della stessa Consulta.

Tale mutamento di prospettiva ha portato in seguito alla svolta operata con la sent. n. [269 del 2017](#) con la quale i giudici delle leggi hanno spostato decisamente l’attenzione su chi pronuncia la «prima parola»<sup>85</sup>. L’evoluzione dei rapporti tra tali attori passa necessariamente dall’opera dei giudici comuni ai quali tale orientamento ha attribuito un ruolo determinante<sup>86</sup>, accentrando nelle mani degli stessi gli esiti interpretativi ed applicativi del diritto europeo, soprattutto nella fase cd. ascendente<sup>87</sup>. Il «vero marchio di fabbrica» dell’odierna tutela multilivello dei diritti fondamentali è rappresentato dalla «solitudine processuale dei giudici *a quibus*»<sup>88</sup>; è dal modo in cui viene «formulata la domanda»<sup>89</sup> che dipende in larga misura la risposta della giurisdizione costituzionale o europea. Le pronunce oggetto della presente analisi ne sono l’esempio più lampante: la diversa sensibilità dei giudici comuni – peraltro la medesima Sezione Lavoro della Corte di Cassazione – nel menzionare o meno la Carta, ha, infatti, condotto a due pronunce di segno diametralmente opposto, nonostante il parametro di riferimento fosse il medesimo (ovvero l’art. 12 della direttiva 2011/98/UE). Gli esiti interpretativi cui è pervenuta la sent. n. [67 del 2022](#) offrono, però, una via più sicura a quell’interprete desideroso di «sottrarsi alla morsa del “riaccentramento”»<sup>90</sup>, rafforzando la precisazione già contenuta nella sent. n. [63 del 2019](#) in cui veniva esplicitamente riconosciuto «il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta»<sup>91</sup>. La scelta di rivolgersi in via prioritaria alla Corte di Giustizia rappresenterebbe, certamente, la soluzione da privilegiare per dare concreta applicazione alla regola *Simmenthal*<sup>92</sup>; non a caso sino alla svolta operata con la sent. n. [269 del](#)

<sup>82</sup> A. TIZZANO, *Presentazione*, in F. Ferraro, C. Iannone (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020.

<sup>83</sup> Ord. n. [24 del 2017](#) della Corte costituzionale, a commento della quale ci si limita a segnalare, per tutti, l’opera di A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017.

<sup>84</sup> G. AMATO (n.q. di Presidente *pro tempore* della Corte Costituzionale), *Conclusioni*, in B. Carotti (a cura di), [Identità nazionale degli Stati Membri, primato del diritto dell’Unione Europea, Stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali – Giornata di Studio tra la Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia](#), 5 settembre 2022, Roma, 2022, 153.

<sup>85</sup> Cfr. S. CATALANO, *Quando la forma prevale sulla sostanza. Note critiche alla sentenza n. 67 del 2022 della Corte Costituzionale*, cit., 200.

<sup>86</sup> Di un «ruolo di non secondario rilievo» dei giudici comuni parla A. RUGGERI, *Rapporti interordinamentali ed effettività della tutela dei diritti fondamentali*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 1/2023, 131.

<sup>87</sup> Il riferimento più evidente al punto 2.3. del *cons. in dir.* sent. n. [20 del 2019](#) in cui la Corte affermava di essere stata investita della «prima parola» per «volontà esplicita del giudice a quo».

<sup>88</sup> Così M. LOSANA, *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., 34.

<sup>89</sup> Cfr. A. RUGGERI, op. ult. cit., 132.

<sup>90</sup> Così A. RUGGERI, [Alla Cassazione restia a far luogo all’applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo “dialogo” tra le Corti \(a prima lettura della sent. n. 67/2022\)](#), cit., 256.

<sup>91</sup> Punto 4.3 del *cons. in dir.* sent. n. [63 del 2019](#) richiamato, anche di recente, dal punto 7.2. del *cons. in dir.* sent. n. [198 del 2022](#). Un ulteriore conferma, in tal senso, dalla viva voce del Presidente *pro tempore* della Corte costituzionale, G. Amato, nella [Relazione annuale sull’attività svolta](#), svolta in data 7 aprile 2022 in cui viene evidenziato che «ove il giudice si sia già rivolto alla Corte di giustizia con un rinvio pregiudiziale e ne abbia ottenuto una sentenza di non conformità della disciplina italiana ai parametri europei, è lo stesso giudice che deve disapplicare le disposizioni di diritto italiano, senza rivolgersi alla nostra Corte».

<sup>92</sup> Si condivide l’opinione di A. RUGGERI, *Sliding doors per la “doppia pregiudizialità” (traendo spunto da Corte App. Napoli, I Unità Sez. lav., 18 settembre 2019, in causa n. 2784 del 2018, XY c. Balga)*, in [Giustizia Insieme](#), 25 maggio 2020, nonché in [Diritti Comparati](#), Working Papers 1/2020, spec. 3 ss.

[2017](#) la stessa Corte costituzionale prediligeva, anzi imponeva<sup>93</sup>, tale soluzione. Il rinnovato interesse per la “prima parola” sembra, tuttavia, aver diviso in due schieramenti i giudici comuni, rispettivamente restii o propensi ad adattarsi a questo nuovo paradigma. Certamente più nutrita è la schiera di coloro i quali, di fronte ad un quadro sempre più intricato e complesso, hanno deciso di rimuovere progressivamente dai propri schemi argomentativi la Carta o di riconciliare a forza precetti normativi tra di loro incompatibili ricorrendo ad «un uso abnorme della tecnica della interpretazione conforme»<sup>94</sup>.

Si contrappone a questa prima “tendenza” il fenomeno esattamente opposto, ovvero quello, già sopra descritto, della «disapplicazione della disapplicazione» che pone in crisi il cd. «triangolo magico»<sup>95</sup> costituito dal primato del diritto dell’Unione, dalla dottrina dell’effetto diretto e dal rinvio pregiudiziale. Tale *modus operandi* elide di fatto quell’obbligo disapplicativo che rappresenta, quale piena espressione della dottrina dell’effetto diretto, «il nucleo dell’originalità e dell’autonomia del diritto UE»<sup>96</sup>.

A fare le spese della manovra di riaccentramento è, quindi, proprio la Carta, ora considerata come un inutile e pesante orpello, da menzionare «eventualmente»<sup>97</sup> soltanto *ad colorandum*, ora utilizzata strumentalmente – quasi si trattasse di «clausola di mero stile»<sup>98</sup> – al fine di rimuovere *erga omnes* le disposizioni con essa contrastanti. Appare evidente come la Consulta sia riuscita nel suo intento di evitarne il «traboccamento», ovvero il rischio di un occulto sindacato diffuso di costituzionalità da parte dei giudici comuni<sup>99</sup>, ai quali, però, è stato affidato l’arduo compito di pronunciarsi sulla “prima parola”, diventando gli «arbitri della sequenza degli adempimenti»<sup>100</sup>. È, quindi, l’ordine delle questioni a determinare la direzione della controversia, potendo il giudice, in base alla propria sensibilità, influire in maniera decisiva sull’esito finale della stessa, tenendo conto della pregressa giurisprudenza dell’una o dell’altra Corte<sup>101</sup>, formalmente costituzionale o materialmente tale che sia<sup>102</sup>. Il complesso rapporto tra questi attori, storicamente conosciuto come “dialogo tra le Corti”, sembra oggi trasformarsi in un vero e proprio “trilogo”, avendo la “svolta 269” inserito i giudici comuni negli equilibri di questa delicata partita.

<sup>93</sup> ... con la sanzione della dichiarazione di manifesta inammissibilità, per difetto di rilevanza, della questione di legittimità costituzionale per la violazione dell’obbligo di pregiudizialità europea. Tale orientamento, inaugurato a partire dalla ord. n. [206 del 1976](#), veniva ribadito sino alla ord. n. [48 del 2017](#), ultima pronuncia in tal senso della Consulta prima della sent. n. [269 del 2017](#).

<sup>94</sup> Profetica intuizione di A. RUGGERI, [Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?](#), in questa [Rivista, Studi 2018/I](#), 158.

<sup>95</sup> Cfr. M. MASSA, *La «precisazione» nella giurisprudenza dei giudici ordinari di merito*, cit., 260.

<sup>96</sup> Espressione di D. GALLO, *L’efficacia diretta del diritto dell’Unione Europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, cit., 351.

<sup>97</sup> Cfr. M. MASSA, *La «precisazione» nella giurisprudenza dei giudici ordinari di merito*, cit., 265.

<sup>98</sup> Espressione di M. LOSANA, *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., 35.

<sup>99</sup> Così A. GUAZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell’usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 18 dicembre 2017, 1 ss. Nello stesso senso A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell’integrazione europea*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2020, 14 ss. Anche D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 232, osserva che la Corte abbia voluto fare «un chiaro richiamo all’ordine per i giudici comuni».

<sup>100</sup> Espressione di G. PARODI, *Effetti diretti della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea e priorità del giudizio costituzionale*, cit., 145.

<sup>101</sup> Sul punto è stata riscontrata «una certa tendenza dei giudici comuni, allorché si siano persuasi di una tesi giuridica sostanziale – suscettibile di appoggiarsi (anche) a principi del diritto dell’UE, ivi compresi quelli di cui alla CDF – di rivolgersi preferenzialmente alla Corte di Giustizia quando, per quella tesi, è prevedibile scarso successo in sede nazionale, alla luce della giurisprudenza pregressa del giudice costituzionale (o delle altre corti supreme)»: così M. MASSA, *La «precisazione» nella giurisprudenza dei giudici ordinari di merito*, cit., 272.

<sup>102</sup> ... quale ormai tende in modo sempre più marcato ad essere non soltanto la Corte di Giustizia ma anche la Corte EDU. La svolta operata con la sent. n. [269 del 2017](#) ha rafforzato questa tendenza; attribuendo, infatti, alla Carta di Nizza-Strasburgo la natura di documento «tipicamente costituzionale» (punto 5.2 del *cons. in dir.*) logica conseguenza vuole che si debba attribuirne la medesima natura al giudice che ne è istituzionalmente garante.

**Alessandro Candido**  
**Prospettive evolutive dell'insindacabilità delle «opinioni espresse»:  
una proposta di modifica dei regolamenti parlamentari\***

**ABSTRACT:** *The paper analyses the issue of parliamentary immunity in the context of digital society and modern forms of political communication. In particular, it is argued that the thesis that anchors the immunity of opinions expressed in the presence of a prior parliamentary act, of which the Member of Parliament could limit himself exclusively to divulging its contents extra moenia, needs to be updated and rebalanced, which may find space through an amendment to parliamentary rules.*


**SOMMARIO:** 1. L'insindacabilità parlamentare alla prova delle moderne forme di comunicazione politica: prerogativa da difendere o privilegio da contrastare? – 2. Il problema del “nesso funzionale” e l'esigenza di un ripensamento dell'insindacabilità nella società digitale. – 3. Alcune proposte di modifica dei regolamenti parlamentari. – 4. Una conclusione.

1. *L'insindacabilità parlamentare alla prova delle moderne forme di comunicazione politica: prerogativa da difendere o privilegio da contrastare?*

L'odierno scenario di fluidità nella circolazione delle informazioni fa sì che, a differenza del passato, si possa (e, nella comunicazione politica, si debba, specie con riferimento a determinate questioni di interesse generale) riferire con immediatezza e in modo decentralizzato, immettendo materiali *on line* e raggiungendo un numero di utenti indeterminabile, anche grazie al carattere aperto e globale della rete<sup>1</sup>. L'esternazione del pensiero avviene oggi in un modo (e in un mondo) completamente diverso rispetto a quello di venti o trent'anni fa, nell'epoca dei *social network*, in cui la stampa si presenta in forte declino, mentre regge ancora la televisione, che però, a sua volta, è sottoposta alla concorrenza del mezzo internet<sup>2</sup>.

Entro tale contesto appare indispensabile domandarsi se lo statuto costituzionale dell'insindacabilità (con particolare riguardo alle «opinioni espresse»)<sup>3</sup>, così come declinato dall'art. 68 della Costituzione<sup>4</sup> e dalla legge n. 140 del 2003<sup>5</sup> (che, tra l'altro, ha affermato la

---

\*  Il contributo sviluppa e approfondisce il contenuto dell'audizione svolta presso la Giunta per le autorizzazioni della Camera dei deputati in data 31 maggio 2023.

<sup>1</sup> Cfr. O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli (curr.), *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017; ma anche C.R. SUNSTEIN, *#republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, Bologna, 2017, 39 (trad.it. di *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social*, Princeton, 2017). La facilità con cui le informazioni si diffondono pone, tra l'altro, il problema del rapporto tra libertà di espressione e *fake news*. Cfr., anche con riferimento alla dottrina ivi citata, v. A. CANDIDO, *Libertà di informazione e democrazia ai tempi delle fake news*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 2020, 105 ss.; sul tema, si rinvia inoltre G. MATUCCI, *Informazione online e dovere di solidarietà. Le fake news tra educazione e responsabilità*, in *Rivista AIC*, n. 1 del 2018.

<sup>2</sup> *Ex plurimis*, cfr. G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in [MediaLAWS](http://MediaLAWS), n. 1 del 2018, spec. 24-25.

<sup>3</sup> Non potendo richiamare la sterminata letteratura sul tema, oltre a rinviare ai numerosi manuali di diritto parlamentare, ci si limita in questa sede a menzionare, con riferimento all'evoluzione storica delle immunità, M. DOGLIANI, *Immunità e prerogative parlamentari*, in L. Violante (cur.), *Storia d'Italia, Il Parlamento*, Torino, 2001, 1009 ss., nonché G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari (natura e limiti di una garanzia costituzionale)*, Torino, 1979. Con riferimento ai principali lavori monografici che si occupano del tema oggetto d'esame, *ex plurimis*, cfr. T.F. GIUPPONI, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Torino, 2005; M.C. GRISOLIA, *Immunità parlamentari e Costituzione*, Padova, 2000; M. MIDIRI, *Autonomia costituzionale delle Camere e potere giudiziario*, Padova, 1999. Inoltre, cfr. G. LONG, *Art. 68*, in G. Branca (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1986, 185 ss.; S. TRAVERSA, *Immunità parlamentare*, in *Enc. dir.*, XX, 178 ss.; N. ZANON, *Parlamentare (status di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, spec. 626-633; A. PIZZORUSSO, *Immunità parlamentari e diritti di azione e di difesa*, in *Foro it.*, 2000, 302 ss.; V. LIPPOLIS, *Le immunità penali dei parlamentari in Italia*, in *Rass. Parl.*, 2010, 833 ss.

<sup>4</sup> Sul mutamento della giurisprudenza costituzionale ha inciso in modo decisivo la modifica costituzionale dell'art. 68, intervenuta con l. cost. 29 ottobre 1993, n. 3, che ha soppresso la previgente autorizzazione a procedere. In

pregiudizialità della delibera parlamentare di irresponsabilità), sulla base dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale, rimanga tuttora valido, o se, piuttosto, come si ritiene, non sia opportuno adeguarlo al mutato spirito dei tempi (*Zeitgeist*) ed eventualmente attraverso quali modalità.

Il tema è tutt'altro che irrilevante, dato che, quando si prendono in considerazione le prerogative parlamentari, si toccano le radici più profonde del costituzionalismo, poiché la necessità di garantire l'indipendenza dei membri del Parlamento costituisce una condizione preliminare (*rectius*, un presupposto insopprimibile) per l'attuazione, ad ogni livello, della forma propria dello Stato liberal-democratico.

L'insindacabilità, qualità che caratterizza l'opinione espressa dal parlamentare<sup>6</sup>, operante – oggettivamente e soggettivamente – *erga omnes*<sup>7</sup>, rappresenta «una necessaria specificazione»<sup>8</sup> del divieto di mandato imperativo di cui all'art. 67 della Costituzione, dato che, come in modo condivisibile è stato affermato, «le opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni parlamentari (esenti da responsabilità) sarebbero anche quelle di rilievo politico manifestate non in atti tipici, ma nell'ambito di quello che può ritenersi il “dovere qualificato di denuncia” del parlamentare proprio quale “rappresentante della Nazione”»<sup>9</sup>.

Nell'ambito di tale cornice si colloca l'annoso dibattito tra chi è portato a proteggere questa garanzia e chi, invece, preferisce ridimensionarla, considerandola un privilegio oramai obsoleto<sup>10</sup>, perché contrastante con la concezione del popolo come sovrano. Indubbiamente, come è stato osservato, «l'esigenza di salvaguardare il prestigio di una carica politica, se richiede che il suo titolare sia tutelato nei confronti di iniziative ingiustificate e persecutorie, al di fuori di queste ipotesi non deve impedire alla giustizia di fare il suo corso, se non si vuole che le immunità si trasformino in privilegi personali e che si determini un distacco incolmabile fra la classe politica da una parte e i cittadini ed il sentimento prevalente nell'opinione pubblica dall'altra»<sup>11</sup>.

Le prerogative parlamentari<sup>12</sup>, cioè quegli *status* legati a delle funzioni cui l'ordinamento riconosce una particolare rilevanza (in ciò distinguendosi dal privilegio<sup>13</sup>, che invece consiste in una

particolare, nella pratica, l'applicazione dell'art. 68, comma 1, della Costituzione avveniva di pari passo con quella del vecchio art. 68, comma 2. Con la Commissione bicamerale D'Alema del 1997 c'è stato un tentativo – com'è noto naufragato – di modificare l'art. 68, comma 1 in senso estensivo, secondo il seguente disposto: «[i] componenti del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio o a causa delle loro funzioni».

<sup>5</sup> Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato.

<sup>6</sup> Come ha osservato Q. CAMERLENGO, *Riflessioni controcorrente sul divieto di mandato imperativo negli ordinamenti regionali*, in Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, V, *La democrazia italiana in equilibrio*, Genova, 2020, 477, «la condizione complessiva del consigliere regionale viene il più delle volte definita attraverso un puntuale accostamento allo *status* del parlamentare». Sul tema, già P. COSTANZO, *L'insindacabilità dei consiglieri regionali nel quadro dei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale in tema di immunità elettive*, in *Quad. reg.*, 1985, 1007 ss.

<sup>7</sup> Cfr. [Corte cost., sent. n. 59 del 2018](#), con commento di T.F. GIUPPONI, *I limiti dell'insindacabilità parlamentare nelle sent. nn. 59 e 133 del 2018. La Corte costituzionale ancora tra forma e sostanza, in vista di una svolta dai confini incerti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2 del 2019; ma cfr. anche O. CARAMASCHI, *Dal nesso funzionale esterno alla continenza interna? Recenti tendenze in tema di insindacabilità parlamentare (nota a Corte cost. sent. n. 59/2018)*, in questa *Rivista*, 2018/II, 462 ss.

<sup>8</sup> M. CERASE, *Art. 68*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (curr.), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 1300.

<sup>9</sup> L. CIAURRO, *Art. 68*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. OLIVETTI (curr.), *Commentario alla Costituzione*, cit., 1291.

<sup>10</sup> È interessante il contributo di G. BUCCI, *L'esercizio della funzione parlamentare tra insindacabilità e privilegio*, in *Politica del diritto*, 1999, 71 ss., specie con riferimento alla disamina della giurisprudenza costituzionale precedente al 2000.

<sup>11</sup> M. VOLPI, *Le immunità della politica negli ordinamenti democratici*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2005, 380.

<sup>12</sup> Come osserva G.F. CIAURRO, *Prerogative costituzionali*, in *Enc. dir.*, 1986, 1, l'insindacabilità si atteggia a vera e propria prerogativa costituzionale e non, invece, a privilegio personale.

<sup>13</sup> In numerose decisioni, a partire dalla [sent. n. 375 del 1997](#), la Corte ha sottolineato che l'art. 68, comma 1, della Costituzione, non deve trasformarsi da «prerogativa» in «privilegio».

posizione di ingiustificato vantaggio), rappresentano il presupposto del libero esercizio dell'attività parlamentare, mettendo i deputati e i senatori al riparo da iniziative pretestuose e consentendo loro di svolgere le proprie funzioni liberi da condizionamenti esterni, cioè in piena indipendenza. Se infatti il parlamentare incontrasse ostacoli, o avesse delle remore nello svolgimento delle proprie funzioni, ad esempio per il timore di doversi difendere di volta in volta in sede giudiziaria, il concetto di indipendenza resterebbe soltanto formalmente proclamato (nella Costituzione formale), ma sostanzialmente svuotato di contenuto (in quella materiale).

Il problema risiede principalmente (sebbene non esclusivamente) nel rapporto tra il principio di autonomia delle Camere e, come l'esperienza costituzionale post Tangentopoli ha dimostrato<sup>14</sup>, il potere giudiziario (mentre, nell'iniziale *ratio* della previsione costituzionale, ci si preoccupava delle possibili interferenze con il potere esecutivo)<sup>15</sup>. La principale ragione di contrasto tra la magistratura e il Parlamento ha ad oggetto proprio l'immunità di cui all'art. 68 della Costituzione, relativa alla prerogativa dell'insindacabilità per le opinioni espresse e i voti dati dal parlamentare nell'esercizio delle sue funzioni<sup>16</sup>.

La Corte, senza poter entrare nel merito dell'offensività delle dichiarazioni, è infatti chiamata a svolgere una funzione di garanzia tra la libertà di espressione dei componenti delle Camere e la tutela di quei diritti che potrebbero risultare lesi dalle opinioni da questi ultimi manifestate.

## *2. Il problema del “nesso funzionale” e l'esigenza di un ripensamento dell'insindacabilità nella società digitale.*

Com'è noto, nel mondo anglosassone è invalso il principio secondo cui l'immunità si esprime unicamente con riferimento agli atti compiuti e alle opinioni espresse nelle Aule parlamentari: già l'art. 9 del *Bill of rights* del 1689 assicurava l'immunità, anche oltre la fine del mandato, per tutte le affermazioni rese nell'ambito di «*debates or proceedings in Parliament*»<sup>17</sup>. A differenza del modello inglese e di quello americano<sup>18</sup>, nonché dei sistemi di alcuni Paesi dell'Europa

---

<sup>14</sup> Come ricorda R. DI MARIA, *L'applicazione dell'art. 68, comma 1, Cost., quale “specchio” in cui si riflette il (complicato e conflittuale) rapporto tra politica e magistratura: è tempo di cambiare?*, in questa *Rivista*, 2023/II, 462, il restringimento dell'ambito di applicazione della prerogativa in questione è dovuto a tre ordini di concause: la riforma costituzionale del 1993; la trasformazione del sistema politico in senso bipolare; l'accentuazione della conflittualità nel dibattito parlamentare, specie con riferimento ai temi legati alla giustizia.

<sup>15</sup> Così M. CERASE, *Art. 68*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., 1300. A questo proposito, si rinvia a M. MIDIRI, *Prassi e conflitti in tema d'insindacabilità parlamentare*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 605 ss. Come ha osservato M. VOLPI, *Le immunità della politica negli ordinamenti democratici*, cit., 352, «nelle odierne democrazie si può affermare che sia divenuta dominante l'idea che le immunità parlamentari sono volte a garantire la libertà e l'indipendenza della funzione parlamentare contro atti provenienti dall'autorità giudiziaria determinati da un intento persecutorio». Per uno sguardo alle ragioni delle cicliche tensioni tra potere politico e potere giurisdizionale a partire dagli anni '90, che hanno condizionato la forma di stato e quella di governo, si rinvia, *ex plurimis*, all'opera di G. LANEVE, *Potere politico e potere giurisdizionale nel prisma della giurisprudenza costituzionale sui conflitti di attribuzione*, Bari, 2022.

<sup>16</sup> In verità, pur nella diversità di *ratio* rispetto alla disciplina del comma 1, si segnala che ulteriori ragioni di conflittualità tra politica e magistratura hanno avuto recentemente ad oggetto l'art. 68, comma 3 della Costituzione. Basti richiamare la recentissima *sent. n. 170 del 2023*, avente ad oggetto un conflitto di attribuzione proposto dal Senato nei confronti della Procura di Firenze, per avere quest'ultima acquisito conversazioni di un senatore senza la previa autorizzazione della Camera di appartenenza, ai sensi dell'art. 68, comma 3 della Costituzione. Si rinvia al commento di G. GUZZETTA, *La nozione di comunicazione e altre importanti precisazioni della Corte costituzionale sull'art. 15 della Costituzione nella sentenza n. 170 del 2023*, in *federalismi.it*, n. 21 del 2023.

<sup>17</sup> Cfr. S. RODRIGUEZ, *L'insindacabilità parlamentare nelle esperienze comparate e l'influenza della Corte di Strasburgo*, in *Nomos*, 2017, 5. Per approfondire i profili comparatistici, cfr. C. MARTINELLI, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato: recenti sviluppi e nuove prospettive*, Milano, 2008.

<sup>18</sup> L'art. 1, sez. VI, della Costituzione americana stabilisce che i parlamentari «saranno esenti da arresti durante la loro partecipazione alle sessioni delle rispettive Camere e mentre vi si recano o ne fanno ritorno; e per qualsiasi discorso e dibattito in ciascuna camera, essi non potranno ricevere contestazioni in qualsiasi altro luogo».



continentale<sup>19</sup>, la Costituzione italiana privilegia non il criterio di spazialità (secondo cui sono coperti dalla prerogativa solo quei fatti che siano stati compiuti all'interno delle Camere), ma il nesso con le funzioni esercitate dal parlamentare<sup>20</sup>, senza fare alcun riferimento alle sedi o ai luoghi di svolgimento del mandato. In ordine a tale ultimo aspetto, ci si chiede se sia corretto aderire – come la Corte ha fatto, quanto meno a partire da un certo momento storico – a un'interpretazione restrittiva del concetto di “funzione parlamentare”, facendo riferimento alle opinioni espresse nella sede parlamentare (applicando il criterio spaziale), nonché a quelle manifestate al di fuori dalle Camere (le c.d. opinioni espresse *extra moenia*), a condizione che costituiscano la riproduzione fedele di atti parlamentari, o che comunque siano legate a questi da un nesso funzionale; oppure, al contrario, se sia preferibile accedere a un'interpretazione estensiva, come ad esempio accade nello Stato di Israele<sup>21</sup>, garantendo l'immunità a ogni dichiarazione di natura politica del parlamentare, anche in assenza del predetto nesso funzionale<sup>22</sup>; ciò in un contesto in cui la peculiarità italiana è costituita dal fatto che l'insindacabilità delle opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni parlamentari è amministrata non dal potere giudiziario, ma dallo stesso Parlamento.

Procedendo con ordine, occorre in prima battuta rilevare che, se è vero che il Parlamento rappresenta il luogo fisico in cui materialmente avviene la deliberazione, è altrettanto vero che la formazione dell'opinione e l'acquisizione del consenso si sviluppano oramai al di fuori dalle Camere<sup>23</sup>. Pertanto, poiché il mandato rappresentativo trova esplicazione, oggi più che mai, all'esterno dell'Aula, occorre ragionare sulle possibilità di rimodulazione della garanzia dell'insindacabilità, muovendo dal presupposto che essa non possa essere ancorata alla sua localizzazione in una specifica sede fisica<sup>24</sup>. Tutelare l'insindacabilità significa infatti custodire il principio del divieto di mandato imperativo di cui all'art. 67 della Costituzione, dato che, nel momento in cui viene riconosciuta in capo al parlamentare la rappresentanza della Nazione<sup>25</sup>, si ammette inevitabilmente che egli debba farsi portatore delle diverse domande sociali, per

---

<sup>19</sup> Ad esempio, l'art. 46, comma 1, della Legge fondamentale tedesca dispone che «[u]n deputato non può mai essere perseguito in sede giudiziaria o disciplinare né essere in genere chiamato a render conto al di fuori del Bundestag per le opinioni espresse e i voti dati nel Bundestag o in una delle sue Commissioni». Anche in Francia prevale un'interpretazione volta a garantire l'insindacabilità (ai sensi dell'art. 26, comma 1, della Costituzione) solo alle attività svolte *intra moenia*: cfr. G. BERGOUIGNOUS, *Le statut de parlementaire. De l'application souveraine à la souveraineté du droit*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 2002, 340 ss.

<sup>20</sup> Con riferimento al tema dell'insindacabilità nel sistema tedesco, cfr. N. ZANON, *Brevi spunti comparatistici (a futura memoria) per il trattamento parlamentare dell'insindacabilità*, in *Giur. cost.*, 1998, 2220.

<sup>21</sup> In Israele, dove la Costituzione fa riferimento non solo agli atti compiuti «nell'esercizio», ma anche «per l'esercizio» delle funzioni parlamentari, l'insindacabilità viene estesa a ogni atto compiuto dal parlamentare nello svolgimento della sua attività politica. Cfr. S. NAVOT, *L'insindacabilità parlamentare nella giurisprudenza israeliana*, in AA.VV., *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, Milano, 2001, 165.

<sup>22</sup> Come ha fatto il giudice delle leggi con la prima decisione sul tema, la nota [sentenza n. 1150 del 1988](#), con i commenti, su tutti, di N. ZANON, *La Corte e la «giurisprudenza» parlamentare in tema di immunità: affermazioni di principio o regola del caso concreto?* in *Giur. cost.*, 1988, 5595 ss.; F. DONATI, *Interrogativi vecchi e nuovi sulle immunità parlamentari*, *ibid.*, 1988, 2377 ss.; R. PINARDI, *L'insindacabilità parlamentare tra controllo della Corte e (presunta) poterà «inibente»: una decisione non priva di contraddizioni*, *ibid.*, 1988, 2359 ss. Cfr. anche Corte cost., sent. nn. [443 del 1993](#) e [129 del 1996](#), nelle quali il giudice delle leggi conferma che l'unico controllo possibile per il giudice costituzionale è quello sulla correttezza della deliberazione parlamentare, sostenendo che si tratta di un assetto conforme al bilanciamento di interessi operato dal legislatore costituente. Molto critico rispetto a tale ricostruzione è A. PACE, *Giurisdizione e insindacabilità parlamentare nei conflitti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2000, 294.

<sup>23</sup> Cfr. G. SCACCIA, *Spunti per una ridefinizione del “nesso funzionale” in tema di insindacabilità parlamentare*, in [Rivista AIC](#), n. 4 del 2014, 5.

<sup>24</sup> La Corte costituzionale afferma di non avere «mai accolto, in base alla formulazione dell'art. 68, primo comma, della Costituzione, il criterio della mera localizzazione dell'atto» ([Corte cost., sent. n. 509 del 2002](#)). Si rinvia a T.F. GIUPPONI, *“In camera... (non più) caritatis”: insindacabilità parlamentare e “riservatezza” dei deputati*, in *Giur. cost.*, 2002, 4205 ss.

<sup>25</sup> Secondo A. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Milano, 1991, 312 ss., tale principio postula un collegamento funzionale con l'art. 134 Cost., dato che, al pari del potere giurisdizionale, anche quello di rappresentare la Nazione sarebbe un potere diffuso, al punto che il parlamentare potrebbe considerarsi suscettibile di essere parte in un conflitto di attribuzione.

rispondere alle quali non può che partecipare attivamente – e cioè, con piena libertà di espressione – al dibattito politico nazionale<sup>26</sup>.

Siffatta libertà di espressione non può allora esaurirsi nell'attività *intra moenia*, ma nemmeno, si ritiene, in quella disciplinata dalle previsioni contenute nei regolamenti parlamentari attualmente in vigore. Molto spesso, infatti, la dichiarazione risulta essere stata resa nel corso di una conferenza stampa, di un programma televisivo, o nel contesto di un'intervista giornalistica (televisiva o radiofonica) o, più semplicemente, tramite un *post* pubblicato su un *social network*<sup>27</sup>. Del resto, in ossequio al principio della pubblicità dei lavori parlamentari posto dall'art. 64, comma 2, della Costituzione, il parlamentare, quale rappresentante della Nazione, ha il compito (*rectius*, il dovere) di notiziare l'opinione pubblica della propria attività parlamentare e, al contempo, quest'ultima ha il diritto ad essere informata. Come è stato osservato, «in quest'ottica si giustificherebbero, da un lato, la sempre più sofisticata organizzazione delle Camere per garantire completezza e rapidità nella diffusione di informazioni sui lavori parlamentari e, dall'altro lato, la crescente tendenza dei parlamentari a riferire sui *mass-media* i dettagli della loro attività, con la conseguente pretesa di un'applicabilità estesa della prerogativa dell'insindacabilità»<sup>28</sup>.

In senso contrario all'estensione di tale categoria, vi è stato il passaggio da una giurisprudenza costituzionale molto più aperta rispetto alle opinioni espresse *extra moenia*<sup>29</sup>, a una giurisprudenza sempre più restrittiva, a partire dalle sentenze nn. [10 del 2000](#) e [11 del 2000](#)<sup>30</sup>, quando la Corte ha incominciato ad affermare la necessità di verificare in concreto la sussistenza dell'insindacabilità, senza limitarsi a un sindacato esterno e formale sulle delibere delle Camere<sup>31</sup>; con il risultato di delimitare, nei fatti, la garanzia dell'insindacabilità *ratione loci* e, dunque, all'attività svolta *intra moenia*, facendo proprio «un criterio ormai storicamente superato»<sup>32</sup>, tra l'altro non testualmente previsto dall'art. 68 della Costituzione che, al contrario, «autorizza un'interpretazione più ampia, sganciata dal riferimento esclusivo ai “luoghi” della funzione parlamentare»<sup>33</sup>.

<sup>26</sup> Sul tema dell'insindacabilità e delle dichiarazioni di natura politica, cfr. P. RIDOLA, *L'insindacabilità parlamentare tra nesso funzionale e libertà politica delle assemblee rappresentative*, in *Giur. cost.*, 1999, 3665; ID., *Le “parole della politica” e l'insindacabilità parlamentare*, in *ibid.*, 2004, 1220 ss.

<sup>27</sup> Cfr. ad esempio [Corte cost., sent. n. 289 del 2001](#): L. GIANNITI, *Osservazioni sulla qualificazione delle opinioni espresse da un parlamentare «opinionista»*, in *Giur. cost.*, 2000, 449 ss. Sul rapporto tra opinioni espresse tramite *social network* e insindacabilità, cfr. G. PALOMBINO, *L'insindacabilità parlamentare al tempo della democrazia digitale*, in [federalismi.it](#), n. 24 del 2022, 218 ss. Recentemente con [sent. n. 241 del 2022](#), la Corte costituzionale ha affermato l'assenza del nesso funzionale con l'attività parlamentare, in relazione a un *post* su *facebook* ritenuto lesivo dell'altrui reputazione.

<sup>28</sup> L. CIAURRO, *Art. 68*, cit., 1291.

<sup>29</sup> In passato, il controllo di legittimità sul corretto esercizio del potere di dichiarare l'insindacabilità era ridotto a una mera verifica esterna, nei limiti dei concetti dell'arbitrarietà e della plausibilità. Cfr. G. AZZARITI, *Cronaca di una svolta: l'insindacabilità dei parlamentari dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, 2001, 588. L'Autore ha anticipato ciò nel tempo si sarebbe verificato, cioè l'acuirsi delle tensioni tra Corte costituzionale e Parlamento, con il rischio che le decisioni della prima possano scivolare sul terreno della politica (*ibid.*, 619). Su questo tema, cfr. A. RUGGERI, *Le opinioni insindacabili dei parlamentari davanti alla Corte: connotati e criteri formali-sostanziali di riconoscimento, al crocevia dei rapporti tra diritto costituzionale e «diritto politico»*, in *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, 2000, 233 ss.

<sup>30</sup> *Ex plurimis*, cfr. P. COSTANZO, *Immunità parlamentare: la “giurisprudenza Sgarbi” alla ricerca di un punto fermo*, in *Danno e responsabilità*, 2000, 381 ss.; A. PACE, *L'art. 68 comma 1 Cost. e la «svolta» interpretativa della Corte costituzionale nelle sentenze n. 10 e 11 del 2000*, in *Giur. cost.*, 2000, 85 ss.; R. ROMBOLI, *Immunità parlamentare per opinioni espresse e conflitto tra poteri dello Stato*, in *Foro it.*, 2000, 331 ss.; A. RUGGERI, *Le opinioni insindacabili dei parlamentari davanti alla Corte: connotati e criteri formali-sostanziali di riconoscimento, al crocevia dei rapporti tra diritto costituzionale e “diritto politico”*, in *Giur. it.*, 2000, 1110 ss.; T.F. GIUPPONI, *La Corte costituzionale giudice di “merito” delle delibere parlamentari di insindacabilità*, *ibid.*, 2000, 1105 ss. Alle sentenze nn. [10](#) e [11](#) si affiancano le sentt. nn. [329 del 1999](#), [56](#), [58](#) e [82 del 2000](#), anch'esse relative a conflitti sorti in seguito a dichiarazioni rese dall'on. Sgarbi.

<sup>31</sup> In verità, prima della giurisprudenza Sgarbi, il giudice delle leggi aveva per la prima volta accolto un conflitto *ex art. 68*, comma 1, della Costituzione contro una delle Camere, nel c.d. caso Calderoli: cfr. [Corte cost., sent. n. 289 del 1998](#).

<sup>32</sup> G. SCACCIA, *Spunti per una ridefinizione del “nesso funzionale” in tema di insindacabilità parlamentare*, cit., 2.

<sup>33</sup> G. SCACCIA, *Spunti per una ridefinizione del “nesso funzionale”*, cit., 4.

A tale mutamento di rotta ha contribuito la Corte di Strasburgo, la quale, pur riconoscendo il valore costituzionale delle immunità parlamentari, ha segnalato la necessità di individuare quel giusto punto di equilibrio tra l'applicazione di tali garanzie e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo<sup>34</sup>; orientamento dal quale il giudice delle leggi ha inteso trarre una svolta in senso marcatamente restrittivo<sup>35</sup>, sebbene la Corte di Strasburgo (così come, in verità, quella di Lussemburgo) facciano specifico riferimento – diversamente dalla giurisprudenza costituzionale – al contenuto e alla natura delle esternazioni parlamentari.

Muovendo dalle osservazioni della Corte costituzionale, si rileva che è proprio quest'ultima a ricordare, nella [sentenza n. 11 del 2000](#), che la formulazione letterale dell'art. 68 della Costituzione, oltre ad alcuni fattori di trasformazione della comunicazione politica nella società contemporanea, rendono non più percorribile «la tradizionale interpretazione che considerava compiuti nell'esercizio delle funzioni parlamentari – e quindi coperti dall'immunità che [...] garantisce l'autonomia delle Camere – i soli atti svolti all'interno dei vari organi parlamentari o anche paraparlamentari»<sup>36</sup>.

Oggi sono indubbiamente insindacabili i contenuti degli atti funzionali tipici (come le proposte di legge, le dichiarazioni di voto, gli atti di sindacato ispettivo, ecc.), ma anche le dichiarazioni rese al di fuori dalle formali sedi parlamentari, purché siano la riproduzione del contenuto degli atti tipici della funzione; tra l'altro, non basta a rendere insindacabile una dichiarazione la sua mera coloritura politica, o la semplice comunanza di argomento con temi trattati nei dibattiti parlamentari.

Partire da tale approdo della giurisprudenza costituzionale è fondamentale per comprendere se e come si possa ipotizzare un ripensamento della teoria del nesso funzionale, tento conto che, ad avviso della Corte, la prerogativa di cui all'art. 68 della Costituzione «non copre tutte le opinioni espresse dal parlamentare nello svolgimento della sua attività politica, ma solo quelle legate da 'nesso funzionale' con le attività svolte 'nella qualità' di membro delle Camere»<sup>37</sup>. Con particolare riguardo alle dichiarazioni rese *extra moenia*, che hanno caratterizzato la maggior parte del contenzioso costituzionale, il compito del giudice delle leggi è «limitato alla verifica se esse, ancorché rese fuori della sede istituzionale, siano collegate ad attività proprie del parlamentare: se costituiscono, cioè, espressione della sua funzione o ne rappresentino il momento di divulgazione all'esterno»<sup>38</sup>; inoltre, afferma sempre il giudice delle leggi, «l'intento politico delle espressioni incriminate e la collocazione del tema trattato durante la conferenza stampa nel novero delle finalità del partito di appartenenza del deputato sono elementi estranei all'oggetto delle guarentigie parlamentari»<sup>39</sup>.

Com'è noto, sono due i requisiti presi in considerazione dalla Corte costituzionale nella valutazione del nesso funzionale<sup>40</sup>, vale a dire: il legame di ordine temporale fra l'attività parlamentare e l'attività esterna, tale che questa venga ad assumere una finalità divulgativa della prima<sup>41</sup>; la sostanziale corrispondenza di significato tra le opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni e gli atti esterni, al di là delle formule letterali utilizzate<sup>42</sup>, non essendo sufficiente, ad

---

<sup>34</sup> Cfr. R. DICKMANN, *La Corte di Strasburgo torna a pronunciarsi sull'insindacabilità dei parlamentari in Italia. Con qualche riserva in ordine all'efficacia delle motivazioni addotte*, in [federalismi.it](#), n. 5 del 2009.

<sup>35</sup> Cfr. A. PACE, *L'insindacabilità parlamentare tra la «libertà della funzione» (delle Camere) e la verifica (non più soltanto esterna?) del «corretto esercizio del potere»*, in *Giur. cost.*, 1998, 2214 ss.

<sup>36</sup> [Corte cost., sent. n. 11 del 2000](#).

<sup>37</sup> [Corte cost., sent. n. 298 del 2004](#).

<sup>38</sup> [Corte cost., sent. n. 371 del 2006](#); ma cfr. anche, *ex plurimis*, Corte cost., sentt. nn. [205 del 2012](#), [98](#) e [96 del 2011](#), [135](#) e [330 del 2008](#), [317 del 2006](#), [28](#), [164](#), [176](#) e [235 del 2005](#), [52 del 2002](#).

<sup>39</sup> [Corte cost., sent. n. 331 del 2006](#).

<sup>40</sup> *Ex plurimis*, cfr. [Corte cost., sent. n. 258 del 2006](#) (con nota di D. NOCILLA, *Nesso funzionale e tempo intercorso tra atto di esercizio delle funzioni parlamentari e dichiarazioni ipoteticamente diffamatorie*, in *Giur. cost.*, 2006, 2733 ss.) e [n. 265 del 2014](#). Si rinvia a G. RIVOCCHI, *L'autonomia parlamentare dopo la decisione sull'autodichia*, in *Quad. cost.*, 2018, 423 ss.

<sup>41</sup> Così, *ex plurimis*, Corte cost., sentt. nn. [55 del 2014](#), [97 del 2007](#), [97 del 2008](#), [82 del 2011](#).

<sup>42</sup> Cfr. C. CATANIA, *Luci e ombre del criterio della necessaria corrispondenza tra il contenuto delle opinioni espresse e quello degli atti compiuti nel corso dei lavori parlamentari*, in *Cass. pen.*, 2003; ma cfr. anche G.

avviso del giudice delle leggi, «né il riferimento alla generica attività parlamentare o l'inerenza a temi di rilievo generale, seppur dibattuti in Parlamento [...], né, infine, un generico collegamento tematico o una corrispondenza contenutistica parziale»<sup>43</sup>.

Dalla giurisprudenza costituzionale successiva al 2000 – con pochissime eccezioni – emerge un'interpretazione sempre più restrittiva del concetto di nesso funzionale, dato che la Corte ha mostrato di non condividere quella lettura sistematica del combinato disposto degli artt. 67 e 68 della Costituzione, secondo cui esso dovrebbe ritenersi sussistente in tutte quelle occasioni in cui il parlamentare raggiunga il cittadino, illustrando la propria posizione, specie se questa sia riferibile alla dialettica politica. Al contrario, il giudice delle leggi ritiene che tale estensione risulti incompatibile con l'odierno disegno costituzionale.

Ciò posto, tenuto conto che l'attività parlamentare è – per definizione – libera nel fine<sup>44</sup>, occorre domandarsi entro quali limiti sia possibile incidere sul concetto di nesso funzionale tra dichiarazioni rese *extra moenia* e attività parlamentare.

Lasciando da parte l'eventualità di una nuova modifica dell'art. 68 della Costituzione (dopo quella del 1993) e non ipotizzando alcun intervento sulla legge n. 140 del 2003 (che, comunque, sarebbe assoggettabile al controllo di costituzionalità), si ritiene che l'unica strada percorribile risieda, allo stato, in una modifica dei regolamenti parlamentari, al fine di consentire che le espressioni utilizzate dal parlamentare (ad esempio, su un *social network*), possano trovare apposita tipizzazione o, quantomeno, un puntuale ancoraggio in un previo atto parlamentare. A quest'ultimo proposito, si richiama, ad esempio, la menzionata [sentenza n. 241 del 2022](#), che origina da una dichiarazione *extra moenia* resa (su *facebook*) da un deputato, a proposito di asserite azioni violente contro il cantiere TAV, ritenuta dalla Corte priva di nesso funzionale con l'attività parlamentare.

In verità, in una decisione non troppo risalente, la [n. 133 del 2018](#), la Corte costituzionale non aveva *a priori* escluso la possibilità che l'immunità potesse operare anche laddove non fosse espressamente individuabile un atto parlamentare interno, a condizione tuttavia che la dichiarazione fosse espressione di esercizio della funzione parlamentare: «non è [...] da escludere, in astratto, che nel sistema costituzionale italiano l'insindacabilità possa coprire anche dichiarazioni rese *extra moenia*, non necessariamente connesse ad atti parlamentari ma per le quali si ritenga nondimeno sussistente un evidente e qualificato nesso con l'esercizio della funzione parlamentare»<sup>45</sup>. Tuttavia, va a onor del vero rilevato che tale decisione costituisce una goccia nell'oceano, peraltro in un caso in cui il giudice delle leggi ha negato la sussistenza del nesso funzionale.

Esemplificando, la Corte costituzionale ha affermato che costituiscono fattispecie idonee a configurare il nesso funzionale la comunicazione inviata dal parlamentare al proprio capo-gruppo<sup>46</sup>, la lettera rivolta al Presidente di una Commissione parlamentare d'inchiesta per esprimere delle ragioni politiche<sup>47</sup>, o la richiesta di interrogazione parlamentare<sup>48</sup>; invece, costituiscono fattispecie

---

LASORELLA, *Le opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni parlamentari ex art. 68, 1°*, Cost. tra Camere, giudici e Corte costituzionale, in *Giur. cost.*, 1999.

<sup>43</sup> [Corte cost., sent. n. 55 del 2014](#); ma cfr. anche [Corte cost., sent. n. 144 del 2015](#).

<sup>44</sup> Come ha ricordato la Corte costituzionale (a proposito delle dichiarazioni *intra moenia*), la salvaguardia del libero esercizio della funzione del Parlamento «è ottenuta assicurando a ciascun parlamentare il diritto di esercitare liberamente la sua funzione» ([Corte cost., sent. n. 347 del 2004](#)); cfr. L. ELIA, *Continuità giurisprudenziale in tema di insindacabilità parlamentare*, in *Giur. cost.*, 2004, 3888 ss.; T.F. GIUPPONI, *Il "caso Pera" e i confini del giudizio costituzionale. Insindacabilità, nesso funzionale e poteri del giudice ordinario*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2004; I. NICOTRA, *La sentenza sul "caso" Pera: una rigorosa giurisprudenza che richiede la correlazione soggettiva per l'estensione dell'insindacabilità*, *ibid.* Con specifico riferimento alla «libertà nel fine» propria della funzione parlamentare, cfr. anche [Corte cost., sent. n. 375 del 1997](#).

<sup>45</sup> Cfr. G. D'ALESSANDRO, *Un nuovo schema di giudizio nei conflitti tra poteri sull'insindacabilità parlamentare?* in *Giur. cost.*, 2018, 1408 ss.

<sup>46</sup> La ragione risiede nel fatto che si ravvisa «nei gruppi parlamentari il riflesso istituzionale del pluralismo politico» ([Corte cost., sent. n. 193 del 2005](#)).

<sup>47</sup> Le Commissioni parlamentari d'inchiesta vengono considerate «articolarioni del Parlamento, sicché parlamentari sono le attività che si svolgono nel loro seno o con riguardo al loro funzionamento» ([Corte cost., sent. n. 298 del 2004](#)); cfr. anche [Corte cost., sent. n. 219 del 2003](#).

idonee a escludere il nesso funzionale la denuncia penale<sup>49</sup>, la deposizione resa dal parlamentare nel giudizio penale<sup>50</sup>, o la coincidenza nella medesima persona della posizione di parlamentare con quella di ministro<sup>51</sup>.

Se poi addirittura si consideri la posizione del parlamentare chiamato a ricoprire incarichi di governo e, segnatamente, quella del sottosegretario, appare evidente che quest'ultimo si trovi in una condizione del tutto peculiare, per non essere egli in grado di svolgere un'attività parlamentare piena; nondimeno, appare francamente irragionevole non consentire di ritenere comprese nella sfera di operatività della garanzia dell'insindacabilità quelle condotte che siano state poste in essere nell'esercizio delle attribuzioni del sottosegretario. La coincidenza, nella stessa persona, della posizione di parlamentare e di sottosegretario dovrebbe piuttosto giustificare l'applicazione estensiva della garanzia di insindacabilità propria del parlamentare.

Ulteriore problematica deriva dal fatto che la valutazione del nesso funzionale viene effettuata con riferimento agli atti della medesima persona, così che non risulta possibile ipotizzare una sorta di insindacabilità di gruppo<sup>52</sup>. Basti menzionare tutti quegli atti parlamentari riconducibili al gruppo e non al singolo deputato, come ad esempio le interrogazioni a risposta immediata (c.d. *question time*)<sup>53</sup>: posto che queste possono essere presentate da un solo deputato per ciascun gruppo, ne deriva che soltanto costui può godere della possibilità di manifestare *extra moenia* l'opinione previamente espressa *intra moenia*, essendo garantito dallo scudo dell'insindacabilità. L'esempio è emblematico e costituisce una conferma dell'opportunità di rimodulare (e attualizzare) l'estensione di tale prerogativa.

### 3. Alcune proposte di modifica dei regolamenti parlamentari.

A questo punto dell'indagine, ci si chiede quali siano le possibili soluzioni rispetto a quello che appare un cortocircuito dell'attuale Costituzione materiale. Certamente, un intervento sulle fonti non sarebbe necessario ove, in ipotesi, vi fosse un ripensamento giurisprudenziale della categoria del nesso funzionale, anche in considerazione dei fattori di trasformazione della comunicazione politica nella società contemporanea. Come è stato condivisibilmente affermato, l'interpretazione del nesso funzionale «sconta tuttora un eccessivo formalismo, laddove pretende di riconoscere la natura parlamentare alla sola attività comunque divulgativa di quella contenuta in atti tipici compiuti in precedenza, non scrollandosi di dosso, così, quel sembrare poco al passo con le nuove modalità comunicative attorno alle quali si costruisce il dibattito pubblico»<sup>54</sup>.

Del resto, appare singolare che, nel diritto vivente, oggi passi il principio secondo cui si attribuisce o si nega la tutela sulla base di un rigido meccanismo, in virtù del quale un'affermazione scevra di qualsivoglia rilevanza politica e priva di interesse pubblico viene tradotta in un'espressione della funzione parlamentare solo perché manifestata all'interno della Camera, o in un atto parlamentare; invece, espressioni sui temi più "caldi" e di sicuro interesse pubblico, non

---

<sup>48</sup> Cfr. [Corte cost., sent. n. 379 del 2003](#).

<sup>49</sup> Cfr. [Corte cost., sent. n. 286 del 2006](#).

<sup>50</sup> Ad avviso del giudice delle leggi, «l'obbligo di rendere testimonianza [...] riguarda direttamente ogni cittadino e l'esercizio di tale dovere non richiede l'intermediazione della rappresentanza parlamentare» ([Corte cost., sent. n. 329 del 2006](#)).

<sup>51</sup> Secondo la Corte, ciò che rileva, ai fini dell'insindacabilità, è «il collegamento necessario con le 'funzioni' del Parlamento, cioè con l'ambito funzionale entro cui l'atto si iscrive, a prescindere dal suo contenuto comunicativo» ([Corte cost., sent. n. 304 del 2007](#)).

<sup>52</sup> Cfr. ad esempio [Corte cost., sent. n. 39 del 2012](#).

<sup>53</sup> L'art. 135-bis, comma 2, del regolamento della Camera stabilisce che «un deputato per ciascun Gruppo può presentare un'interrogazione per il tramite del presidente del Gruppo al quale appartiene». Allo stesso modo, l'art. 151-bis, comma 1-bis del regolamento del Senato dispone che «un Senatore per ciascun Gruppo può presentare un'interrogazione per il tramite del Presidente del Gruppo al quale appartiene».

<sup>54</sup> Così G. LANEVE, [La funzione parlamentare al cospetto della funzione giurisdizionale nel prisma della giurisprudenza costituzionale sui conflitti tra poteri: uno studio sugli ultimi trent'anni](#), in questa [Rivista](#), 2022/I, 126.

vengono tutelate, solo perché rese all'esterno della Camera, talvolta da un parlamentare che non ha avuto la possibilità di effettuare un intervento di fine seduta perché, in ipotesi, vi era già un altro deputato del suo gruppo incaricato di intervenire. Questo esempio rende evidente la necessità di individuare degli strumenti idonei a garantire la libertà del parlamentare, ovviamente nel rispetto degli altri valori costituzionali in gioco.

Una prima soluzione potrebbe consistere nel prevedere all'interno dei regolamenti parlamentari una nuova funzione tipica di comunicazione del parlamentare, certamente da declinare in modo stringente per prevenire ogni possibile abuso, ma che potrebbe garantire la copertura forse più ampia, in termini di insindacabilità: si tratta della tipizzazione di un potere di esternazione al di fuori dei lavori parlamentari.

Se si pensa al potere di esternazione<sup>55</sup>, viene subito alla mente quello che il Presidente della Repubblica esercita nelle sue più disparate forme (interviste, comunicati della Presidenza della Repubblica, discorsi pubblici...), esponendo le proprie opinioni sui diversi problemi politico-istituzionali e svolgendo una funzione costituzionalmente necessaria, espressione degli interessi dell'opinione «pubblica costituzionale»<sup>56</sup>.

Se l'utilizzo delle esternazioni presidenziali si è venuto affermando nella prassi, con riferimento invece all'attività di governo una disciplina delle esternazioni può essere rinvenuta nella legge n. 400 del 1988 e nel regolamento interno al Consiglio dei ministri, al quale la legge del 1988 rinvia per quanto concerne «le modalità di informazione sui lavori del Consiglio». Ad esempio, l'art. 8 del d.p.c.m. 10 novembre 1993 prevede che il comunicato relativo ai lavori del Consiglio «è sottoposto per l'approvazione al Presidente del Consiglio dei Ministri, che ne autorizza la diffusione»; inoltre, «il Presidente del Consiglio può incaricare il Sottosegretario alla Presidenza o uno o più Ministri della funzione di portavoce per promuovere la più diffusa conoscenza in ordine alle deliberazioni adottate dal Governo su specifiche questioni e in ordine alla progressiva attuazione di esse. Rimane ferma la facoltà di ciascun Ministro di fornire informazioni sull'attività del proprio Dicastero [...]». Ancora, l'art. 5, comma 2, lett. d), della legge n. 400 del 1988 dispone che il Presidente del Consiglio «concorda con i ministri interessati le pubbliche dichiarazioni che essi intendano rendere ogni qualvolta eccedendo la normale responsabilità ministeriale, possano impegnare la politica generale del Governo».

Ciò premesso, si ritiene che il potere di esternazione del parlamentare – e anche quello del parlamentare con funzioni di governo – possa trovare una sua caratterizzazione tipica in sede di regolamento parlamentare, consentendo così di estendere la portata applicativa dell'insindacabilità.

Una seconda soluzione (alternativa o cumulativa rispetto alla prima) potrebbe consistere nel disciplinare, in seno ai regolamenti parlamentari, uno spazio *web*, consultabile sui siti della Camera e del Senato, nell'ambito del quale il parlamentare (e anche il parlamentare con funzioni di governo), possa – previo controllo interno di ammissibilità sul contenuto da pubblicare – esprimere la propria opinione. In tale sede, potrebbe ad esempio essere introdotto il principio secondo cui l'opinione ammissibile è quella: che non utilizzi espressioni sconvenienti; inerente alla propria carica politica e non alla qualifica di comune cittadino; che concerna esclusivamente valutazioni soggettive e non invece l'esistenza di determinati fatti.

Il controllo di ammissibilità servirebbe, dunque, da un lato, a porre un argine all'utilizzo del turpiloquio<sup>57</sup>, come già previsto nel regolamento della Camera all'art. 89<sup>58</sup> e in quello del Senato

---

<sup>55</sup> Sul potere di esternazione, cfr. A.I. ARENA, *L'esternazione del pubblico potere*, Napoli, 2019.

<sup>56</sup> Così P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 295 ss. Cfr. anche, *ex plurimis*, cfr. M. DOGLIANI, *Il «potere di esternazione» del Presidente della Repubblica*, in M. Luciani e M. Volpi (cur.), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, 221 ss.; T. MARTINES, *Il potere di esternazione del Presidente della Repubblica*, in G. Silvestri (cur.), *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1985, 136 ss.; A. PACE, *Esternazioni presidenziali e forma di governo. Considerazioni critiche*, in *Quad. cost.*, 1992, 191 ss.

<sup>57</sup> Come ha ricordato la Corte costituzionale, l'uso del turpiloquio «non fa parte del modo di esercizio delle funzioni parlamentari ammesso dalle norme che dall'art. 64 Cost. traggono la competenza a disciplinare in modo esclusivo l'ordinamento interno delle Camere del Parlamento. *A fortiori*, le stesse espressioni non possono essere ritenute

all'art. 97<sup>59</sup>; ciò, peraltro, comporta, a maggior ragione, come ha già affermato la Corte, che l'utilizzo di simili espressioni al di fuori delle Camere non possa essere ritenuto esercizio delle funzioni parlamentari<sup>60</sup>; dall'altro, ad appurare che nella dichiarazione venga in rilievo un tema di interesse pubblico e non, invece, una vicenda privata; da ultimo, a verificare che si tratti di giudizi di valore che, in quanto tali, a differenza dell'esistenza di un fatto, siano insuscettibili di prova.

Siffatti criteri appaiono rispettosi dell'art. 68, comma 1, della Costituzione, che oltre all'insindacabilità dei "voti dati" nell'esercizio delle funzioni (cioè, i modi di partecipazione a una deliberazione del Parlamento), fa riferimento alle «opinioni espresse», tali essendo tutte quelle esternazioni corrispondenti a una valutazione soggettiva<sup>61</sup>.

Insomma, una volta inserito il contenuto nella pagina *web* della Camera o del Senato, esso potrebbe essere poi divulgato senza problemi all'esterno.

Infine, nell'ambito di tale piattaforma, e sempre con un controllo di ammissibilità in ordine alla necessità di evitare espressioni sconvenienti, si potrebbe addirittura prevedere, studiandone la modalità applicative, un diritto di replica di chi si senta leso dalle opinioni espresse<sup>62</sup>.

Infine, una terza possibilità potrebbe consistere – sempre passando dalla modifica dei regolamenti parlamentari – nella tipizzazione di un nuovo atto, vale a dire un resoconto periodico dell'attività *extra moenia* svolta dal parlamentare, in relazione alla quale quest'ultimo ritenga di domandare la parlamentarizzazione. Anche in questo caso occorrerebbe un previo controllo di ammissibilità limitato all'assenza di espressioni sconvenienti, alla mancanza di riferimento a una vicenda privata del parlamentare e, infine, alla presenza di una valutazione soggettiva.

#### 4. Una conclusione

Alla luce delle considerazioni che precedono, riprendendo quanto anticipato all'inizio del presente contributo, si ritiene che la tesi che subordina l'insindacabilità alla presenza di un previo atto parlamentare, del quale il deputato o il senatore si limiti esclusivamente a divulgare i relativi contenuti *extra moenia*, necessiti di un aggiornamento che tenga conto delle moderne modalità di comunicazione politica. Essa, infatti, non considera la velocità che caratterizza l'odierna

---

esercizio della funzione parlamentare quando usate al di fuori delle Camere stesse» ([Corte cost., sent. n. 249 del 2006](#)). Va inoltre osservato che, in presenza di dichiarazioni ritenute non coperte da nesso funzionale, il giudice delle leggi omette di prendere in considerazione la questione dell'utilizzo di insulti o frasi ingiuriose (cfr., ad esempio, Corte cost., sentt. nn. [257](#) e [421 del 2002](#)).

<sup>58</sup> In base all'art. 89, comma 1 del regolamento della Camera, «[i]l Presidente ha facoltà di negare l'accettazione e lo svolgimento di ordini del giorno, emendamenti o articoli aggiuntivi che siano formulati con frasi sconvenienti, o siano relativi ad argomenti affatto estranei all'oggetto della discussione, ovvero siano preclusi da precedenti deliberazioni, e può rifiutarsi di metterli in votazione».

<sup>59</sup> L'art. 97, comma 1 del regolamento del Senato prevede che «[s]ono improponibili ordini del giorno, emendamenti e proposte che siano estranei all'oggetto della discussione o formulati in termini sconvenienti».

<sup>60</sup> Sul punto, *ex plurimis*, cfr. [Corte cost., sent. n. 249 del 2006](#).

<sup>61</sup> L'insindacabilità è infatti limitata alle manifestazioni del pensiero e non, ad esempio, ai comportamenti materiali, come gli atti di resistenza o di violenza a pubblico ufficiale (cfr. [Corte cost., sent. n. 137 del 2001](#)). Critico rispetto all'estensione dell'insindacabilità G. VASSALLI, *Punti interrogativi sulla estensione della irresponsabilità dei membri del parlamento*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, vol. IV, Milano, 1974, 4286 ss. Sulle «opinioni espresse», cfr. R. MORETTI, *Sui limiti delle immunità parlamentari*, in *Giur. cost.*, 1976, spec. 769 ss.

<sup>62</sup> Non v'è dubbio, infatti, che il tema dell'insindacabilità coinvolga non solo la magistratura, il Parlamento e la Corte costituzionale (come giudice tra i due), ma anche «il parlamentare che con la manifestazione delle sue opinioni ha (assertivamente) pregiudicato un terzo e quest'ultimo, che può essere una persona fisica o giuridica, pubblica o privata» (A. PACE, *Giurisdizione e insindacabilità parlamentare nei conflitti costituzionali*, cit., 289). Ad avviso dell'Autore, al terzo dovrebbe essere data la possibilità di intervenire in sede di conflitto di attribuzioni, a fronte delle potenziali conseguenze irreparabili che potrebbero derivare a suo danno all'esito del giudizio (*ibid.*, 315). Sulla problematica relativa all'accesso alla Corte, si rinvia a M. CECCHETTI, *Problemi dell'accesso al giudizio sui conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi (curr.), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, 2000, 339 ss.

comunicazione politica, né i mezzi informatici con cui le informazioni vengono diffuse, in un mondo globalizzato all'interno del quale anche il dibattito politico è fortemente mediatizzato. Del resto, già con le sentenze nn. [320](#) e [321 del 2000](#) la Corte aveva sottolineato che «[l]’attività dei membri delle Camere nello Stato democratico rappresentativo è per sua natura destinata [...] a proiettarsi al di fuori delle aule parlamentari, nell’interesse della libera dialettica politica, che è condizione di vita delle istituzioni democratico-rappresentative»<sup>63</sup>.

Accade oramai sempre più frequentemente che il parlamentare avverta il bisogno di esprimere in modo rapido la sua opinione sull’accaduto, senza avere il tempo di intervenire preventivamente in Aula, o di presentare un atto di sindacato ispettivo<sup>64</sup>; al contempo, può capitare che egli non riesca a lasciare traccia *intra moenia* delle proprie opinioni, per essere successivamente libero di divulgarle all’esterno con la tutela dell’insindacabilità; o che, ancora, una volta divulgata l’opinione all’esterno, non sia in grado di rispettare il criterio della sostanziale contestualità tra le dichiarazioni rese dentro e fuori dall’Aula<sup>65</sup>.

Ciò posto, non si vuole in alcun modo negare che un’equilibrata regolamentazione delle immunità degli organi politici, in applicazione del principio di proporzionalità, debba tendere a «garantire un saggio bilanciamento tra alcuni principi che caratterizzano lo Stato costituzionale di diritto: legalità, eguaglianza e responsabilità da un lato, autonomia, libertà degli organi costituzionali dall’altro»<sup>66</sup>. Tuttavia, ridurre l’applicabilità della prerogativa ai soli dati formali della sussistenza di un pregresso atto parlamentare, da un lato lede la stessa funzione parlamentare, disincentivando i parlamentari a esprimersi in piena libertà *extra moenia*, per il timore di essere perseguiti in sede giudiziaria; dall’altro, invece, fa passare l’errato principio secondo cui la funzione rappresentativa è circoscritta a tutto ciò che accade all’interno delle Camere<sup>67</sup>, senza considerare che essa si sviluppa invece soprattutto nell’attività di rappresentanza politica.

Nell’odierna società digitale, allora, appare opportuno individuare un nuovo bilanciamento, tenendo conto che il processo democratico e la funzione parlamentare si svolge riconoscendo uno spazio sempre più centrale al momento informativo, molto più che a quello deliberativo, con un ruolo privilegiato da riconoscere ai *social media*, a fronte della loro capacità di incidere nei processi di formazione dell’opinione pubblica<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> Si rinvia al commento di A. DANESI, *La Corte costituzionale e i conflitti in materia di insindacabilità parlamentare e consiliare ex art. 68, c. 1 e art. 122, c. 4, Cost.*, in [federalismi.it](#), n. 20 del 2011.

<sup>64</sup> Cfr. Giunta per le autorizzazioni, seduta del 31 gennaio 2023, p. 4.

<sup>65</sup> Al riguardo, con [sent. n. 221 del 2006](#) la Corte ha ritenuto troppo ampio lo spazio temporale di dieci giorni intercorrente tra la funzione esterna e la presentazione dell’atto di funzione, mentre ha ritenuto congruo l’intervallo di soli due giorni (a quest’ultimo riguardo, cfr. Corte cost., sentt. nn. [10 del 2000](#) e [276 del 2001](#)).

<sup>66</sup> M. VOLPI, *Le immunità della politica negli ordinamenti democratici*, cit., 380.

<sup>67</sup> Cfr. G. SCACCIA, *Spunti per una ridefinizione del “nesso funzionale”*, cit., 5.

<sup>68</sup> Cfr. G. PALOMBINO, *L’insindacabilità parlamentare al tempo della democrazia digitale*, cit., 235. Come ha osservato L. TRUCCO, *La “non nomina” di un ministro nell’epoca dei social*, in [laCostituzione.info](#), 2018, bisogna oramai prendere atto del subentro, «in luogo della cadenza lenta e silenziosa che caratterizzava la politica del secolo scorso, della cd. “real-time politics” dei *social network*, la quale, pure in un arco temporale piuttosto lungo, pare avere imposto le sue proprie nuove regole e strategie comunicative».



Giuseppina Barcellona

Vaccini e riserva di legge (brevi riflessioni a margine di [Corte cost. sent. n. 25 del 2023](#))\*

**Abstract:** *The Constitutional Court, in Judgment no. 25 of 2023, returns to the subject of compulsory vaccination. This short paper critically analyses the fundamental argumentative junctures of the decision, dwelling on the way in which the object and function of the reservation of the law provided for in Article 32, paragraph 2 of the Constitutional Constitution are thematised.*

SOMMARIO: 1. La *quaestio* e la declaratoria d'incostituzionalità. – 2. L'“esigenza costituzionale di determinazione” e la “lista dei vaccini”. – 3. Il contenuto essenziale della riserva di legge e la “delega di bilanciamento in concreto”.

### 1. La *quaestio* e la declaratoria d'incostituzionalità

Con la [sentenza n. 25 del 2023](#) il giudice costituzionale torna ad occuparsi di profilassi vaccinale obbligatoria e riserva di legge.

Oggetto della *quaestio legitimitatis* è, questa volta, l'art. 206-*bis* cod. ordinamento militare che, ad avviso del giudice rimettente, eluderebbe la riserva di legge statale rinforzata prevista all'art. 32, comma 2, Cost.

Delle tre diverse censure in cui si articola l'ordinanza di rimessione, si esaminerà, qui, solo la seconda, perché - con la Corte - si ritiene essa presenti «carattere logicamente prioritario, e dunque potenzialmente assorbente»<sup>1</sup>, e perché, soprattutto, su di essa si concentra l'intero ragionamento che conduce alla declaratoria di incostituzionalità.

Nella prospettiva del giudice *a quo*<sup>2</sup>, la norma *sub iudicio*, «nell'attribuire alla Sanità militare - e quindi ad un organo amministrativo e non già al legislatore - la possibilità di dichiarare indispensabili - e quindi obbligatorie - specifiche profilassi vaccinali per il personale militare», si porrebbe in contrasto con la riserva di legge prevista all'art. 32, comma 2 Cost. La disposizione costituzionale - si legge nell'ordinanza di rimessione - affiderebbe al Parlamento «le scelte in punto di individuazione delle singole tipologie di trattamenti sanitari obbligatori»<sup>3</sup>, con il fine di attribuirgli in via esclusiva il complesso e delicato compito di bilanciare l'interesse alla salute dell'intera collettività e il diritto individuale di rifiutare un trattamento sanitario. Ed è proprio questo il punto. Con l'art. 206-*bis* cod. ordinamento militare, il legislatore sarebbe venuto meno ad un tale compito ed alla responsabilità che ne consegue, perché avrebbe delegato l'uno e l'altra ad un organo amministrativo, l'autorità militare, divenuto così *dominus* del potere di “determinare” la profilassi vaccinale da imporre al personale arruolato.

Nel precisare il problema sotteso alla *quaestio legitimitatis*, la Corte muove dalla natura relativa della riserva prevista all'art. 32, comma 2, della Cost. e dagli oneri che essa pone in capo al legislatore: la legge non sarebbe tenuta a disporre una disciplina dettagliata dell'obbligo vaccinale, dal momento che «per taluni profili è consentito l'intervento di ulteriori atti normativi in funzione integrativa»<sup>4</sup>. Tuttavia - tiene ancora a precisare il giudice costituzionale - quest'apertura delle materie riservate alle fonti subordinate non potrebbe mai risolversi nella marginalizzazione della legge, non potrà mai condurre, cioè, al conferimento di una “delega in bianco” all'autorità amministrativa (e non solo), perché decida liberamente delle restrizioni da imporre alle libertà costituzionali<sup>5</sup>.



<sup>1</sup> [Corte cost., sent. n. 25 del 2023](#), punto 6 del diritto.

<sup>2</sup> Tribunale militare di Napoli, ordinanza 3 febbraio 2022.

<sup>3</sup> Tribunale militare di Napoli, ordinanza 3 febbraio 2022.

<sup>4</sup> [C. cost., sentenza n. 25 del 2023](#), punto 7.1 del diritto.

<sup>5</sup> [C. cost., sentenza n. 25 del 2023](#), punto 7.1 del diritto.

La soluzione del dubbio prospettato dal giudice rimettente passa, dunque, per la definizione del confine che separa lo spazio riservato al legislatore democratico da quello che, invece, può essere occupato anche dal potere esecutivo (nella forma di potere regolamentare e amministrativo). Ed è un confine – quello che la Corte si accinge a tracciare – la cui individuazione non può che procedere dall’esegesi dell’art. 32, comma 2 della Costituzione, e più esattamente dall’interpretazione della formula “determinato trattamento sanitario” che vi viene utilizzata per delimitare l’ambito assegnato alla competenza esclusiva della legge.

Questa locuzione – si chiarisce nella parte motiva della sentenza – testimonierebbe indubbiamente la volontà di circoscrivere “con particolare intensità” la discrezionalità del potere esecutivo, escludendo che ad esso sia delegabile la specificazione del trattamento sanitario, che è, infatti, indicata come «contenuto normativo essenziale della riserva»<sup>6</sup>. Quest’iniziale asserzione, tuttavia, non consentirebbe ancora di rispondere alla *quaestio* sollevata dal giudice rimettente; a tal fine – spiega la Corte – si rende necessario chiarire il «grado di precisione»<sup>7</sup>, o meglio di “determinatezza”, cui il legislatore sarebbe obbligato in forza della riserva prevista all’art. 32, comma 2, Cost.: è, in altri termini, sufficiente un generico riferimento alla “tipologia” del trattamento sanitario, così come previsto all’art. 206-*bis* cod. ordinamento militare, o è, invece, necessario che la legge individui anche lo “specifico vaccino esigibile”<sup>8</sup>?

Nel tracciare i confini del *dominium* rimesso al legislatore, la Corte sembra muovere dall’esistenza di un nesso inscindibile fra “bilanciamento” degli interessi in conflitto e “determinatezza” del trattamento sanitario: «è anzitutto attraverso l’indicazione [...] dello specifico vaccino, a realizzarsi, ad opera del legislatore, il bilanciamento, presupposto dall’art. 32, secondo comma, Cost., tra libera determinazione individuale e tutela della salute collettiva»<sup>9</sup>. Di modo che – si conclude<sup>10</sup> - «la previsione di un obbligo di profilassi vaccinale che non specifichi per quale scopo (ovvero per prevenire l’infezione da quale malattia) la somministrazione è pretesa non può che rendere “indeterminato” il trattamento sanitario imposto».

Ora, proprio un tale “contenuto normativo essenziale” sarebbe assente nell’art. 206-*bis* del codice dell’ordinamento militare, dal momento che questa disposizione non predetermina le profilassi vaccinali che possono essere imposte al personale militare, ma delega questo fondamentale compito all’autorità amministrativa competente; né – si prosegue – una tale “indeterminatezza” potrebbe trovare ragione nelle istanze di flessibilità sottese all’ordinamento militare, sicché «in un simile contesto – argomenta, ancora, la Corte<sup>11</sup> – l’esigenza costituzionale di “determinazione” del trattamento deve essere soddisfatta dalla fonte primaria, quanto meno nella forma dell’elenco dei vaccini cui il militare può essere obbligatoriamente sottoposto».

Questo, dunque, il ragionamento che conduce all’illegittimità dell’art. 206-*bis* cod. ordinamento militare «nella parte in cui autorizza la sanità militare a imporre al personale militare la somministrazione di specifiche profilassi vaccinali, senza che esse siano previamente individuate in via legislativa»<sup>12</sup>, individuandosi nella lista dei vaccini il *discrimen* fra violazione e soddisfacimento della riserva di legge, e che, per ciò stesso, attribuisce ad un tale elenco la *vis* di ridurre gli spazi rimessi alla discrezionalità dell’autorità amministrativa.

<sup>6</sup> [C. cost., sentenza n. 25 del 2023](#), punto 7.2 del diritto.

<sup>7</sup> [C. cost., sentenza n. 25 del 2023](#), punto 7.2 del diritto.

<sup>8</sup> Come, peraltro, accadeva con l’art. 132 del r.d. 17 novembre 1932, n. 2544 (Regolamento sul servizio sanitario militare territoriale) che individuava “nominalmente” alcune profilassi, «di regola praticate», oltre a quelle «che potessero eventualmente ed in casi speciali essere ordinate».

<sup>9</sup> [C. cost., sentenza n. 25 del 2023](#), punto 7.3 del diritto.

<sup>10</sup> [C. cost., sentenza n. 25 del 2023](#), punto 7.2 del diritto.

<sup>11</sup> [C. cost., sentenza n. 25 del 2023](#), punto 8 del diritto.

<sup>12</sup> [C. cost., sentenza n. 25 del 2023](#), punto 8 del diritto.

## 2. L'“esigenza costituzionale di determinazione” e la “lista dei vaccini”

Delle conclusioni cui perviene il giudice costituzionale e più precisamente delle “virtù taumaturgiche” riconosciute all’elenco dei vaccini può, peraltro, dubitarsi.

La declaratoria d’incostituzionalità che colpisce l’art. 206-*bis* cod. ordinamento militare, infatti, sembrare originarsi da un equivoco, che attiene al contenuto essenziale della riserva prevista all’art. 32, comma 2, Cost., e più precisamente all’oggetto della decisione rimessa all’esclusiva competenza del legislatore democratico.

Nella prospettiva della Corte, “l’esigenza costituzionale della determinazione” sarebbe soddisfatta solo quando il *nomen* del trattamento sanitario imposto fosse individuato dalla fonte primaria; diversamente una tale esigenza verrebbe elusa, conferendo all’autorità amministrativa il potere di invadere ambiti dai quali la Costituzione aveva, invece, voluto estrometterla.

Ciò che il giudice costituzionale non sembra adeguatamente considerare, però, è che la “specificazione” del vaccino, in sé, non può mai essere l’oggetto di una scelta discrezionale della politica: non lo è quando – come in questo caso – l’indicazione della profilassi esigibile, e dunque la sua determinazione, sia affidata all’autorità amministrativa competente, e – si badi – neanche può esserlo quando essa sia integralmente contenuta in una disposizione di legge. La “determinazione” del trattamento sanitario, infatti, costituisce sempre il portato di fattori che, per definizione, si sottraggono a valutazioni di carattere politico: sono l’“agente virale” ed i “dati epidemiologici” ad indicare il farmaco in grado di frenare il contagio; gli uni e gli altri – come la Corte ha avuto modo di chiarire in più occasioni<sup>13</sup> - rappresentano “fatti” il cui apprezzamento ricade nel dominio della scienza, e che, per ciò stesso, costituiscono l’imprescindibile presupposto di ogni strategia normativa<sup>14</sup>.

Ma se è così, non si comprende come la “lista dei vaccini” possa sortire gli effetti auspicati dal giudice costituzionale, riducendo l’ampiezza della delega conferita all’autorità amministrativa. Ed infatti, delle due l’una: o si assume che il legislatore, nel predisporre un tale elenco, possa escludere parte dei vaccini regolarmente autorizzati ed immessi in commercio, sostituendo, così, arbitrariamente, il proprio giudizio alle valutazioni della scienza; oppure, si dovrà ritenere che tali elenchi debbano recepire i *nomina* di tutte le profilassi certificate dalle competenti autorità regolatorie; ed allora si dovrà riconoscere che questa enumerazione (gli elenchi, cioè,) nulla aggiungerebbe ai limiti che già definiscono il potere conferito dall’art. 206-*bis* cod. ordinamento militare all’autorità sanitaria. Con in più un inconveniente: che la “lista”, così richiesta dalla Corte, renderebbe il sistema giuridico insensibile agli *input* provenienti dalla scienza, con l’inevitabile effetto di rendere impossibile l’utilizzo di vaccini che, sebbene dichiarati “sicuri ed efficaci”<sup>15</sup>, non siano ancora stati recepiti dalla fonte primaria.

<sup>13</sup> Sono numerose le pronunce del giudice costituzionale tese a definire i rapporti fra scienza e discrezionalità del legislatore; fra tutte, però, è sembrata particolarmente rilevante la [sentenza n. 282 del 2002](#), ove si legge: «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l’elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati».

<sup>14</sup> Sul ruolo del “fatto” nella costruzione della disciplina legislativa e nel giudizio costituzionale si veda R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 313 ss.

<sup>15</sup> È, qui, opportuno fare una precisazione in merito al significato della disposizione recata al punto 5.2 del d. interm. del 16 maggio 2018, che, in condizioni di emergenza sanitaria, autorizza la somministrazione di “presidi profilattici non registrati ma di provata sicurezza ed efficacia”; e che, ad avviso del giudice rimettente, renderebbe lecito l’impiego di “vaccini ancora in fase sperimentale” anche a discapito del limite del “rispetto della persona umana” contenuto all’art. 32 Cost. La formula di “provata sicurezza ed efficacia” va, qui, necessariamente assunta nel suo significato giuridico e non naturalistico, e ciò significa che saranno considerati tali solo le profilassi vaccinali, che siano state oggetto dei controlli previsti dal sistema giuridico ed il cui utilizzo sia stato autorizzato dalle competenti autorità regolatorie. Non solo. La preoccupazione del giudice rimettente non sembra trovare fondamento nemmeno quando il farmaco sia oggetto di un’autorizzazione condizionata all’immissione in commercio: anche in questo caso la sicurezza ed efficacia del vaccino

Queste riflessioni portano ad escludere che la “predeterminazione” delle profilassi esigibili possa rimediare al “vizio” che si è attribuito all’art. 206-*bis* e, allo stesso tempo, mostrano anche il “salto logico” che ha portato la Corte ad identificare “l’esigenza costituzionale di determinazione” con il *nomen* del vaccino. Il “salto” appare evidente quando si leggano le parti della sentenza dedicate alle valutazioni che dovrebbero precedere l’eventuale introduzione di un obbligo vaccinale: «la discrezionalità legislativa nell’imposizione degli obblighi vaccinali – vi si chiarisce<sup>16</sup> - deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte, e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che devono guidare il legislatore nell’esercizio delle sue scelte discrezionali». Quest’affermazione e la corretta rappresentazione dei rapporti fra scienza e diritto che vi è implicita appaiono, però, contraddette da un altro fondamentale passaggio argomentativo della decisione in commento: «è anzitutto attraverso l’indicazione [...] dello specifico vaccino, a realizzarsi, ad opera del legislatore, il bilanciamento, presupposto dall’art. 32, secondo comma, Cost., tra libera determinazione individuale e tutela della salute collettiva»<sup>17</sup>. Ed è, forse, proprio questo il passaggio in cui rimane imbrigliato il ragionamento della Corte: nel leggerlo, infatti, si potrebbe essere indotti a ritenere che il contenuto essenziale della riserva di legge si risolva nella “indicazione dello specifico vaccino”. Da qui, la *ratio* della soluzione prospettata dal giudice costituzionale ed il ruolo che, al suo interno, vi svolge l’enumerazione delle profilassi virtualmente esigibili.

Il problema è, però, che questa conclusione, oltre a presentare gli inconvenienti cui si è accennato, contraddice l’ormai consolidata giurisprudenza della Corte in materia di rapporti fra scienza e diritto, una giurisprudenza alla quale è fatto riferimento nella decisione, ma il cui significato più profondo parrebbe, invece, a rischio di travisamento.

### 3. Il contenuto essenziale della riserva di legge e la “delega di bilanciamento in concreto”<sup>18</sup>

Ed è un travisamento, questo, che probabilmente si può ascrivere ad un perfetibile approfondimento dei termini e dell’oggetto della riserva di legge, nonostante indicazioni utili ad una tale “messa a fuoco” siano presenti in tutta la giurisprudenza costituzionale in materia di obbligo vaccinale.

Nella sentenza [n. 5 del 2018](#), ad es., il “contenuto essenziale” della riserva di legge viene, così, efficacemente rappresentato: «l’art. 32 Cost. postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l’interesse della collettività. [...] Il contemperamento di questi molteplici principi – si prosegue ancora - lascia spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive».

Ciò che in questa sentenza – così come in altre successive<sup>19</sup> - si viene delineando è l’esistenza di un nesso fra oggetto della riserva di legge e decisione del legislatore in ordine al bilanciamento: innanzi al conflitto la cui topografia è, almeno in parte, già tracciata nella norma costituzionale, il legislatore è chiamato a definire il criterio compositivo, ad indicare, cioè, la misura del sacrificio che è possibile imporre a ciascuno degli interessi antagonisti. Ma se è così, è proprio questo “contemperamento” fra salute collettiva ed autodeterminazione individuale, e dunque la decisione in

---

non sarebbero semplicemente attestati dalla comunità scientifica, non sarebbero, cioè, “meri fatti scientifici”, ma il frutto di certificazioni delle competenti autorità regolatorie, che mirano a garantire il rispetto degli standard di sicurezza fissati da norme regolamentari europee.

<sup>16</sup> C. cost., sentenza n. 25 del 2023, punto 7.3 del diritto

<sup>17</sup> C. cost., sentenza n. 25 del 2023, punto 7.3 del diritto.

<sup>18</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992,

120 ss.

<sup>19</sup> Si ricordano le sentenze della Corte costituzionale [n. 15](#) e [n. 14 del 2023](#).

ordine al “se” introdurre un obbligo vaccinale (e le sue eventuali modulazioni), a definire il *dominium* esclusivo della legge, lo spazio che la fonte primaria deve necessariamente occupare per non incorrere nella violazione dell’art. 32 Cost.

In questa prospettiva, “l’esigenza costituzionale di determinazione” non implica – come, invece, si è ritenuto – la specificazione della profilassi vaccinale, ma allude, piuttosto, alla necessità che questo bilanciamento sia realizzato «alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche»<sup>20</sup>: la compressione del diritto individuale di rifiutare un trattamento sanitario non può essere disposta in astratto, ma solo dopo aver attentamente considerato «il livello di gravità della specifica patologia e la sua capacità di diffondersi»<sup>21</sup>.

È, allora, da questa comprensione del “confine” che delimita lo spazio riservato alla legge che avrebbe dovuto muovere il giudizio sulla legittimità dell’art. 206-*bis* cod. ordinamento militare: la Corte, in altri termini, avrebbe dovuto domandarsi se il legislatore era venuto meno all’obbligo di bilanciare i diritti costituzionali che componevano la topografia del conflitto, lasciando una tale decisione al libero apprezzamento dell’autorità amministrativa.

Per rispondere a quest’interrogativo e valutare l’ampiezza della delega conferita alla sanità militare occorre, però, tornare al testo della disposizione *sub iudicio* ed esaminarne con attenzione la lettera.

Quest’ultima, in realtà, sembra suggerire che il potere dell’autorità amministrativa sia stato sufficientemente circoscritto dalla fonte primaria: la compressione del diritto individuale di rifiutare un trattamento sanitario – recita l’art. 206-*bis* cod. ordinamento militare – potrà essere legittimamente disposta solo quando si riveli «indispensabile» al «fine di garantire la salute dei singoli e della collettività». Non solo. L’“indispensabilità” dell’obbligo vaccinale – si legge sempre al comma 1 dell’art. 206-*bis* cod. ordinamento militare – non dovrà essere valutata in astratto, ma muovendo dalla considerazione di una serie di “variabili concrete”<sup>22</sup>: i «molteplici scenari operativi [...] connotati, ciascuno, da un proprio, e peraltro variabile, rischio epidemiologico, da valutarsi anche alla stregua delle concrete modalità di svolgimento e durata della missione»<sup>23</sup>.

Dunque, se è vero che all’autorità sanitaria è attribuito il compito di specificare le profilassi da imporre al personale militare, è anche vero, però, che il bilanciamento degli interessi antagonisti appare integralmente definito nella fonte primaria. Il criterio normativo della “indispensabilità” sembra, infatti, indicare che la compressione dell’autodeterminazione individuale deve rappresentare l’*extrema ratio*, il solo modo di raggiungere l’obiettivo definito dalla legge. Ed è un principio solutivo, questo, che va commisurato «alle particolari e individuate condizioni operative e di servizio», la cui applicazione, quindi, richiede un *surplus* di cognizione: dati che solo chi opera a ridosso della situazione concreta è nella condizione di acquisire.

Questo che si è provato a descrivere è un dispositivo cui il sistema giuridico ricorre nei casi in cui la «non raggiungibile varietà del concreto»<sup>24</sup> non può essere racchiusa entro lo schema astratto della fattispecie. Un tale meccanismo<sup>25</sup> si compone di una “regola sulla competenza” e di un “criterio deontico”: di una “delega” in favore del soggetto che, più di ogni altro, può garantire l’accesso a quelle ulteriori informazioni utili ad integrare la “topografia del conflitto”<sup>26</sup>; e di un principio

<sup>20</sup> C. cost., sentenza n. 25 del 2023, punto 7.3 del diritto.

<sup>21</sup> C. cost., sentenza n. 25 del 2023, punto 7.3 del diritto.

<sup>22</sup> Sono le coordinate della singola missione che il legislatore non è in grado di acquisire e la cui considerazione è, invece, condizione della ragionevolezza stessa dell’obbligo vaccinale. Come, infatti, spiega la Corte nella sentenza in commento: «sono proprio il livello di gravità della specifica patologia e la sua capacità di diffondersi, insieme al grado di sicurezza della relativa profilassi vaccinale, a costituire gli essenziali elementi che entrano a far parte del giudizio di questa Corte»; e che consentono «di valutare la non irragionevolezza e la non sproporzionalità dell’introduzione dell’obbligo e delle specifiche conseguenze che il legislatore abbia voluto accostare alla sua violazione».

<sup>23</sup> C. cost., n. 25 del 2023, punto 8 del diritto

<sup>24</sup> C. cost., sentenza n. 644 del 1988.

<sup>25</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 89 ss., li definisce «meccanismi flessibili, tali da consentire un bilanciamento da compiersi di volta in volta, caso per caso»

<sup>26</sup> Il riferimento è a R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 62 ss.

normativo che definisce la misura del bilanciamento, che indica, cioè, l'entità del sacrificio che è possibile imporre agli interessi che si contendono la protezione del diritto.

Ciò che qui preme sottolineare, però, è che questa “delega di bilanciamento in concreto” non implica – come, forse, ha ritenuto la Corte – una qualche inadempienza del legislatore, il suo venir meno agli oneri che dalla riserva prevista all'art. 32 comma 2 Cost. discendono; l'autorità sanitaria militare non è libera di introdurre un obbligo vaccinale e quindi di comprimere la protezione garantita al diritto di rifiutare un trattamento sanitario; essa rimane vincolata al criterio normativo definito dalla fonte primaria, a quella “indispensabilità” che non può essere valutata in astratto, ma che richiede si considerino le coordinate che connotano la singola missione.

L'erronea rappresentazione della “esigenza costituzionale di determinazione” e la sua identificazione con il *nomen* della malattia e della relativa profilassi, alla fine, sembrano portare la Corte su posizioni teoriche distanti da quelle che, sino a questo momento, aveva coltivato: la soluzione prospettata dal giudice costituzionale, la lista dei vaccini, si segnala perché sottende – almeno nei fatti - una nuova e diversa comprensione del rapporto fra scienza e diritto; e lo stesso può dirsi in merito alla tematizzazione del contenuto essenziale della riserva di legge, che, qui, cessa di essere identificato con la misura del bilanciamento, per essere, invece, integralmente risolto nella specificazione del trattamento sanitario esigibile.

Antonio Ruggeri

**La Costituzione sotto *stress* e la *piramide rovesciata*, ovvero sia le più vistose torsioni a carico della separazione dei poteri e del sistema degli atti espressivi di pubbliche funzioni (note minime su una spinosa questione)\***

**ABSTRACT:** *The paper underscores the significant distortions in the institutional model that have given rise to a potentially irreversible crisis in the principle of separation of powers. Specifically, we examine whether structural shortcomings in political representation can be addressed through expanded uses of jurisdiction. Contrary to popular belief, it's emphasized that the real normative strength of acts seems to increase as one descends the hierarchical ladder that defines the system. This is evidenced by the prominence of the role played by circulars in administrative practice. Lastly, we explore potential remedies for this situation, at least in part.*

SOMMARIO: 1. Lo scarto tra modello costituzionale ed esperienza e i modi per tentarne il ravvicinamento, operando ora sul versante delle regole ed ora su quello delle regolarità, e la problematica ricucitura tra di esse a motivo della crisi profonda, forse per vero irreversibile, in cui versa il principio della separazione dei poteri. – 2. Le più vistose torsioni del figurino costituzionale, specie con riguardo alla tipizzazione dei ruoli degli operatori istituzionali. – 3. Luci ed ombre della giurisdizione e lo spinoso interrogativo se possa porsi rimedio a strutturali carenze della rappresentanza politica (e, perciò, della legislazione) a mezzo di utilizzi forzati del *munus* riservato ai giudici (esemplificazioni tratte dall'esperienza, con specifico riguardo alla manipolazione dei testi per via d'interpretazione). – 4. La *piramide rovesciata*: le testimonianze che se ne hanno al piano della legislazione e delle pratiche di amministrazione, da cui si ha conferma che la forza normativa, sostanzialmente intesa, innaturalmente cresce man mano che si scende lungo la scala gerarchica in cui si articola il sistema (l'esempio, particolarmente vistoso, del ruolo giocato dalle circolari, per ciò che attiene allo svolgimento delle pratiche suddette ed ai rapporti tra amministrazione e cittadini).

*1. Lo scarto tra modello costituzionale ed esperienza e i modi per tentarne il ravvicinamento, operando ora sul versante delle regole ed ora su quello delle regolarità, e la problematica ricucitura tra di esse a motivo della crisi profonda, forse per vero irreversibile, in cui versa il principio della separazione dei poteri*

Ciò che ha rappresentato (e rappresenta) il principio della separazione dei poteri per l'intera vicenda dello Stato costituzionale è risaputo da tutti e non richiede, pertanto, di essere qui ulteriormente rimarcato<sup>1</sup>. Non a caso, d'altronde, ancora oggi è fatto di frequente richiamo alla lapidaria definizione di Costituzione che si trova mirabilmente scolpita nel famosissimo art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789: a conferma, appunto, del fatto che senza il principio in parola non può esservi né Costituzione né salvaguardia dei diritti fondamentali, l'altro elemento componente la coppia che dà l'essenza di un ordinamento di stampo liberale.

Eppure, in disparte la circostanza per cui il principio in parola è stato (ed è) adottato, da noi come altrove, con temperamenti ora più ed ora meno rilevanti, senza riuscire dunque ad affermarsi compiutamente nella sua originaria e densa accezione, è un dato di comune evidenza quello per cui il principio stesso versa ormai da tempo (ma soprattutto in quello a noi più vicino) in una

---

\* 

<sup>1</sup> Riferimenti ed indicazioni negli studi di G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano I (1979) e II (1984); *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV (1985), 670 sss., e, ora, *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, ivi, *I tematici*, V (2023), 1122 ss.; v., inoltre e di recente, M. BARBERIS, *Tre separazioni dei poteri: vecchia, nuova e nuovissima*, in *Lo Stato*, 19/2022, 11 ss.; C. PINELLI, *Separation of powers. Past, present and future*, in *Diritti Comparati*, 1/2023, 310 ss.; G. D'AMICO - D. TEGA, *La Costituzione italiana e la separazione dei poteri: le scelte dell'Assemblea Costituente tra modelli storici e contesto politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2023, 89 ss. Infine, R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in questa *Rivista*, 2023/III, 812 ss.

condizione di grave sofferenza, al punto che – per seguire nella metafora che evoca la condizione dei malati – non è certo che possa riprendersi e, anzi, più segni parrebbero piuttosto far pensare che la sua fine sia ormai imminente. Per il caso, poi, che questa sciagurata previsione dovesse avverarsi, sarebbe giocoforza chiedersi se ugualmente lo Stato costituzionale possa sopravvivere – ciò che parrebbe in tesi confutato dalla formula suddetta – e, se sì, quali ne possano essere i nuovi tratti identificanti.

A riguardo di quest'ultimo, inquietante quesito nulla ora dirò, non disponendo della classica palla di vetro né riconoscendo a me stesso la dote della preveggenza. Mi limito, dunque, solo a fermare l'attenzione, con la rapidità imposta a questa succinta riflessione, unicamente sugli elementi che avvalorano la previsione in parola, mettendo preliminarmente subito in chiaro quello che, a mia opinione, è il *punctum dolens* della questione ora discussa, vale a dire che, giusta in premessa la tesi secondo cui anche il nostro è (e vuole restare) uno Stato costituzionale, i fattori di torsione dei tratti maggiormente salienti della organizzazione che si richiamano al principio in parola colpiscono, per ciò stesso, al cuore la Costituzione e ne testimoniano perciò l'incapacità di farsi effettivamente valere, di dare cioè tangibile riprova della forza normativa che le è astrattamente riconosciuta.

Lo scarto tra Costituzione vivente e Costituzione formale è – come si sa – un fatto fisiologico in ogni ordinamento; e si tratta quindi di stabilire quali siano i “luoghi” della geografia costituzionale che ne sono maggiormente interessati, quali le cause, quali ancora gli effetti. Tuttavia, laddove lo scostamento delle più salienti tendenze registratesi nell'esperienza dovesse riguardare le stesse basi portanti dell'impianto costituzionale, fondato sarebbe il timore che si sia ormai consumato o che vada consumandosi un “salto” ordinamentale, nel segno dunque della discontinuità costituzionale<sup>2</sup>. Si dà, d'altronde, a mia opinione un indice eloquente di quanto si viene ora dicendo, utile al fine di stabilire se la distanza tra l'una e l'altra Costituzione sia, o no, colmabile o, quanto meno, significativamente riducibile, operando ora sull'una ed ora sull'altra. Nell'un caso, si tratta dunque

---

<sup>2</sup> Un'avvertita dottrina ha da tempo rilevato essersi ormai “esaurita” la nozione di potere costituente (indicazioni in M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Editori Riuniti, Roma 1991, 8 s. e *passim*, e, dello stesso, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., spec. 136 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale*, in AA.VV., *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?* a cura di E. Rippepe e R. Romboli, Giappichelli, Torino 1995, 29; M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1/1995, 7 ss. e, più di recente, in prospettiva comparata, M. CALAMO SPECCHIA, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia “militante” all'autodifesa costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2021, 91 ss., spec. 109 ss.). Ho, però, al riguardo segnalato altrove il rischio che in tal modo si corre di confondere pur apprezzabili desideri con la cruda oggettività di una realtà che avvalora la sussistenza dei fatti costituenti, pur laddove parrebbe esserne assai improbabile l'accadimento. Si impone, dunque, di non abbassare mai la guardia e preservare la necessaria, attenta vigilanza affinché non si affermino anche da noi fattori di involuzione autoritaria dell'ordinamento, assistendosi pertanto – come ora da molti si dice – alla innaturale conversione della democrazia in una “democrazia”, come si ha in alcuni Paesi appartenenti all'Unione europea [su ciò, *ex plurimis*, AA.VV., *Crisi dello Stato costituzionale e involuzione dei processi democratici*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; G. D'IGNAZIO, *Le democrazie illiberali in prospettiva comparata: verso una nuova forma di Stato? Alcune considerazioni introduttive*, in [DPCE Online](#), 3/2020, 3563 ss.; nella stessa [Rivista](#), A. SPADARO, *Dalla “democrazia costituzionale” alla “democrazia illiberale” (populismo sovranista), fino alla... “democrazia”*, 3875 ss. V., inoltre, G. GUERRA, *Tendenze autoritarie nell'Europa (neo)liberale. Governance economica, opposizione politica e populismo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2021, 521 ss.; R. CALVANO, *Legalità UE e Stato di diritto, una questione per tempi difficili*, in [Rivista AIC](#), 4/2022, 7 dicembre 2022, 166 ss.; A. DI GREGORIO, *La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo semantico dei termini “democrazia” e “costituzionalismo”*, in *Scritti in onore di F. Lanchester*, I, a cura di G. Caravale - S. Ceccanti - L. Frosina - P. Piciacchia - A. Zei, Jovene, Napoli 2022, 489 ss., e, della stessa, *La crisi dello Stato di diritto come occasione di perfezionamento del perimetro costituzionale europeo?* in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 1/2022, 121 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Tutela dei valori e democrazie illiberali nell'UE: lo strabismo di una narrazione “costituzionalizzante”*, in [Costituzionalismo.it](#), 2/2022, 4 agosto 2022, 1 ss.; T. GROPPI, *Dal costituzionalismo globale ai nuovi autoritarismi. Sfide per il diritto comparato*, in [Osservatorio costituzionale](#), 4/2022, 7 novembre 2022, 65 ss.; AA.VV., *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?* a cura di G. Azzariti, Editoriale Scientifica, Napoli 2022; L. FERRAJOLI, *Il futuro del costituzionalismo*, in [Costituzionalismo.it](#), 2/2022, 23 settembre 2022, 182 ss.].



di adeguare pratiche politico-istituzionali e sociali in genere al modello disegnato nella Carta, dare cioè loro modo di tornare ad ispirarsi a quest'ultimo e, nei limiti consentiti dalle condizioni complessive di contesto, offrirgli l'opportunità di recuperare almeno in parte il senso e la forza originariamente posseduti. Nell'altro caso, si tratta di mettere in moto le procedure prescritte per le modifiche della Carta, adeguandone pertanto i contenuti alle indicazioni venute dall'esperienza.

È poi risaputo che una nutrita schiera di studiosi da tempo caldeggia sia l'una che l'altra cosa; e – per ciò che vale – anch'io mi sono ripetutamente dichiarato in tal senso, nella convinzione che regole e regolarità della politica abbiano da darsi mutuo sostegno ed alimento e che solo operando su entrambi i fronti si possa a buon titolo coltivare il sano proposito di rimediare, almeno in parte, ai maggiori guasti del sistema politico-istituzionale.

È importante, ad ogni buon conto, avere ben chiaro che il ravvicinamento tra modello ed esperienza può aversi alla sola condizione che non ne siano appunto riguardati i connotati di fondo dell'ordinamento. Il punto è, però, che la separazione dei poteri – come si è rammentato – è uno di questi. Non si fa, dunque, questione di aggiustamenti di corto respiro, circoscritti unicamente ad alcune delle maglie ormai sfilacciate del tessuto costituzionale, così come opportunamente segnalato dalla più avveduta dottrina in relazione agli oggetti delle future innovazioni costituzionali il cui raggio non dovrebbe pertanto abbracciare l'intera parte relativa alla organizzazione. Tesi, questa, ispirata a giusta cautela, anche alla luce degli sfortunati esiti avuti dai tentativi a più ondate messi in atto di riscrivere nella sua interezza la parte in parola. Giova, poi, rammentare che, secondo un'altra opinione più volte manifestata, la stessa parte sostantiva non dovrebbe restare immune da modifiche, pur sempre circoscritte e tuttavia non prive di sostanziale rilievo (ad es., per ciò che attiene all'aggiornamento del catalogo dei diritti fondamentali, dando in particolare voce a quelli maggiormente riguardati dallo sviluppo scientifico e tecnologico<sup>3</sup>). D'altronde, come si sa, alcune novità si sono già registrate (segnatamente, agli artt. 26, 27, 41, 48 e 51), senza che gli atti che vi hanno fatto luogo siano stati oggetto di contestazione davanti alla Consulta. Alcuni mirati interventi possono persino indirizzarsi verso i principi fondamentali dell'ordinamento, così come peraltro si è già fatto per quello di cui all'art. 9<sup>4</sup>, ancora una volta senza che il giudice delle leggi ne abbia – perlomeno ad oggi – rilevato la invalidità. Senza entrare ora nel merito di quest'ultima innovazione, attorno alla quale si è avuto un animato confronto tra gli studiosi, in via generale è da ritenere che anche i principi in parola possano andare, come vanno, incontro a modifiche, sempre che – come si è tentato di mostrare altrove<sup>5</sup> – a finalità espansiva, sì da dotare gli enunciati che li esprimono di ancora maggiore ampiezza di raggio e, soprattutto, capacità di incisione sull'esperienza, orientandone le più salienti espressioni verso i valori fondamentali nel loro fare “sistema”.

Il punto è, però, verificare se si diano le condizioni oggettive perché gli aggiornamenti della Carta possano farsi a modo, portando ad un arricchimento del patrimonio assiologico di cui la stessa è dotata. E, invero, il timore è che, laddove dovesse prendersi atto della crisi irreversibile da cui è afflitta la separazione dei poteri, specie in alcune tra le sue più qualificanti espressioni, nessuna novità, a partire proprio da quelle ritenute di maggior pregio, potrebbe sortire lo scopo che ne giustifica l'esistenza, dal momento che, distendendosi il principio in parola sull'intero impianto costituzionale, il processo riformatore dovrebbe riguardare quest'ultimo *ab ovo* e, praticamente, in ogni sua parte. Ed è chiaro che allora si proporrebbe in modo impellente il quesito, cui si è sopra fatto cenno, se il presente sia ancora nel segno della continuità costituzionale ovvero s'inscriva

---

<sup>3</sup> Di questa idea mi sono dichiarato più volte (ad es., in *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, in *Rendiconti degli anni 2007-2008* dell'Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna, Classe di Scienze Morali, Bononia University Press, Bologna 2009, 215 ss.).

<sup>4</sup> Altri enunciati ancora (ad es., quelli di cui agli artt. 26 e 27, sopra cit.) potrebbero, però, essere allo scopo richiamati qualora si adottasse un criterio non formale-documentale ma assiologico-sostanziale al fine del riconoscimento dei principi fondamentali.

<sup>5</sup> ... nel mio [I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva](#), in questa [Rivista](#), 2022/II, 473 ss.

all'interno di un quadro, seppur ad oggi incompiutamente delineato, che si apre a scenari radicalmente nuovi, imprevedibili e – per ciò che se ne può qui dire a prima impressione – inquietanti.

## 2. Le più vistose torsioni del figurino costituzionale, specie con riguardo alla tipizzazione dei ruoli degli operatori istituzionali

Piaccia o no, occorre prendere atto che il principio della separazione dei poteri, con la conformazione complessiva delle pubbliche funzioni che ad esso indissolubilmente si lega e ne dà la organica rappresentazione, si connota per una strutturale debolezza che lo rende particolarmente vulnerabile ed esposto a torsioni ora più ed ora meno rilevanti e vistose. Queste ultime, ad ogni buon conto, risultano di una tale consistenza da essersi ormai portate ben oltre la fisiologica capacità di resistenza alle novità di cui il dettato costituzionale appare essere dotato, una capacità per vero assai blanda a motivo della elasticità che gli è propria e di cui dà inequivoca testimonianza l'aggiornamento semantico ininterrotto cui lo stesso va soggetto sotto la spinta delle più pressanti e vigorose esigenze<sup>6</sup>. È poi pur vero che la “misura” – se così può dirsi – di siffatta proprietà varia da un enunciato all'altro, pur all'interno della medesima parte della Carta in cui essi s'inscrivono, come pure in ragione delle congiunture, degli interessi in gioco e di altro ancora. Di tutto ciò non può ora dirsi oltre il cenno appena fattovi e deve, pertanto, rimandarsi a luoghi di riflessione scientifica ad esso specificamente dedicati. Occorre, nondimeno, averne piena avvertenza e non trascurarne le pratiche conseguenze prima di passare a descrivere le più salienti torsioni alle quali la separazione dei poteri è andata soggetta. Della debolezza in parola si dà, ad ogni buon conto, un indice sicuro che la avvalora e descrive, e che si coglie con esemplare evidenza nella più raffinata rappresentazione teorica data del modo di essere e d'inverarsi nell'esperienza delle pubbliche funzioni per effetto del loro esercizio. Si pensi, in particolare, alla magistrale ricostruzione teorica di H. Kelsen che – come si sa – qualificava ogni atto idoneo a specificare-attuare altri atti dotati di maggiore ampiezza di dettato e, allo stesso tempo, ad essere ulteriormente svolto da atti inferiori, fino a pervenire a quelli di mera esecuzione di un precetto dato.

In questo scenario teorico cui è estranea la qualificazione di alcuni atti come propriamente ed esclusivamente normativi, tutti in realtà essendo provvisti di siffatto attributo qualificante, ogni atto

---

<sup>6</sup> Si spiegano in questa luce le c.d. modifiche tacite della Costituzione, *ab antiquo* – come si sa – fatte oggetto di analisi da parte della più raffinata dottrina e tornate, ancora di recente, a costituire oggetto, specie nelle loro più salienti espressioni, di monitoraggio da parte degli studiosi più attenti [indicazioni in A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir., Ann.*, VIII (2016), 263 ss.; S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in *Rivista AIC*, 1/2019, 23 marzo 2019, 335 ss.; M.P. IADICICCO, *Dinamiche costituzionali. Spunti di riflessione sull'esperienza italiana*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2019, 20 gennaio 2020, e, della stessa, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, 231 ss.; pure ivi, se si vuole, può vedersi il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, 415 ss.; ulteriori indicazioni possono poi aversi dal mio *Rapporti interordinamentali e modifiche tacite apportate dalla Corte costituzionale italiana ai disposti che li riguardano e, a un tempo, al quadro delle sue competenze*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 5/2020, 15 dicembre 2020, 1031 ss.; AA.VV., *Mutamenti costituzionali*, a cura di A. Mangia - R. Bin, in *Dir. cost.*, 1/2020; Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021 e, della stessa, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2021, 21 maggio 2021, 40 ss. Con specifico riguardo al procedimento legislativo, v. M. MANETTI, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, 3/2021, 531 ss., e M. MICHETTI, *Procedimento legislativo e decisione politica. Itinerari Regole Prassi*, Giappichelli, Torino 2023. Infine, A. MANGIA, *Mutamento costituzionale e dogmatica giuridica*, in *Lo Stato*, 19/2022, 61 ss.; V. BALDINI, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Cacucci, Bari 2023, e, per ciò che attiene alla dimensione sovranazionale, F. SAVASTANO, *Trasformazioni costituzionali nell'allargamento dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino 2023].

della scala gerarchica in cui tutti si dispongono è, ora più ed ora meno, “creativo”; e questa loro comune natura oppone un ostacolo, a conti fatti, insormontabile alla piena tipizzazione delle pubbliche funzioni, vale a dire alla loro netta separazione per natura ed effetti. È, poi, pur vero che le strutturali aperture di disposto insite in ogni atto della serie, seppur graduate per intensità, obiettivamente incoraggiano, specie in taluni casi, le manipolazioni semantiche ad opera degli atti che dovrebbero darne il *primo, diretto ed immediato* svolgimento normativo. Ciò che, come si dirà a momenti, è di particolare rilievo nel quadro della ricostruzione che si va ora facendo.

Dove, insomma, vi è, come vi è, spazio per originali interpretazioni, lì è pur sempre da mettere in conto la eventualità della infedele assegnazione di senso ad un enunciato, tanto più – merita qui sottolineare – con riguardo a quelli costituzionali, specie ad alcuni, che disponendosi al vertice della scala gerarchica, risultano essere quelli al riguardo maggiormente esposti.

Ora, una delle cause di maggior rilievo delle torsioni semantiche, di cui si viene ora dicendo, si rinviene di certo nella conformazione strutturale degli enunciati; non è, però, di certo la sola né – ciò che più importa – la più rilevante. Al fine di essere inquadrata a modo, la questione richiede infatti di essere spostata dal piano degli atti a quello delle istituzioni da cui gli stessi sono prodotti, verificando quali siano le principali ragioni che hanno portato ad un marcato e vistoso squilibrio del loro modo di essere che, quindi, si riflette sui loro rapporti, alterandone lo svolgimento e facendolo deviare dal solco per esso tracciato nella Carta.

Non ne farò qui nuovamente oggetto di una specifica analisi, già in altri luoghi svolta ed i cui esiti possono dunque, volendo, vedersi in alcuni miei scritti venuti di recente alla luce<sup>7</sup>. Mi limito ora solo a rammentare quali ai miei occhi appaiono essere le maggiori torsioni del figurino costituzionale e che sono date, per un verso, dal superamento della tipizzazione dei ruoli rispettivamente giocati dagli organi di garanzia e da quelli della direzione politica e, per un altro verso, dal vero e proprio ribaltamento dei ruoli registratosi in seno a questi ultimi, con specifico riguardo all’esercizio della funzione normativa per antonomasia, che – non si dimentichi – è pur sempre, secondo modello, la prima delle pubbliche funzioni. Un ribaltamento di cui rende testimonianza la sostanziale marginalizzazione del Parlamento in seno al circuito politico decisionale, a fronte della centralità per esso voluta dal Costituente, nel mentre un posto di particolare rilievo è ormai stabilmente detenuto in seno alla trama istituzionale dal Governo. La qual cosa, poi, ha la sua immediata proiezione al piano degli atti, riflettendosi quindi nella collocazione, parimenti centrale, in seno al sistema delle fonti degli atti di produzione governativa, non soltanto – si badi – di quelli aventi forza di legge (e, segnatamente, dei decreti-legge) ma di altri ancora, in ispecie dei decreti del Presidente del Consiglio il cui rilievo, specie per effetto della pandemia da covid-19 (e di altre emergenze ancora) non ha di certo bisogno di essere qui evidenziato<sup>8</sup>. Accenno solo, al riguardo, al fatto che l’esperienza in parola dà mostra dell’ulteriore, vistoso squilibrio che si registra nelle dinamiche interne al Governo stesso nelle quali si riflette la crescita – temo, incontrollata – del ruolo del Presidente del Consiglio<sup>9</sup>, a fronte dell’immagine opaca che di sé danno i Ministri<sup>10</sup>, sia *uti singuli* che nell’insieme dagli stessi composto.

<sup>7</sup> V., part., *Vicende salienti della forma di governo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e della tutela dei diritti fondamentali*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), 2/2023, 14 luglio 2023, 631 ss., e [Ha una forma la forma di governo?](http://Ha una forma la forma di governo?) in questa [Rivista](http://Rivista, 2023/III), 2023/III, 771 ss.

<sup>8</sup> Sui decreti in parola, nella ormai copiosa lett., v., almeno, M.A. GLIATTA, *L’uso dei dPCM nella più recente prassi dei governi di coalizione*, in [Osservatorio sulle fonti](http://Osservatorio sulle fonti), 3/2021, 1191 ss.; M. RUBECHI, *I decreti del Presidente. Studio su d.P.C.m., atti normativi del Governo e dinamiche decisionali*, Giappichelli, Torino 2022 [sul quale le recensioni di U. RONGA, *Sulle prerogative del Presidente del Consiglio: questioni risalenti e analisi attuali*, in [Osservatorio sulle fonti](http://Osservatorio sulle fonti), 2/2023, 1 ss., e G. RENZI, *Recensione a M. Rubechi, ecc.*, in [Nomos](http://Nomos), 1/2023]; L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, e, ora, A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme (1948-2023)*, Il Mulino, Bologna 2023, 193 ss.

<sup>9</sup> Alla illustrazione della figura e dei suoi tratti maggiormente marcati si è, non molto tempo addietro, dedicata I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Jovene,

La confusione dei ruoli è, insomma, ormai un connotato endemico caratterizzante l'intero impianto istituzionale, nessun angolo seppur remoto della organizzazione potendosene dire del tutto immune.

3. *Luci ed ombre della giurisdizione e lo spinoso interrogativo se possa porsi rimedio a strutturali carenze della rappresentanza politica (e, perciò, della legislazione) a mezzo di utilizzi forzati del munus riservato ai giudici (esemplificazioni tratte dall'esperienza, con specifico riguardo alla manipolazione dei testi per via d'interpretazione)*

Ora, venendo meno la separazione dei poteri, ne soffre anche la salvaguardia dei diritti fondamentali, se è vero – com'è vero – che il corpo costituzionale ha bisogno di entrambe le gambe di cui è dotato per potersi portare avanti nel suo pur non sempre lineare, comunque sofferto, cammino.

Ogni altra torsione di ordine istituzionale si alimenta, dunque, pur sempre da quelle di fondo cui si è appena accennato.

Così, è chiaro che se la giurisdizione esibisce al proprio interno talune strutturali carenze, ciò si deve anche (e in primo luogo) ai guasti che si registrano nella legislazione, ora lacunosa, frammentaria e non di rado oscura<sup>11</sup> ed ora del tutto assente, specie laddove se ne avrebbe la maggiore, impellente necessità, in ordine cioè al riconoscimento ed alla tutela dei diritti fondamentali, in specie di quelli c.d. “nuovi”, dei quali faccia cioè difetto un esplicito riscontro nella Carta costituzionale, pur avendosene per vero traccia in altre Carte aventi origine esterna<sup>12</sup>. In realtà, molte volte anche in queste ultime non si hanno al riguardo espliciti dati testuali; si hanno, però, nella giurisprudenza delle Corti europee che ha fatto (e fa) luogo a coraggiose ed innovative letture della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo, offrendo pertanto “copertura” ai diritti in parola.

Sia chiaro.

La giurisprudenza, in ciascuna delle sue articolazioni ed espressioni ed in tutte assieme, ha innegabili meriti che qui non occorre di certo nuovamente mettere in evidenza. E, tuttavia, i difetti strutturali della legislazione, sopra evocati, privano, a conti fatti, i giudici del necessario, saldo

---

Napoli 2018; v., inoltre, G. PITRUZZELLA, *L'evoluzione della figura del Presidente del Consiglio dei ministri e gli assetti della democrazia italiana*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, 3337 ss., e A. MANZELLA, *Il Presidente del Governo*, in *Rivista AIC*, 3/2021, 23 giugno 2021, 24 ss. La pandemia – come qui pure si viene dicendo – ha quindi dato una spinta significativa alla ulteriore sottolineatura del ruolo giocato dal Presidente del Consiglio nel sistema istituzionale.

<sup>10</sup> ... al di là, ovviamente, di coloro che danno mostra di essere affetti dal vizio di sovraesposizione mediatica di cui non riescono a liberarsi.

<sup>11</sup> Annosa questione, questa, che non si riesce a risolvere malgrado gli sforzi invero prodotti allo scopo [richiamo qui solo sul tema un fortunato saggio di M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Bari - Roma 2010; in giurisprudenza, ora, [Corte cost. n. 110 del 2023](#), tra gli altri annotata da P.C., [Ancora un \(notevole\) avanzamento nella giustiziabilità del drafting legislativo \(osservazioni minime a prima lettura di Corte cost. n. 110/2023\)](#), in questa *Rivista*, 2023/II, 461 ss., e, nella stessa *Rivista*, L. DI MAJO, [Una legge «radicalmente oscura» è incompatibile con la Costituzione. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 110/2023](#), 715 ss.; M. MILANESI, [L'incostituzionalità delle «disposizioni irrimediabilmente oscure». Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 110/2023](#), 726 ss., e S. SCAGLIARINI, [La Corte e la tecnica legislativa](#), 2023/III, 832 ss.].

<sup>12</sup> Ci si può chiedere se la lacuna, di cui si fa parola nel testo, vi sia davvero, dal momento che le Carte di cui si viene ora dicendo sono state rese esecutive in ambito interno. Il punto è, però, che – come si dirà meglio a momenti – ciò si è avuto a mezzo di atti primari di normazione, la qual cosa rende oggettivamente squilibrata la condizione dei diritti dalle stesse riconosciuti rispetto a quelli cui dà voce la Costituzione. Ed è allora da vedere se possano darsi diritti autenticamente fondamentali cui sia dato riconoscimento con atti provvisti di forma e forza diversa.

In realtà, il vizio sta, a mio modo di vedere, a monte, nel modo appunto con cui il riconoscimento stesso ha luogo; ma, su ciò, subito *infra*.

puntello dal quale dovrebbero tenersi, specie in occasione dell'esame delle più intricate e complesse questioni portate alla loro cognizione. Se, dunque, talvolta si registrano torsioni del ruolo istituzionale che è proprio dell'esercizio del *munus* di cui i giudici stessi sono investiti, ciò si deve anche alla acclarata e, forse, ormai insuperabile crisi della rappresentanza politica<sup>13</sup> di cui si ha immediata proiezione nelle complessive carenze della legislazione sopra indicate.

Ci si deve però subito e con molta chiarezza chiedere: è lecito rimediare ad una iniziale torsione, insita nel modo di essere della legislazione, con un'altra, per mano dei giudici?

Porto solo un esempio al riguardo per dare un minimo di concretezza al discorso che vado ora facendo; e, dunque, si pensi ai casi di utilizzo forzoso della tecnica della interpretazione conforme<sup>14</sup>,

<sup>13</sup> Innumerevoli le sedi in cui se n'è discusso, con rilievi di vario segno, nondimeno convergenti nella constatazione del fenomeno [*ex plurimis*, v. AA.VV., *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità Rappresentanza Territorio*, Jovene, Napoli 2017; G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in questa *Rivista*, 2019/II, 249 ss., e, più di recente, nella stessa *Rivista*, P. LOGROSCINO, *Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti. Note in tempo di pandemia*, 2021/II, 406 ss.; F. SALMONI, *Crisi della rappresentanza e democrazia: l'antiparlamentarismo e i corsi e ricorsi dei populismi*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 14 dicembre 2020, 517 ss.; M.G. RODOMONTE, *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?* in *Nomos*, 3/2021, 1 ss.; I. CIOLLI, *La rappresentanza politica. Recenti trasformazioni di una categoria ineludibile*, in *Lo Stato*, 18/2022, 129 ss.; D. SCOPELLITI, *Il canale giurisdizionale per il riconoscimento dei diritti: tra crisi della rappresentanza e supplenza nei confronti della politica*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2022, 11 maggio 2022, 28 ss. V., inoltre, i contributi alla Giornata di studi in onore di F. Lanchester, svoltasi il 15 giugno 2022, su *Trasformazioni della rappresentanza tra crisi di regime, integrazione europea e globalizzazione*, in *Nomos*, 2/2022. Infine, volendo, anche i miei *Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica*, in questa *Rivista*, 2021/I, 124 ss., e *Le revisioni costituzionali e il nodo (non scioglibile?) del degrado culturale della rappresentanza politica (prime notazioni)*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2/2023, 15 maggio 2023, 216 ss.].

<sup>14</sup> Riferimenti in G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in questa *Rivista*, 2016/II, 293 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, IX (2016), 391 ss., e, dello stesso, ora, *Ogni cosa al suo posto*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023, 154 ss.; AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Giuffrè, Milano 2017, spec. i contributi di cui alla parte II; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 99 ss.; Giov. D'AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in AA.VV., *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura dello stesso Giov. D'Amico, Giuffrè, Milano 2017, 49 ss., spec. 66 ss.; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2017, 37 ss.; V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) fare da sé: interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in *Dir. soc.*, 4/2018, 633 ss.; M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in *Questione Giustizia*, 22 ottobre 2018, e, dello stesso, *L'interpretazione conforme torna a casa?* in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2019, 30 ottobre 2019, 37 ss.; V. BALDINI, *Costituzione e razionalizzazione della politica. Aspetti problematici di un distico dilemmatico in "moto perpetuo"*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, 28 gennaio 2020, spec. 292 ss.; F. POLITI, *L'interpretazione costituzionalmente conforme fra giudice delle leggi e giudice di legittimità. Alcune riflessioni alla luce recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Lo Stato*, 13/2019, 155 ss.; G. PARODI, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. 2019, 555 ss.; A.I. ARENA, *Note minime su interpretazione e giudizio accentratore di costituzionalità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2019, 5 dicembre 2019, 163 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*<sup>4</sup>, II, *Fonti e interpretazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2020, spec. 266 ss. e 376 ss.; R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "di diffusione"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2020, 26 maggio 2020, 4 ss., e, dello stesso, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 2020, 72 ss.; G. PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nella interpretazione della legge*, in *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, in *federalismi.it*, 3/2021, 27 gennaio 2021, 161 ss.; nella stessa *Rivista*, v., inoltre, l'Editoriale di G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, spec. § 2, e S. STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, 102 ss.; F. MODUGNO, *L'interpretazione degli atti normativi*, in *Giur. cost.*, 2/2022, spec. 1118 ss.; S. BARBARESCHI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti. Tendenze nomofilattiche del giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, 171 ss. Con specifico riguardo alla materia penale, v. A. BERNARDI, *Presentazione. Nei meandri dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, in AA.VV., *L'interpretazione*

fatto a bella posta al fine di non lasciare “scoperti”, sguarniti cioè di tutela taluni diritti in relazione ai quali fa obiettivamente difetto una disciplina *ad hoc* che specificamente li riguarda.

Certo, è pronta l’obiezione che occorre darne la prova, cosa – com’è chiaro – nient’affatto agevole. La circostanza, però, per cui non v’è praticamente enunciato che non si apra a plurimi esiti interpretativi, con un ventaglio di soluzioni ora più ed ora meno largo e nondimeno vistoso, non può portare ad una sorta di nichilismo senza speranza, all’effetto cioè di rendere non giudicabile o qualificabile ciascuno di essi. Di contro, la lettera degli enunciati si offre pur sempre quale risorsa preziosa al fine di sceverare ciò che si dispone entro il campo materiale dagli stessi coperto e ciò che invece ne sta fuori; quanto meno, nei casi maggiormente eclatanti, dell’una e dell’altra specie di esperienze mi pare che si possa, con ragionevole attendibilità, avere conferma.

Ora, le manipolazioni per via interpretativa sono proprio quelle di maggior spessore, seppur non sempre, come si diceva, di sicuro riscontro.

Si faccia caso, solo per fare il primo esempio che viene ora in mente, al modo complessivo con cui si connotano talune esperienze della giustizia costituzionale.

Ebbene, le pronunzie maggiormente “creative” o “normative” che dir si voglia non sono quelle così espressamente etichettate in forza di una pur raffinata, risalente tradizione teorica<sup>15</sup>, quelle cioè che comportano manipolazioni testuali delle leggi portate al sindacato della Corte. Queste sono infatti le più rilevanti per l’aspetto degli effetti da esse prodotte ma non (o non necessariamente), appunto, quelle di maggior spessore che invece si hanno laddove la manipolazione si annida nella sostanza normativa racchiusa nei testi di legge e, più ancora – come si è in altri luoghi fatto notare – , negli enunciati costituzionali e, in genere, in quelli posti a parametro di giudizio. Solo che siffatte operazioni di sostanziale rifacimento dei testi si svolgono per via sotterranea, mimetizzandosi abilmente entro gli spazi, a volte non interstiziali, racchiusi nella struttura degli enunciati e facendosi scudo di tecniche retorico-argomentative e decisorie viepiù raffinate di cui la Corte abilmente si giova<sup>16</sup>, dando peraltro vita sovente a talune varianti, in ragione di peculiari, pressanti esigenze<sup>17</sup>.

Certo, rimane poi la differenza, cui si è appena fatto cenno, riscontrabile al piano degli effetti, le manipolazioni di cui si viene ora dicendo essendo provviste di mera efficacia *persuasiva*, e non autenticamente *prescrittiva*, propria invece di quelle testuali. Questo, però, nulla toglie al carattere propriamente “normativo” comune ad entrambe le specie di pronunzie e, appunto, sovente ancora più evidente in quelle meramente sostanziali. Ed è interessante notare che la messa a punto di inusuali e viepiù affinate tecniche decisorie da parte del giudice costituzionale<sup>18</sup> non soltanto agevola ed alimenta la produzione a ritmi incessanti di soluzioni interpretative viepiù incisive da

---

*conforme al diritto dell’Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura dello stesso B., Jovene, Napoli 2015, VII ss., e, pure ivi, V. MANES, *Metodi e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, 391 ss., nonché V. NAPOLEONI, *L’onere di interpretazione conforme*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Giappichelli, Torino 2019, 49 ss. Con riguardo alla interpretazione conforme a CEDU, v., almeno, C. CARUSO, *Il “posto” della interpretazione conforme alla Cedu*, in *Giur. cost.*, 4/2018, 1985 ss., e, dello stesso, *L’interpretazione conforme alla Cedu e i “diritti a somma zero”*, in *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini - A. Cossiri - G. Di Cosimo, Giappichelli, Torino 2019, 457 ss. Quanto, poi, all’indirizzo della giurisprudenza eurolunitaria, v., almeno, V. PICCONE, *Primato e pregiudizialità: il ruolo dell’interpretazione conforme*, in AA.VV., *Il rinvio pregiudiziale*, a cura di F. Ferraro e C. Iannone, Giappichelli, Torino 2020, 325 ss. Raggiungli a riguardo degli usi concretamente fattisi della tecnica in parola possono, infine, aversi da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>7</sup>, Giappichelli, Torino 2022, 247 ss.

<sup>15</sup> V., part., G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1684 ss.

<sup>16</sup> Su ciò, part., i contributi che sono in *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, e A. SAIITA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996.

<sup>17</sup> Così, per fare un esempio che ha fatto – come si sa – molto discutere, è nata la tecnica della doppia pronunzia inaugurata in *Cappato*.

<sup>18</sup> Se ne può avere una sintetica rappresentazione in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>7</sup>, cit., spec. 173 ss.

parte dello stesso giudice ma incoraggia, al contempo, anche quella per mano dei giudici comuni, non di rado indotti a portare alla Consulta questioni che in passato si trattenevano dal presentare, nell'assunto che sarebbero state quasi certamente rigettate (così, ad es., per effetto del superamento del limite delle "rime obbligate", ormai inopinatamente convertite nelle "rime possibili" o – come pure si è detto da una sensibile dottrina – nei "versi sciolti"<sup>19</sup>). Potrebbe, di contro, aversi un effetto *quodammodo* speculare a questo, di cui si ha riscontro ogni qualvolta il giudice si astenga dal sollevare una questione, assumendo che possa (e debba) risolverla da sé o, meglio, prevenirne la presentazione, operando appunto per via interpretativa.

Le torsioni dei ruoli – come si è veduto – possono, infatti, aversi battendo entrambe le vie; solo che quelle della prima specie richiedono, al fine di potersi perfezionare ed affermare, la stipula di un tacito patto tra giudice comune e giudice costituzionale, l'uno avviando una manovra che quindi perviene a maturazione presso l'altro. Ad essere, anzi, ancora più precisi la maturazione stessa si ha, poi, pur sempre presso lo stesso giudice comune, al momento cioè della implementazione del verdetto emesso dalla Consulta che, non poche volte, comporta un'attività non già di mera, meccanica *esecuzione* o *applicazione*<sup>20</sup> bensì di *attuazione* del verdetto stesso, non priva di un tasso ora maggiore ed ora minore di discrezionalità valutativa.

Il punto è molto importante al fine della ricostruzione che va ora facendo, dando conferma del fatto che le operazioni di giustizia costituzionale non prendono forma esclusivamente presso la Consulta, pur costituendone quest'ultimo innegabilmente il passaggio centrale; sono, piuttosto, una sorta di *work in progress* che si fa per gradi e in misure ogni volta diverse, giovandosi dell'apporto di non secondario rilievo offerto dai giudici comuni e, laddove interpellate, dalle Corti europee<sup>21</sup>. Non si trascuri, poi, la circostanza che si ha ogni qual volta le operazioni stesse pervengono a maturazione direttamente ed esclusivamente presso i giudici comuni, una volta che si trovino

<sup>19</sup> Quest'ultima espressione – come si sa – è stata coniata da D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di riaccostamento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, spec. 101 ss., della quale v. anche *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistema Penale*, 2/2021, 3 febbraio 2021, 5 ss.; a riguardo, poi, del passaggio alle "rime possibili", v., tra gli altri, S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 183 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 264 ss., e *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *federalismi.it*, 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 197 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss., spec. 293; I. GOIA, *Una giustificabile "invasione" di campo*, in questa *Rivista*, 2021/III, 1001 ss.; A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 2/2023, 12 aprile 2023, 103 ss., 103 ss.; inoltre, se si vuole, possono vedersi anche i miei *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?* in *Dirittifondamentali.it*, 1/2021, 16 aprile 2021, 456 ss., e, nella stessa *Rivista*, *Verso un assetto viepiù "sregolato" dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?* 3/2022, 16 dicembre 2022, 406 ss., nonché *La giustizia costituzionale in navigazione verso l'ignoto*, in *Diritti Comparati*, 2/2022, 9 giugno 2022, 557 ss.

<sup>20</sup> ... come invece ritiene un'accreditata dottrina per ciò che attiene all'attività dei giudici nei riguardi dei testi di legge (e, *mutatis mutandis*, delle aggiunte testuali operatevi dal tribunale costituzionale) [M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, pure ivi, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché *Ermeneutica costituzionale e "massima attuazione della Costituzione"*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 37 ss., spec. 43 ss.].

<sup>21</sup> Per l'aspetto istituzionale, al momento – come si sa – l'unico canale di raccordo è quello del rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione, non essendosi fatto luogo alla ricezione del prot. 16 allegato alla CEDU, a riguardo della quale la dottrina – come si sa – si è divisa, non cogliendosi fino in fondo da parte dei detrattori le opportunità offerte dall'inusuale strumento di consultazione in esso previsto.

Ad ogni buon conto, i riferimenti alla giurisprudenza europea sono ormai, per fortuna, ricorrenti, seppur ovviamente rimessi alla mera sensibilità dell'operatore di turno. Per questo verso, dunque, non fa difetto il soccorso che molte volte si ha da parte della giurisprudenza europea in occasione della soluzione di alcune tra le più intricate e delicate questioni (un solo esempio per tutti, tratto da una recentissima vicenda, riguardante i rapporti tra minore adottato e famiglia di origine, di cui a [Corte cost. sent. n. 183 del 2023](#): una pronuncia, questa, dovuta alla penna raffinata di E. Navarretta, in cui non mancano taluni opportuni richiami alla giurisprudenza europea).

chiamati ad emettere un giudizio *materialmente* costituzionale senza che sia dagli stessi considerato opportuno chiamare in campo la Consulta allo scopo di emetterlo<sup>22</sup> (si pensi, ad es., al riguardo, oltre ai casi d'interpretazione conforme, cui si è sopra accennato, a quelli in cui i giudici risolvono antinomie tra norme interne e norme sovranazionali *self-executing* specificamente riguardanti diritti fondamentali<sup>23</sup>).

4. *La piramide rovesciata: le testimonianze che se ne hanno al piano della legislazione e delle pratiche di amministrazione, da cui si ha conferma che la forza normativa, sostanzialmente intesa, innaturalmente cresce man mano che si scende lungo la scala gerarchica in cui si articola il sistema (l'esempio, particolarmente vistoso, del ruolo giocato dalle circolari, per ciò che attiene allo svolgimento delle pratiche suddette ed ai rapporti tra amministrazione e cittadini)*

La catena, poi, non si ferma alla sola opera del giudice. In disparte i casi in cui in ogni momento del processo sopra succintamente descritto può essere chiamata in campo la Corte dell'Unione con lo strumento del rinvio pregiudiziale, non si trascurino gli altri casi nei quali si ha il coinvolgimento della Corte di Strasburgo le cui pronunzie, peraltro, possono rimettere in pista lo stesso giudice comune qualora il soggetto che le abbia sollecitate non ottenga il ristoro in esse riconosciutogli.

I verdetti dei giudici, poi, hanno – come si sa – molte volte bisogno, al fine di potersi affermare, dell'opera dell'amministrazione; e, ancora una volta, non sempre si tratta di un'attività di mera esecuzione, risultando piuttosto talora espressiva di ora più ed ora meno larghi apprezzamenti discrezionali.

Per altro verso, è di tutta evidenza che le garanzie apprestate in sede giudiziaria ai diritti dei singoli possono non sortire effetto laddove alle decisioni che le offrono non sia dato tempestivamente il giusto seguito. Il fattore temporale non merita di essere considerato di secondario rilievo. Non è ingiusta, infatti, solo una giustizia che arriva troppo tardi ma lo è anche un'amministrazione che non dia modo alla prima di affermarsi con la dovuta celerità.

Il ribaltamento della piramide di kelseniana memoria, in cui era data una suggestiva rappresentazione del sistema degli atti giuridici, in ispecie di quelli adottati in esercizio di pubbliche funzioni, appare di tutta evidenza una volta che si abbia, come non di rado si ha, riscontro del ruolo di centrale rilievo assunto da quelli disposti agli ultimi posti rispetto al ruolo astrattamente riconosciuto agli atti dei primi.

È sufficiente far luogo ad una sintetica descrizione del sistema per avvedersi subito dello scollamento interno ad esso che può registrarsi (ed effettivamente si registra), a fronte della irenica ed armonica rappresentazione datane nella poderosa ricostruzione teorica del Maestro praghese.

Lo scarto c'è già in seno alla Carta costituzionale, in primo luogo tra gli enunciati espressivi dei principi fondamentali e quelli restanti; ed è fatale che vi sia, sol che si pensi alla eccedenza assiologica che è propria dei primi ed alla incapacità, ora più ed ora meno vistosa, dei secondi di darvi un congruo e pienamente appagante svolgimento. D'altronde, la revisione costituzionale è prevista anche per questo: per dar modo, cioè, ad un prodotto di cui risulti acclarata la imperfezione di essere in ogni tempo migliorato, anche alla luce di sopravvenienti e pressanti esigenze.

E, ancora, per fare ora solo un esempio tra i più indicativi di quanto si viene ora dicendo, se l'autonomia degli enti territoriali (Regioni in testa) non ha avuto modo di affermarsi e radicarsi nell'esperienza, ciò si deve non soltanto (ed in primo luogo) a cause politiche plurime e

---

<sup>22</sup> In astratto, di questa eventualità potrebbe aversi riscontro in presenza di leggi giudicate affette da *invalidità in senso forte*, vale a dire da radicale nullità-inesistenza; di fatto, però, ogni vizio è riportato alla mera *invalidità in senso debole*, quale causa di annullamento.

<sup>23</sup> Riferimenti in merito al trattamento riservato alla Carta di Nizza-Strasburgo, spec. dopo [Corte cost. sent. n. 269 del 2017](#) e succ., possono aversi da A. AMATO, *Disapplicazione giudiziale della legge e Carta di Nizza. Profili costituzionali*, Editoriale Scientifica, Napoli 2023.



convergenti, la cui illustrazione non può ovviamente qui aversi, ma anche ad una strutturale timidezza e vera e propria reticenza del linguaggio costituzionale<sup>24</sup> che non ha saputo portare ad effetto l'equilibrio formulato nell'art. 5 tra l'autonomia stessa e l'unità-indivisibilità dell'ordinamento, tant'è che – come si sa – si sono esperiti più tentativi, comunque non andati a buon fine, per rimediare ad originarie lacune e complessive carenze del dettato costituzionale<sup>25</sup> e – fin dove possibile – ai guasti registratisi nell'esperienza.

Gravi e perduranti torsioni si sono poi manifestate (e seguitano senza sosta a manifestarsi) al piano della legislazione, alle quali per taluni aspetti si è già avuto modo di accennare. Torsioni di cui si ha riscontro tanto verso l'alto quanto verso il basso, al piano cioè dei rapporti tra leggi comuni e leggi costituzionali ed a quello dei rapporti tra le prime e gli atti sottostanti.

Si discute, per vero, a riguardo delle prime, confutandosene da parte di alcuni studiosi persino l'esistenza. Come si è, però, tentato di mostrare in altri luoghi, la tipicità dei ruoli si ha (e deve aversi) anche e in primo luogo proprio sul versante dei rapporti tra le fonti in parola, sol che si ammetta – come, a mia opinione, devesi – che la disciplina del cuore pulsante della materia costituzionale, i diritti fondamentali, richieda di essere fatta oggetto di disciplina in prima battuta con leggi venute alla luce con le procedure di cui all'art. 138, ricongiungendosi pertanto forma e materia costituzionale, secondo la naturale vocazione di ciascuna di esse.

Quanto, poi, al versante dei rapporti tra leggi ed atti sottostanti è sufficiente rammentare qui nuovamente i modi con cui si è fatto (e si fa) fronte alle emergenze, che però, a motivo del carattere ormai endemico che le connota, comportano in buona sostanza la stabilizzazione di pratiche di normazione che potrebbero tutt'al più essere tollerate unicamente per congiunture eccezionali.

A ciò si aggiunga un certo modo di amministrare esso pure ormai stabilmente radicato nell'esperienza e foriero, per la sua parte, di taluni guasti di non secondario rilievo.

Si pensi, ad es., al ruolo effettivamente giocato dalle circolari in ordine alla interpretazione ed implementazione dei disposti di legge e di altri atti ancora sul versante dei rapporti tra l'amministrazione stessa e il cittadino. È ad esse che principalmente e talora esclusivamente fa capo la prima, conformandovi il proprio quotidiano operare. La forza normativa effettivamente detenuta dagli atti espressivi di pubbliche funzioni, unitamente talora alla colorazione politica che li contraddistingue, non è, insomma, discendente, così come darebbe a pensare la disposizione degli atti stessi nella piramide che li ospita, fino a divenire nulla (o quasi) con riguardo agli atti tradizionalmente etichettati come "interni" (le circolari, appunto); e, per avvedersene, basti solo pensare ai casi in cui le circolari concorrono, per la loro parte, allo svolgimento dell'attività di direzione politica (così, in specie, quelle indirizzate dal Presidente del Consiglio ai Ministri)<sup>26</sup>. Tutt'all'inverso, la forza parrebbe crescere man mano che si scende lungo la scala che dà forma al sistema, con palese disprezzo per il principio di legalità, nella sua duplice articolazione di legalità legale e legalità costituzionale.

Va, ad ogni buon conto, rilevato che i margini per la discrezionalità amministrativa, tanto in sede di confezione delle circolari quanto in occasione dello svolgimento delle attività di rilevanza esterna, non sono esigui, specie in relazione a statuizioni strutturalmente aperte dei testi di legge e talora delle stesse circolari; e voglio sperare che l'amministrazione stessa se ne sappia avvalere a

---

<sup>24</sup> Dei connotati di quest'ultimo si è, ancora di recente, discorso in occasione del convegno AIC di Messina e Taormina del 27-29 ottobre 2022, su *Lingua linguaggi diritti*; nella dottrina anteriore, v., almeno, G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, 229 ss.; AA.VV., *La lingua dei giuristi*, a cura di P. Caretti e R. Romboli, Pisa University Press, Pisa 2016; B. BARBISAN, *La più bella del mondo? Leggibilità e concretezza della Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, 2/2022, 8 giugno 2022, 142 ss., e, nella stessa *Rivista*, J. VISCONTI, *La lingua della Costituzione tra lessico e testualità*, 3/2022, 29 agosto 2022, 110 ss.

<sup>25</sup> Con specifico riguardo alle lacune costituzionali, riferimenti ed indicazioni possono, volendo, aversi dal mio *Lacune costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 18 aprile 2016.

<sup>26</sup> Un versante, questo, stranamente a tutt'oggi trascurato, laddove meriterebbe piuttosto – come segnalavo già in un mio contributo venuto alla luce giusto cinquant'anni addietro (*Circolari amministrative e circolari di indirizzo politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 1758 ss.) – una speciale attenzione.

modo, al fine di offrire l'ottimale servizio alle leggi stesse (e, risalendo, alla stessa Costituzione). E, tuttavia, non può scartarsi *a priori* l'opposta evenienza. Purtroppo, non disponiamo di dati certi ed attendibili che consentano di stabilire la consistenza delle deviazioni dal modello: è, nondimeno, da metterne in conto la esistenza. Il modo a mia opinione più efficace per rimediarvi, seppur solo in parte, e ristabilire così il vigore del principio di legalità è quello di fare davvero dell'amministrazione – come suggeriva un'ispirata dottrina – una casa di vetro<sup>27</sup> e, dunque, per questo verso, di “democratizzarla”, rendendone trasparenti e lineari i procedimenti anche sul versante dei rapporti interni alla stessa amministrazione e, dunque, portando alla luce del sole le istruzioni impartite per il tramite delle circolari.

È, poi, chiaro che avverso le incisioni operate a carico dei diritti si danno pur sempre, unitamente ai rimedi interni alla stessa amministrazione, quelli che portano ad investire i giudici delle lesioni in parola.

Si ha dunque, anche per questo verso, conferma della centralità di posto detenuto dalla giurisdizione in seno alla trama a maglie fitte di cui si compone l'organizzazione.

Per restare al tema qui di specifico interesse, le torsioni del principio della separazione dei poteri, di cui si ha riscontro in seno alla legislazione ed all'amministrazione, richiedono di essere – fin dove possibile – corrette, al tirar delle somme, dalla giurisdizione. Il punto è, però, che – come si è veduto – anche quest'ultima non è esente da pecche. Dispone, tuttavia, di risorse interne considerevoli al fine di porvi, perlomeno in parte, rimedio, a partire dai meccanismi di gravame. Per ciò che specificamente concerne la salvaguardia dei diritti fondamentali, poi, il “dialogo” tra le Corti è, forse, proprio la risorsa maggiormente efficace, alimentando un confronto che è *in nuce* culturale, pur tra operatori dislocati in ambienti distanti e significativamente diversi, come pure gravati da responsabilità parimenti diverse, quali quelle che fanno capo, rispettivamente, alle Corti europee ed a quelle nazionali. In ultima istanza, laddove poi non soccorrano più i rimedi istituzionali, non resta che l'appello al senso della cosa pubblica dei componenti la comunità organizzata, che ha la sua più limpida espressione e conferma nell'adesione all'etica pubblica repubblicana, testimoniata dalla scrupolosa e tangibile fedeltà ad essa quotidianamente prestata<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> La metafora è stata, in realtà, coniata da F. Turati, in un discorso alla Camera dei deputati del 17 giugno 1908, che nondimeno contemplava la eventualità che un “superiore pubblico interesse” potesse imporre “un momentaneo segreto”. In tema, nella ormai copiosissima messe di scritti, mi limito qui a fare richiamo solo della magistrale e ad oggi attuale ricostruzione teorica di C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova 1954, 256 ss.

<sup>28</sup> ... nella varietà delle forme in cui si articola e svolge, a riguardo delle quali v., part., gli studi di A. MORELLI, tra i quali *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013.

**Silvia Talini**  
**Diritto all'impianto e revoca del consenso del padre.**  
**Nel "labirinto" della legge n. 40 del 2004\***

**ABSTRACT:** *Starting from the analysis of Constitutional Court No. 161 of 2023, the paper proposes a reflection on the difficult balance between the woman's right to the implantation of the embryo and the man's withdrawal of consent following the termination of the affective relationship.*

*The author focuses her attention on the numerous jurisprudential changes undergone by Law No. 40 of 2004, which make it necessary to undertake extensive reform efforts, also to allow single women access to medically assisted procreation.*

SOMMARIO: 1. Il perimetro della decisione: la delicata vicenda all'origine delle questioni ed il *thema decidendum*. – 2. Quando le manipolazioni passate incidono sul presente. I precedenti della Corte costituzionale, l'inversione dell'originario rapporto regola - eccezione e il consenso informato. – 3. La decisione del Giudice delle leggi: una «scelta tragica». – 3.1. Considerazioni a margine della pronuncia. L'inesistenza di un punto di equilibrio derivante dalla giurisprudenza costituzionale. – 4. Un riequilibrio normativo necessario e possibile: l'accesso alla PMA per le donne *single*.

1. *Il perimetro della decisione: la delicata vicenda all'origine delle questioni ed il thema decidendum*

Con la [sentenza n. 161 del 2023](#) la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità dell'art. 6, terzo comma, ultimo periodo, della legge n. 40 del 2004<sup>1</sup>, sollevate dal Tribunale ordinario di Roma in composizione monocratica, in riferimento agli artt. 2, 3 e 117, primo



<sup>1</sup> Recante Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Si ricorda che la Corte costituzionale ebbe ha dichiarare inammissibile il referendum abrogativo dell'intera legge ritenendola costituzionalmente necessaria ([sent. n. 45 del 2005](#)). Al riguardo, autorevole dottrina ha sostenuto che, non per questo, la legge n. 40 del 2004 avrebbe dovuto considerarsi come "costituzionalmente legittima in toto", sembrando quasi presagire i futuri e ripetuti interventi del Giudice costituzionale (F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. parlam.*, 2005, 379).

La letteratura sulla legge n. 40 del 2004 è divenuta amplissima: per un'analisi all'indomani della sua approvazione, cfr., tra i molti, C. CASINI, M. CASINI, M. L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*. Commentario, Torino, 2004; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 156 ss.; P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004. Per un'analisi complessiva dell'impianto della legge e delle sue tortuose vicende evolutive, in parte in questa sede ripercorse, cfr., senza pretesa di esaustività e tra i lavori più recenti, P. BRUNESE, *La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Una legge mal riuscita*, Napoli, 2022; S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Roma, 2020; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017. Un'ampia indagine sulla PMA, anche in rapporto con le altre complesse tematiche inerenti all'inizio della vita e alle scelte procreative, è contenuta in M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020. Cfr., altresì, F. D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 4, 10459 ss. il quale, in riferimento al bilanciamento legislativo dei numerosi interessi coinvolti, parla di «modello "autoritario"» della legge; E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2014, 1669 e, dello stesso Autore, soprattutto in riferimento agli sviluppi giurisprudenziali e ai profili penalistici, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008 nonché *La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU, e giudice ordinario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2011.

comma della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nella pronuncia i giudici costituzionali hanno inoltre dichiarato inammissibili le questioni di legittimità della medesima norma sollevate in riferimento agli artt. 13, primo comma e 32, secondo comma, della Costituzione<sup>2</sup>.

La pronuncia si inserisce nelle complesse ed intricate vicende della legge n. 40 del 2004 la cui storia, come noto, è contrassegnata da frequenti e non poco incisivi interventi da parte della giurisprudenza costituzionale che ne hanno modificato in buona misura l'impianto originale. È, del resto, proprio dalle manipolazioni delle precedenti pronunce della Corte – nonché dai successivi mancati (benché necessari) interventi del legislatore<sup>3</sup> – che trae in larga parte origine la vicenda oggetto del giudizio *a quo* che mette conto, almeno in estrema sintesi, di ripercorre.

Le questioni erano sorte, dunque, nel corso del giudizio instaurato dinanzi al Tribunale di Roma nei confronti della struttura sanitaria presso cui, insieme all'allora marito, la ricorrente aveva intrapreso – nel settembre 2017 – il percorso di procreazione medicalmente assistita (di seguito PMA), acconsentendo alla fecondazione e alla crioconservazione<sup>4</sup> dell'unico embrione formatosi al fine di permettere i necessari trattamenti sanitari prima dell'impianto (inizialmente posticipato a causa delle condizioni cliniche della donna). Nonostante le diverse terapie sanitarie e farmacologiche propedeutiche alla pratica, l'impianto non era stato tuttavia portato a termine a causa dell'allontanamento del marito, nel gennaio del 2018, cui era seguita la formalizzazione della separazione consensuale tra i coniugi nell'anno seguente.

Nel febbraio del 2020, la ricorrente si era ciononostante rivolta alla struttura sanitaria al fine di proseguire con la PMA con il scongelamento e il successivo impianto dell'embrione. Ancora una volta, tuttavia, la procedura non veniva portata a termine avendo il marito revocato espressamente il proprio consenso alla procreazione in seguito alla dichiarazione giudiziale della cessazione degli effetti civili del matrimonio.

La donna si rivolgeva allora al Tribunale di Roma che, dopo un'analisi dei delicati fatti all'origine della vicenda, adiva la Corte costituzionale dubitando della legittimità dell'art. 6, terzo comma, della legge n. 40 del 2004 che, nel disciplinare il consenso informato in materia di PMA, al denunciato sesto comma dispone che tale volontà possa «essere revocata da ciascuno dei soggetti fino al momento della fecondazione dell'ovulo»<sup>5</sup>, laddove, invece, in seguito a tale fecondazione, la legge

---

<sup>2</sup> Ordinanza del 5 giugno 2022 (r.o. n. 131 del 2022).

<sup>3</sup> Autorevoli dottrine, proprio in riferimento all'annosa questione relativa al mancato intervento del legislatore in ordine alla garanzia dei diritti anche a seguito della loro evoluzione, hanno posto in luce la sempre maggiore incidenza del ruolo assunto dalle Corti – in particolare di quella costituzionale – nella loro protezione. Sul punto cfr., M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'Ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019; R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, *ivi*, 4, 2018; A. RUGGERI, *Attività di garanzia e attività di indirizzo politico, a salvaguardia dei diritti fondamentali*, in questa *Rivista*, 2015/II, 399 ss. Si tratta di un ruolo assunto dalla Corte costituzionale anche in riferimento alle delicate vicende di inizio vita. Ampiamente sul rapporto tra giurisprudenza, non solo nazionale, e (mancati) interventi del legislatore in tale ambito, v. gli studi di S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., e M. P. IADICICCO, *Procreazione umana*, cit.

<sup>4</sup> Tecnica attraverso cui l'embrione viene conservato a lungo termine mediante temperature al di sotto del punto di congelamento e che consente di mantenerne la vitalità per un periodo di tempo potenzialmente infinito (*Enciclopedia Treccani*).

<sup>5</sup> Nel dettaglio la disposizione prevede che «la volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute (...). Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo». Sul punto giova ricordare come, recentemente, il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, in una situazione analoga, abbia consentito alla donna l'impianto dell'embrione precisando che la legge n. 40 del 2004 attribuisce all'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione una funzione determinativa della maternità, della paternità e dello *status filiationis* da cui discende l'irrelevanza di

(mai modificata sul punto rispetto all'impianto originario) prescrive l'assoluta irrevocabilità del consenso prestato, almeno da parte dell'uomo<sup>6</sup>, all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

In riferimento a tale preclusione temporale, il giudice *a quo* osserva, tuttavia, come, dopo diversi interventi manipolativi di tipo additivo operati dalla Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004<sup>7</sup>, il quadro normativo sia profondamente mutato rispetto all'originario, comportando significative conseguenze sulla scansione temporale delle pratiche di PMA e, conseguentemente, sul piano dell'irrevocabilità del consenso a seguito della fecondazione. In effetti, con l'affievolirsi del divieto di crioconservazione degli embrioni in seguito alla [sentenza n. 151 del 2009](#), l'impianto potrebbe ora intervenire a distanza di diversi anni dal momento della fecondazione. Ciò, dunque, consentirebbe alla donna di accedervi anche in presenza di una situazione giuridica profondamente diversa da quella esistente al momento in cui la volontà è stata manifestata e, particolarmente, anche quando fosse venuto meno uno dei presupposti di accesso alla PMA: il rapporto di coniugio o di convivenza così come previsto dall'art. 5, comma 1, della legge n. 40 del 2004<sup>8</sup>.

---

comportamenti e fatti successivi (sez. I civile, ord. del 27 gennaio 2021 e, ancora prima, ord. del G.U. del medesimo Tribunale del 25 novembre 2020).

<sup>6</sup> Sulla facoltà della donna di rifiutare, in qualunque momento, l'impianto dell'embrione e sulle sue conseguenze v. *infra* parr. 3 e 3.1.

<sup>7</sup> In relazione alle vicende oggetto del giudizio rilevano, in particolare, le [sentenze nn. 151 del 2009](#) e [96 del 2015](#) su cui si tornerà dettagliatamente nel paragrafo successivo e che, come si dirà, non esauriscono gli interventi della giurisprudenza costituzionale sulla legge n. 40 del 2004.

<sup>8</sup> La disposizione prescrive che «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita [le] coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

Si noti come l'articolo 5, comma 1 della legge n. 40 del 2004 sia stato oggetto di recenti dubbi di rilevanza costituzionale in riferimento alla mancata possibilità di accesso alle tecniche di PMA anche per le coppie del medesimo sesso. In proposito la Corte costituzionale, nella [sentenza n. 221 del 2019](#), ha ritenuto non irragionevole la limitazione sul presupposto che il legislatore, nella sua discrezionalità, possa ritenere tali restrizioni funzionali a consentire che la «struttura del nucleo familiare scaturente dalle tecniche in questione (...) riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre». Sulla differente, ma certamente connessa, questione relativa al riconoscimento dei figli nati da coppie omogenitoriali all'estero a seguito dell'accesso a tecniche di PMA o di gestazione per altri, sia consentito un rinvio, anche in riferimento alla dottrina e alla giurisprudenza richiamata, a S. TALINI, *Unioni civili, omogenitorialità e Costituzione: tra discrezionalità legislativa e (altri) margini giurisprudenziali*, in *Diritto e Società*, 4, 2020. In riferimento ai requisiti oggettivi, la legge n. 40 del 2004 circoscrive l'accesso alla PMA all'impossibilità per la coppia di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione, limitate comunque ai casi di sterilità o infertilità (artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1). Tuttavia, come si dirà a breve (*infra*, par. 2), a seguito della [sentenza della Corte costituzionale n. 96 del 2015](#), l'accesso alla PMA è oggi consentito anche alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978 ("Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza"). Ancora in riferimento ai dibattuti confini della PMA, la legge n. 40 del 2004, nel suo impianto originario, consentiva di sottoporsi esclusivamente alle tecniche procreative di tipo omologo, vietando espressamente (art. 4, comma 3) il ricorso a quelle di tipo eterologo in cui si utilizzano gameti di donatori terzi, esterni alla coppia. Tuttavia, anche in tale contesto, la Corte costituzionale è intervenuta con una storica sentenza introducendo un'ipotesi di fecondazione eterologa nel caso in cui sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili ([sent. n. 162 del 2014](#), a tale pronuncia ha fatto seguito la già menzionata [sent. n. 96 del 2015](#) relativa alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili).

La dottrina a commento della [pronuncia n. 162 del 2014](#) è assai ampia, cfr., fra i molti: G. D'AMICO, *La sentenza sulla fecondazione «eterologa»: il peccato di Ulisse*, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, 3, 663 ss.; M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal*, 2, 2014, 34 ss.; E. LA ROSA, *Il divieto "irragionevole" di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, in *Giur. it.*, 2014, 2830 ss.; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 giugno 2014, nonché i diversi contributi segnalati in testa alla [pronuncia in questa Rivista](#). Sempre in riferimento alla fecondazione eterologa, v. la nota sentenza della Corte EDU, 1° aprile 2010, *S.H. e altri c. Austria*, assai influente per i successivi sviluppi della giurisprudenza costituzionale (v., a commento, in [Rivista AIC](#) del 2 luglio 2010, S. CATALANO, *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, tra ordinamento italiano e CEDU*; B. LIBERALI, *La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il giudice comune*

È proprio nel solco di tale possibile ampio intervallo temporale tra fecondazione e impianto che si inseriscono i dubbi di legittimità costituzionale del rimettente, in riferimento all'irrevocabilità del consenso prestato da parte dell'uomo all'applicazione delle tecniche di PMA anche quando, a causa del decorso del tempo, siano venute meno le ricordate condizioni soggettive di accesso alla procedura. In particolare, afferma il giudice *a quo*, nel mutato contesto normativo, la norma denunciata si porrebbe in contrasto con la Costituzione non fornendo tutela al «diritto di scelta (...) all'assunzione del ruolo genitoriale», nell'ipotesi in cui l'impianto venga chiesto – come oggi possibile all'esito delle decisioni della Corte – a significativa distanza di tempo e, dunque, anche «in una situazione giuridica diversa» in riferimento al rapporto intercorrente tra i due soggetti.

Prendendo le mosse da tali considerazioni, il rimettente sostiene che la norma censurata, non prevedendo «un termine per la revoca del consenso» dopo la fecondazione e permettendo così l'impianto dell'embrione nonostante il sopravvenuto dissenso dell'uomo, si ponga in contrasto con gli artt. 2 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in riferimento all'art. 8 CEDU («Vita privata e familiare»): ad essere violato sarebbe il diritto dell'uomo all'autodeterminazione in ordine alla decisione di diventare, o meno, genitore, di cui il diritto al rispetto della vita privata e familiare costituisce un «precipitato». L'irrevocabilità del consenso in seguito alla fecondazione sarebbe altresì in contrasto con gli artt. 3 e 13, primo comma, Cost.: consentendo l'impianto dell'embrione a distanza di anni, anche in presenza di condizioni diverse da quelle esistenti al momento dell'accesso alla PMA, la norma costringerebbe – irragionevolmente – l'uomo a divenire padre contro la sua volontà con possibili riflessi anche sulla successiva dimensione della genitorialità. Ad essere violato sarebbe altresì il profilo dell'eguaglianza formale, ancora attinente all'art. 3 Cost., in quanto verrebbe sacrificata unicamente la libertà individuale dell'uomo potendo la donna sempre sottrarsi all'impianto nonostante l'iniziale consenso espresso alla procreazione medicalmente assistita<sup>9</sup>.

La norma censurata, assoggettando l'uomo a un trattamento sanitario obbligatorio incidente anche sulla sua integrità psicofisica, risulterebbe infine in contrasto con l'art. 32, secondo comma, Cost. In proposito, il rimettente afferma che la disposizione, non permettendo di revocare il consenso dopo la fecondazione dell'ovulo, obbliga all'effettuazione del trattamento sanitario. Sul punto, viene richiamata la giurisprudenza di legittimità<sup>10</sup> che pone in relazione l'acquisizione del consenso al principio secondo cui nessuno può essere obbligato a trattamenti sanitari se non per disposizione di legge: essendo il consenso un «presupposto legittimante l'intervento medico», esso dovrebbe persistere durante tutte le fasi in cui si articola la prestazione sanitaria, ivi comprese quelle relative alle tecniche di PMA.

Alla luce di tali eccezioni, il Giudice di Roma chiede alla Corte costituzionale di intervenire nuovamente sulla legge n. 40 del 2004 tramite una pronuncia additiva sull'ultimo periodo dell'art. 6, terzo comma, diretta, questa volta, a offrire rilievo al decorso del tempo, dichiarandone l'incostituzionalità «quanto meno nella parte in cui non prevede, successivamente alla fecondazione dell'ovulo, un termine per la revoca del consenso»<sup>11</sup>.

---

*italiano: la non manifesta infondatezza della questione; I. PELLIZZONE, Fecondazione eterologa e Corte europea: riflessioni in tema di interpretazione convenzionalmente conforme e obbligo del giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale).*

<sup>9</sup> È di tutta evidenza come, incidendo l'impianto dell'embrione sull'integrità psicofisica della donna, l'intervento non possa esserle mai imposto, a nulla rilevando, dunque, il momento in cui il precedente consenso è stato espresso (sul punto *infra*, par. 3 e 3.1).

<sup>10</sup> Cfr., Corte Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748; 19 luglio 2018, n. 19199; 28 giugno 2018, n. 17022; Cass. civ. sent. n. 18283/2021.

<sup>11</sup> Si noti, sin da ora, come il rimettente si limiti a chiedere un'addizione volta ad introdurre un termine ulteriore per la revoca del consenso successivo alla fecondazione dell'ovulo: nessuna menzione è invece compiuta – contrariamente alla costruzione dell'ordinanza di rimessione – alla revocabilità del consenso nella specifica circostanza in cui, a seguito della fecondazione, ma prima dell'impianto, siano venuti meno i requisiti soggettivi di coniugio o convivenza che avevano

2. *Quando le manipolazioni passate incidono sul presente. I precedenti della Corte costituzionale, l'inversione dell'originario rapporto regola - eccezione e il consenso informato*

Come posto in luce, i fatti da cui trae origine il giudizio *a quo* sono in larga misura determinati dalle ripetute e assai incisive pronunce manipolative della giurisprudenza costituzionale che hanno profondamente mutato l'impianto originario della legge n. 40 del 2004: a tali decisioni (qui la prima rilevante questione), non ha tuttavia fatto seguito un intervento del legislatore volto a ridefinire, in maniera organica, la disciplina a seguito delle incidenti manipolazioni.

È quanto (non) avvenuto in primo luogo dopo la nota [sentenza n. 151 del 2009](#) attraverso la quale, come più volte ricorda la pronuncia in commento, si è rovesciato il tradizionale «rapporto regola-eccezione relativo al divieto di crioconservazione [degli embrioni] originariamente impostato dalla legge n. 40 del 2004»<sup>12</sup>. In effetti, l'originaria formulazione della legge, poneva un generale divieto di congelamento degli embrioni (art. 14, comma 1) superabile esclusivamente nella residuale ipotesi in cui l'impianto nell'utero, da realizzare comunque «non appena possibile», fosse precluso per grave, documentata e imprevedibile causa di forza maggiore relativa alla salute della donna (art. 14, comma 3).

La crioconservazione si poneva, dunque, come l'eccezione mentre la regola – descritta dal secondo comma dello stesso articolo – era rappresentata dall'impianto nell'utero della donna degli embrioni formati (allora in numero massimo di tre, *ex art.* 14, comma 2) in un momento sostanzialmente contestuale alla fecondazione (e, dunque, alla prestazione del consenso di cui al denunciato art. 6, terzo comma, ultimo periodo)<sup>13</sup>.

Tale rapporto ha subito un radicale capovolgimento a seguito della citata [sentenza n. 151 del 2009](#) con la quale la Corte costituzionale ha profondamente innovato diversi profili della disciplina.

È stata in primo luogo invalidata la previsione contenuta nel comma 2 dell'art. 14 relativa al numero massimo di tre di embrioni da formare e all'unico contemporaneo impianto degli stessi: tale limite, impedendo al medico una valutazione casistica, fondata sulle specificità del caso concreto in riferimento alla scelta del numero di embrioni da generare e, poi, da impiantare, comportava un serio rischio per la salute della donna. In effetti, afferma la Corte, il limite numerico genera «la necessità della moltiplicazione dei cicli di fecondazione (...)» finendo «per un verso, per favorire (...) l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate; per altro verso, determina[ndo], in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze». Siffatto intervento ablativo ha prodotto, a cascata, ulteriori caducazioni: la Corte, *in primis*, afferma che, come sua «logica conseguenza», emerga la «necessità del ricorso alla tecnica di congelamento con riguardo agli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica» e, dunque, l'introduzione di «una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione» di cui all'art. 14, comma 1. La medesima censura determina altresì la declaratoria di incostituzionalità del successivo terzo comma dello stesso articolo, nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni nell'utero dovesse essere comunque «effettuato senza pregiudizio della salute della donna».

---

legittimato l'accesso alle tecniche procreative. Sulla formulazione del verso dell'addizione si tornerà in seguito (*infra*, par. 3.1).

<sup>12</sup> Punto 9.1, *Considerato in diritto*.

<sup>13</sup> In proposito, occorre ricordare come un embrione non crioconservato abbia una capacità di sopravvivenza di pochi giorni e, dunque, senza tale pratica l'impianto nell'utero della donna deve avvenire quanto più possibile nell'immediatezza della fecondazione.

Attraverso tale incisiva pronuncia la Corte ha, dunque, in larga parte scardinato il disegno originario dell'art. 14 della legge n. 40 del 2004, attribuendo al personale sanitario un ampio potere discrezionale<sup>14</sup> circa il numero degli embrioni da produrre i quali non devono essere necessariamente impiantati nell'immediatezza, potendo subire un processo di crioconservazione, anche per lunghi periodi di tempo, in risposta alle condizioni di salute della donna<sup>15</sup>.

Si aggiunga che le ipotesi di congelamento degli embrioni sono state ulteriormente ampliate a seguito di un successivo intervento del Giudice delle leggi il quale, con la [sentenza n. 96 del 2015](#), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1 della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui non permettevano l'accesso alle tecniche PMA anche alle coppie che, benché fertili, fossero portatrici di malattie genetiche trasmissibili, accertate da apposite strutture pubbliche, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza). In tali ipotesi - argomenta la Corte - la crioconservazione risulta necessaria al fine di consentire i tempi funzionali a una corretta diagnosi preimpianto, permettendo così alla donna di acquisire le necessarie informazioni volte ad evitare una possibile successiva decisione di interrompere la gravidanza, scelta che, è evidente, si rivelerebbe ben più pregiudizievole per la sua salute psicofisica e, dunque, in contrasto con l'art. 32 della Costituzione. Ne discende la declaratoria di incostituzionalità che trova il suo fondamento in un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco precludendo il ricorso alle tecniche di PMA alle coppie affette dalle richiamate patologie, «al fine esclusivo della previa individuazione di embrioni cui non risulti trasmessa la malattia del genitore comportante il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni (...) del nascituro»<sup>16</sup>.

Le menzionate pronunce hanno così generato una radicale inversione nell'originario rapporto tra regola (sostanziale immediatezza tra fecondazione e impianto) ed eccezione (crioconservazione) determinando un effetto che si ripercuote fortemente sulla vicenda in commento: oggi, nella maggior parte degli interventi di PMA, gli embrioni vengono congelati e l'impianto nel corpo della donna avviene a considerevole distanza di tempo dalla fecondazione e, dunque, dal momento in cui il consenso *ex art. 6, comma 3*, legge n. 40 del 2004 è stato prestato. Tuttavia, come più volte ricordato,

---

<sup>14</sup> I giudici costituzionali, al riguardo, affermano che è rimessa al medico «sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche» la scelta del «limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto».

<sup>15</sup> Sulla storica [pronuncia n. 151 del 2009](#) cfr., tra i molti, L. TRUCCO, [Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di \(almeno in parte\) decidere](#), in questa [Rivista](#), 2009 (15. VII. 2009); F. D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40?*, cit.; L. D'AVACK, *La Consulta orienta la legge sulla P.M.A. verso la tutela dei diritti della madre*, in *Dir. Fam.*, 2009, 3, 1021 ss.; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. Cost.*, 2009, 3, 1688 ss.; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che vale più la pena di difendere»?* *ibid.*, 696 ss.

<sup>16</sup> Afferma ancora la Corte che il divieto di accesso alle tecniche di PMA, derivante dalle censurate norme, risulta contraddittorio anche rispetto alla previsione, recata dal citato art. 6, comma 1, lettera b) della legge n. 194 del 1978, che invece consente a tali coppie di perseguire «l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali».

Ampiamente sulla [sentenza n. 96 del 2015](#), cfr., *ex plurimis*, M. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?* in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 28 giugno 2015; M. P. IADICICCO, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, in *Giur. Cost.*, 3, 2015, 789-805.; E. MALFATTI, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in *Giur. cost.*, II, 2015, 533 ss.; I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 4 novembre 2015; C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in [Costituzionalismo.it](#), 2, 2015; F. VIGANÒ, *La sentenza della Consulta sul divieto di accesso alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (e una chiusa finale sulla questione della diretta applicazione della CEDU)*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2015.



alle citate sentenze non ha mai fatto seguito un intervento del legislatore teso a riarmonizzare i “disequilibri” prodotti dalle manipolazioni della Corte e da questa non direttamente colmabili in virtù del necessario rispetto della discrezionalità legislativa<sup>17</sup>.

Nonostante tale mancato adeguamento, va rilevato come le [sentenze nn. 151 del 2009](#) e [96 del 2015](#) abbiano prodotto degli effetti quantomeno sulla formulazione delle indicazioni contenute nella documentazione relativa al consenso informato necessario per accedere alle tecniche di PMA. In proposito, proprio in virtù della centralità che tale elemento riveste nella decisione in esame, mette conto di ricordare come la Corte costituzionale abbia più volte affermato – anche in pronunce assai recenti – che, in riferimento ai trattamenti sanitari, il consenso informato si ponga «quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell’art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che “la libertà personale è inviolabile”, e che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”»<sup>18</sup>.

Con riguardo alle tecniche di PMA, la sua disciplina è contenuta proprio nel dettagliato art. 6 della legge n. 40 del 2004. Quest’ultimo, infatti, oltre a stabilire, al denunciato terzo comma, la revocabilità del consenso fino al momento della fecondazione dell’ovulo (ultimo periodo), prescrive che la «volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita [sia] espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute (...)» (primo periodo)<sup>19</sup>. Proprio in attuazione di tale previsione, il 28 dicembre del 2016 – e dunque successivamente alle ricordate decisioni della Corte – è stato adottato il d.m. n. 265<sup>20</sup> contenente la disciplina regolamentare degli elementi di conoscenza propedeutici alla prestazione del consenso informato nonché le modalità con cui le strutture autorizzate devono fornire ai richiedenti, prima della loro sottoposizione alle tecniche, le informazioni necessarie.

---

<sup>17</sup> Si noti, in proposito, come la stessa Corte costituzionale nella [sentenza n. 96 del 2015](#) si rivolga espressamente al legislatore riservando alla sua discrezionalità il compito di introdurre apposite disposizioni volte «all’individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l’accesso alla PMA di coppie fertili», di chiarire le connesse procedure di accertamento anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto e di prevedere «forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle» (punto 10, *Considerato in diritto*). In argomento è stato posto ben in luce come, anche dopo gli interventi del Giudice delle leggi, l’accesso alla PMA si scontri con un forte grado di ineffettività in larga parte dovuto a una serie di scelte non compiute dal legislatore, tra cui il mancato inserimento delle tecniche di PMA, omologa ed eterologa, nei livelli essenziali di assistenza (LEA). In questo senso, ampiamente, M. P. IADICICCO, *Procreazione umana*, cit., 120 ss. la quale pone altresì in luce le rilevanti problematiche connesse alla collocazione dell’accesso alle prestazioni sanitarie nell’ambito dei diritti finanziariamente condizionati.

In ordine ai riflessi delle decisioni della Corte costituzionale sui giudici di merito e di legittimità, nonché per un ampio sguardo alle pronunce di interesse in tale ambito e in quelli ad esso connessi, v. A. CARRATO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita e le tematiche connesse nella giurisprudenza costituzionale*, Servizio Studi Corte costituzionale, STU319, marzo 2021, al [sito web](#) della Corte costituzionale.

<sup>18</sup> [Corte cost., sent. n. 438 del 2008](#) e, più recentemente nello stesso senso, [sent. n. 14 del 2023](#).

<sup>19</sup> Nel secondo periodo del medesimo comma, si aggiunge che «tra la manifestazione della volontà e l’applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni» (v. *supra* alla nota 5) si da assicurare uno spazio di ponderazione, seppur assai breve. Il dettagliato art. 6 descrive, ancora, gli obblighi informativi posti a carico del medico prescrivendo, al primo comma, che questi debbano essere forniti «prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche» e «per ciascuna delle tecniche applicate»; ciò sempre allo scopo di assicurare «il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa» (ultimo periodo). Alla coppia devono inoltre essere «prospettati con chiarezza i costi economici dell’intera procedura qualora si tratti di strutture private autorizzate» (secondo comma). In questo senso in dottrina è stato osservato come, nell’ambito della PMA, la disciplina del consenso informato sia volta ad assicurare l’esistenza di una «corrispondenza tra libertà e responsabilità» (G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 2, 99 ss.).

<sup>20</sup> Regolamento recante Norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell’articolo 6, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40. Il decreto ha abrogato il precedente regolamento contenuto nel d.m. del 16 dicembre 2004, n. 336.

Da un'analisi congiunta delle disposizioni contenute nell'art. 6 della legge n. 40 del 2004 (non modificate a seguito delle pronunce della Corte) e nel d.m. n. 265 del 2016, emerge un complesso e minuzioso panorama di informazioni che il personale sanitario ha l'obbligo di fornire, tra cui: i metodi di applicazione della PMA, i possibili effetti collaterali della procedura, il suo grado di invasività, le possibili alternative (ad esempio il ricorso all'adozione) nonché le conseguenze giuridiche, anche di natura economica, connesse alle tecniche di PMA, tra le quali rientrano anche quelle concernenti gli effetti del consenso e, dunque, la sua non revocabilità in seguito alla fecondazione (prescrizione contenuta anche nell'art. 1, comma 1, lettera *q*) del d.m. n. 265 del 2016). Va, inoltre rilevato, come espressamente ricordato anche nella [sentenza n. 161 del 2023](#), che il consenso prestato ai sensi dell'art. 6 assume «una portata diversa e ulteriore rispetto a quello ascrivibile alla mera nozione di “consenso informato” al trattamento medico, in quanto si è in presenza di un atto finalisticamente orientato a fondare lo stato di figlio»<sup>21</sup>. Si tratta, in altri termini, di un consenso che potrebbe definirsi “costitutivo”, idoneo cioè a fondare un'assunzione di responsabilità in ordine all'acquisizione dello *status filiationis*<sup>22</sup>.

Proprio in tal senso, l'art. 8 della legge n. 40 del 2004 stabilisce che i «nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime (...)»<sup>23</sup>; a tale disposizione fa eco il 5 comma dell'art. 6 il quale stabilisce che ai «richiedenti, al momento di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, devono essere esplicitate con chiarezza e mediante sottoscrizione le conseguenze giuridiche di cui all'articolo 8 e all'articolo 9 della presente legge». È ancora all'interno di questo assai articolato obbligo informativo che il d.m. n. 265 del 2016 prescrive espressamente, all'art. 1, comma 1, lettera *t*), di portare a conoscenza della coppia la possibilità che gli embrioni vengano crioconservati «in conformità a quanto disposto dall'articolo 14 della legge n. 40 del 2004 e dalla [sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009](#)».

La disposizione contenuta nel decreto ministeriale ha quindi aggiornato la disciplina relativa al consenso informato agli approdi della giurisprudenza costituzionale in materia di congelamento degli embrioni e della relativa inversione tra regola ed eccezione, non potendo purtuttavia incidere, con evidenza, sulla disciplina dell'irrevocabilità del consenso contenuta all'interno della normativa primaria (art. 6, terzo comma, ultimo periodo, legge n. 40 del 2004).

Nessuna prescrizione è dunque posta in relazione al rapporto tra prestazione del consenso e presupposti di accesso alla PMA sul cui legame, in riferimento alla possibilità – o meno – di revoca, è chiamato a pronunciarsi il Giudice costituzionale anche a seguito della [sentenza del 2009](#).

### *3. La decisione del Giudice delle leggi: una «scelta tragica»*

Attraverso la questione posta all'attenzione della Corte, il rimettente chiede dunque la declaratoria di incostituzionalità della norma censurata «quanto meno nella parte in cui non prevede, successivamente alla fecondazione dell'ovulo, un termine per la revoca del consenso».

---

<sup>21</sup> Punto 11.4, *Considerato in diritto*.

<sup>22</sup> In dottrina si è anche parlato di «natura “polivalente”» del consenso (F. CARLINO, *Fecondazione eterologa e dinamiche del consenso: disconoscimento di paternità e tutela dell'interesse del minore*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 4, 1195 ss.). Sul punto v. anche B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 305 e G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit.

<sup>23</sup> A tali prescrizioni si aggiungono quelle contenute nel successivo art. 9 che pone il duplice divieto di disconoscimento della paternità nel caso della PMA eterologa e di anonimato della madre.

Sulla discutibile formulazione del verso dell'addizione, soprattutto alla luce di una lettura complessiva dell'*iter* argomentativo dell'ordinanza di rimessione, si tornerà a breve<sup>24</sup>. Si deve ora invece preliminarmente rilevare come i giudici costituzionali, in apertura del *Considerato in diritto*, abbiamo immediatamente chiarito come la «delicatezza della questione» sia idonea a collocarla in quelle che la stessa Corte ha definito, in ambiti diversi<sup>25</sup>, «scelte tragiche» in quanto caratterizzate dall'impossibilità di soddisfare tutti i confliggenti interessi coinvolti rappresentanti, nel caso di specie, da «la tutela della salute psicofisica della donna e la sua libertà di autodeterminazione a diventare madre; la libertà di autodeterminazione dell'uomo a non divenire padre; la dignità dell'embrione; i diritti del nato a seguito della PMA».

Chiarita la complessità del quesito e, in buona misura, annunciato che nella decisione non troveranno soddisfazione tutti gli interessi coinvolti, determinando, dunque, un sacrificio di alcuni in favore di altri, la Corte dichiara non fondate le questioni di legittimità sollevate in riferimento agli artt. 2, 3 e 117, primo comma, della Costituzione<sup>26</sup>.

Con riguardo al primo profilo, attinente alla violazione dell'art. 3 Cost., la Corte, pur riconoscendo la correttezza della premessa interpretativa da cui muove il rimettente (impossibilità di un impianto coattivo nel corpo della donna e, dunque, sostanziale revocabilità del suo consenso prima dello stesso a differenza di quanto avviene per l'uomo), legittima tale differenziazione per la profonda diversità di posizione tra i componenti della coppia rispetto ai trattamenti sanitari. In seguito alla fecondazione, infatti, solo la donna resta esposta all'azione medica che può sempre «legittimamente rifiutarsi di subire», data l'«ovvia incoercibilità del trattamento», al quale si contrappone la tutela della sua integrità psicofisica (art. 32 Cost.). Dunque, il trasferimento nell'utero dell'embrione si traduce, (solo) per la donna, «in un vero e proprio trattamento sanitario, estremamente invasivo, che non può in alcun modo esserle imposto»<sup>27</sup> e ciò rende non irragionevole la diversità di disciplina<sup>28</sup>. Del resto, già da

---

<sup>24</sup> *Infra*, par. 3.1.

<sup>25</sup> Il riferimento è alle [sentenze della Corte costituzionale n. 14 del 2023](#) (obbligo vaccinale del personale sanitario in relazione al virus SARS-Cov-2); [n. 84 del 2016](#) (rapporto tra tutela dell'embrione e interesse della ricerca scientifica, su cui v. anche la successiva nota n. 37) e [n. 118 del 1996](#) (riconoscibilità di indennizzo per danno alla salute patito in conseguenza della sottoposizione a vaccinazioni obbligatorie). Sull'uso dell'espressione «scelte tragiche» nella giurisprudenza costituzionale v. E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale di fronte ad una nuova "scelta tragica": l'irrevocabilità del consenso a diventare padre con la PMA (nota a Corte cost., sent. n. 161 del 2023)*, in [federalismi.it](#), 20 settembre 2023, 128-131.

<sup>26</sup> Le questioni poste in riferimento agli artt. 13, primo comma, e 32, secondo comma, Cost. sono invece inammissibili (come accennato all'inizio) «per omessa motivazione in ordine alla non manifesta infondatezza dei prospettati dubbi di legittimità costituzionale». Sul punto, specifica la Corte, «il contrasto con gli evocati parametri costituzionali risulta dedotto in maniera generica e assertiva» non adducendo il giudice *a quo* «alcuno specifico argomento volto a spiegare le ragioni per cui l'impianto dell'embrione, che all'evidenza incide esclusivamente sul corpo della donna, si tradurrebbe, anche per l'uomo, in un trattamento sanitario, o comunque in una coercizione sul suo corpo, né sviluppa argomentazioni sull'eventuale impatto di tale trattamento sulla salute psicofisica dello stesso» (punto 8, *Considerato in diritto*).

<sup>27</sup> In coerenza, prosegue la Corte, «con quanto previsto in tema di trattamenti medici dall'art. 1, commi 1 e 5, della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), oltre che dall'art. 5 della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina, ratificata e resa esecutiva con legge 28 marzo 2001, n. 145». Tali disposizioni prevedono espressamente che «(...) nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge» (art. 1, comma 1, della legge n. 219 del 2017); una «persona capace di agire ha il diritto di rifiutare (...) qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento (...) il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento» (comma 5). L'art. 5 della Convenzione del Consiglio d'Europa dispone che un «intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso».

<sup>28</sup> Sull'assolutezza del già menzionato divieto di impianto coattivo dell'embrione nel corpo della donna la dottrina è concorde: v., tra i molti, P. BRUNESE, *La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Una*

tempo, la stessa Corte costituzionale ha affermato che il divieto di soppressione dell'embrione «non ne comporta (...) l'impianto coattivo nell'utero della gestante»<sup>29</sup>.

I giudici proseguono nella motivazione dichiarando l'infondatezza anche delle più complesse – e meglio argomentate – questioni sollevate in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost. che, secondo il rimettente, risulterebbero lesi a causa dell'irragionevole violazione della libertà di autodeterminazione dell'uomo, in quanto l'irrevocabilità del consenso lo costringerebbe «a diventare genitore contro la sua volontà».

In riferimento a tale violazione, la Corte premette di essere ben consapevole del forte impatto provocato dalla sua stessa giurisprudenza sull'impianto originario della legge n. 40 del 2004 e del conseguente capovolgimento del tradizionale rapporto tra regola ed eccezione con riguardo alla crioconservazione; purtuttavia, i giudici ritengono che «tali rilievi non possono (...) ritenersi sufficienti a condurre all'illegittimità costituzionale della definitiva irrevocabilità del consenso stabilita dalla norma censurata» e ciò per diverse ragioni (che coincidono con la posizione assunta dai richiamati interessi confliggenti coinvolti).

I giudici, in primo luogo, pongono l'accento sulla prestazione del consenso che precede l'accesso alle tecniche di PMA: l'autodeterminazione dell'uomo, affermano, «matura in un contesto in cui egli è reso edotto del possibile ricorso alla crioconservazione, come introdotta dalla giurisprudenza costituzionale, e anche a questa eventualità presta, quindi, il suo consenso». Le informazioni che il personale sanitario è tenuto a fornire, prosegue la Corte, devono inoltre «necessariamente investire tutte le conseguenze del vincolo derivante dal consenso espresso, quindi la possibilità che si verifichi uno iato temporale (anche significativo) tra fecondazione e impianto»; si tratta di obblighi assai significativi, anche in considerazione della ricordata preminente funzione che qui il consenso assume in rapporto all'acquisizione dello *status filiationis*<sup>30</sup>. Dunque, conclude la Corte sul punto, «se è pur vero che dopo la fecondazione la disciplina dell'irrevocabilità del consenso si configura come un punto di non ritorno, che può risultare freddamente indifferente al decorso del tempo e alle vicende della coppia, è anche vero che la centralità che lo stesso consenso assume nella PMA, (...), fa sì che l'uomo sia in ogni caso consapevole della possibilità di diventare padre», e ciò «rende difficile inferire, (...) una radicale rottura della corrispondenza tra libertà e responsabilità».

I giudici costituzionali proseguono ponendo in relazione tali considerazioni con gli ulteriori interessi costituzionalmente rilevanti, primo fra i quali quelli della donna «coinvolta in via immediata con il proprio corpo, in forma incommensurabilmente più rilevante rispetto a quanto accade per l'uomo»<sup>31</sup>. In effetti, solo per la donna, l'accesso alle tecniche di PMA comporta «il grave onere di

---

*legge mal riuscita*, Napoli, 2022, 8; I. BARONE, *Procreazione post mortem e status filiationis*, in *Fam. e Dir.*, 2020, 10, 949; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018, 79; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali*, cit., 299; M. P. IADICICCO, *Corpo e procreazione medicalmente assistita. I nodi ancora irrisolti della disciplina italiana*, in *Questione Giustizia*, 2016, 2, 238 ss.; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit. 1688 ss.

<sup>29</sup> [Corte cost., sent. n. 229 del 2015](#) su cui cfr., C. CASINI E M. CASINI, *Lo statuto dell'embrione umano: riflessioni dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015*, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 2016, 1, 201 ss.; I. PELLIZZONE, *Dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015: la rilevanza penale della selezione eugenetica e della soppressione degli embrioni malati*, in *Studium Iuris*, 2016, 7-8; L. CHIEFFI, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*, in *Giur. Cost.*, 2015, 6, 2111 ss.

<sup>30</sup> Sulle significative conseguenze del consenso informato in tale ambito, v. *supra* il par. 2.

<sup>31</sup> In argomento è stato rilevato che, inizialmente, il trattamento sanitario connesso alla PMA può coinvolgere anche la «componente maschile» della coppia, tuttavia, successivamente, la procedura si sviluppa «incidendo in misura inevitabilmente maggiore sulla posizione della donna, che, in ogni caso, resta l'unica destinataria della specifica fase dell'impianto in utero»; dunque, «si può ritenere che sul corpo del marito o del convivente (...) dopo un certo limite temporale non vengano più operate prestazioni sanitarie tali da configurare un vero e proprio trattamento sanitario» (B. LIBERALI, *Le nuove dimensioni del consenso informato*, cit., 46). L'Autrice prosegue tuttavia precisando che permangono «profili di problematicità rispetto alla prosecuzione di una procedura (...) che indubbiamente continua a dispiegare effetti» anche nei confronti dell'uomo.

mettere a disposizione la propria corporalità, con un importante investimento fisico ed emotivo in funzione della genitorialità che coinvolge rischi, aspettative e sofferenze, e che ha un punto di svolta nel momento in cui si vengono a formare uno o più embrioni»<sup>32</sup>; a questo investimento fisico ed emotivo, prosegue il Giudice costituzionale, «la donna si è prestata in virtù dell'affidamento in lei determinato dal consenso dell'uomo al comune progetto genitoriale. L'irrevocabilità di tale consenso appare quindi funzionale a salvaguardare [la sua] integrità psicofisica (...)» tutelata dall'art. 32 Cost. Le ripercussioni negative di un'eventuale revoca risulterebbero, inoltre, ancora più gravi qualora alla donna, a causa dell'età o delle condizioni fisiche, «non residuasse più la possibilità di iniziare un nuovo percorso di PMA, con una preclusione (...) assoluta della propria libertà di autodeterminazione in ordine alla procreazione».

Ancora sul punto, la Corte compie un ultimo – e troppo audace<sup>33</sup> – passaggio in ordine all'esistenza, in tale contesto, di una sorta di parallelismo tra PMA e procedura di interruzione volontaria della gravidanza (di seguito IVG): in quest'ultimo contesto, ricordano i giudici, il coinvolgimento del corpo della donna ha condotto la giurisprudenza costituzionale a ritenere «insindacabile» la «scelta politico-legislativa» di lasciarla «unica responsabile della decisione di interrompere la gravidanza, senza riconoscere rilevanza alla volontà del padre del concepito»<sup>34</sup>. *Mutatis mutandis* da tale pronuncia emerge come la medesima Corte abbia «consentito che la volontà dell'uomo, in ordine al destino del concepito nella fase successiva alla fecondazione dell'ovocita, perda rilevanza giuridica nonostante la decisione della donna precluda la sua possibilità di essere padre».

A tali considerazioni si sommano quelle inerenti all'embrione, espressamente ritenute dalla Corte «complementari»<sup>35</sup> agli interessi della donna. I giudici, in proposito, ricordano come abbiano in precedenza affermato che la sua «dignità» sia «riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.»<sup>36</sup> e che l'embrione abbia «in sé il principio della vita»<sup>37</sup>, da intendersi quale vita umana, in quanto «la fecondazione è tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano»<sup>38</sup>. L'embrione, proseguono i giudici, «viene infatti generato a motivo della speranza che una volta trasferito nell'utero dia luogo a una gravidanza e conduca alla nascita», per cui «quale che ne sia il, più o meno ampio,

<sup>32</sup> In proposito è stato osservato come dopo la fecondazione si generi nella donna una concreta aspettativa di maternità (A. MENDOLA, *Tutela della vita prenatale e limiti all'autodeterminazione procreativa nella crisi coniugale*, in *Corr. giur.*, 7, 2021, 942).

<sup>33</sup> *Infra*, par. 3.1.

<sup>34</sup> [Corte cost., ord. n. 389 del 1988](#).

<sup>35</sup> Sul significativo uso di questo termine e sulle sue conseguenze, v. *infra* par. 3.1.

<sup>36</sup> Già citata [Corte cost., sent. n. 229 del 2015](#) in riferimento alla tutela della dignità dell'embrione anche ove si sia al cospetto di embrioni soprannumerari o malati (su tale pronuncia v. nota n. 29).

Più ampiamente, sulle annose questioni relative alla crioconservazione degli embrioni non utilizzati, cfr. S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., in part. 223 ss. nonché M.P. IADICICCO, *Procreazione umana*, cit., spec. par. I, cap. IV.

<sup>37</sup> [Corte cost., sent. n. 84 del 2016](#) con riguardo alla ricerca clinica o sperimentale sugli embrioni.

Sulla pronuncia cfr. B. BRANCATI, [Il complesso rapporto tra il giudice costituzionale e il dibattito extra-giuridico, in relazione al problema della ricerca scientifica sugli embrioni](#), in questa *Rivista*, 2016/II; C. CASINI E M. CASINI, *Soggettività dell'embrione, "contraccezione di emergenza", obiezione di coscienza: riflessioni dopo la sentenza costituzionale 84/2016*, in *Dir. di Fam. e delle Pers.*, 2016, 2, 863 ss.; A. COSSIRI, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca degli embrioni*, in *Giur. Cost.*, 2016, 2, 763 ss.; M. P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, in [BioLaw Journal](#), 2, 2016, 83-196; P. SANFILIPPO, *L'esitazione della Consulta salva il divieto di ricerca sull'embrione*, in *Dir. pen. e processo*, 2016, 9, 1197 ss.

<sup>38</sup> In questo senso, come ricordato nella sentenza in commento, v. Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, C-34/10, sent. 18 ottobre 2011, *Brustle c. Greenpeace e V.*

riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico»<sup>39</sup>.

Ciò premesso, conclude la Corte, ove «si considerino la tutela della salute fisica e psichica della madre, e anche la dignità dell’embrione crioconservato, (...) risulta non irragionevole la compressione, in ordine alla prospettiva di una paternità, della libertà di autodeterminazione dell’uomo (...)); le tecniche di PMA mirano «a favorire la vita» ([sent. n. 162 del 2014](#)), volendo «assistere la procreazione – cioè la nuova nascita – e non la (sola) fecondazione, per cui non è precluso che la relativa disciplina possa privilegiare, anche nella sopraggiunta crisi della coppia, la richiesta della donna che, essendosi fortemente coinvolta, (...) sia intenzionata, anche dopo che sia decorso un rilevante periodo di tempo dalla crioconservazione, all’impianto dell’embrione»<sup>40</sup>.

La Corte, infine, dichiara non fondata anche la censura formulata dal rimettente con riguardo all’art. 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 8 CEDU. Ricorda, in proposito, come i giudici di Strasburgo, in questo ambito, abbiano più volte «rimarcato l’ampio margine di apprezzamento da riconoscere agli Stati nel risolvere un dilemma a fronte del quale (...) qualsiasi soluzione adottata dalle autorità nazionali avrebbe come conseguenza la totale vanificazione degli interessi dell’una o dell’altra parte»<sup>41</sup>. I giudici costituzionali escludono quindi che, nella legislazione italiana, «l’irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell’embrione, (...), superi il margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato (...)).

Chiarite le ragioni a sostegno dell’infondatezza, la Corte conclude la motivazione ponendo delle considerazioni che – a parere della scrivente – lasciano trasparire un certo grado di “imbarazzo”, dovuto alla consapevolezza delle gravi conseguenze derivanti dalla decisione in ordine al totale sacrificio di un fondamentale interesse coinvolto: la libertà di autodeterminazione dell’uomo in ordine alla scelta di diventare, o meno, padre.

Il Giudice costituzionale, infatti, afferma, da un lato, che «la previsione dell’irrevocabilità del consenso (...) mantiene un non insufficiente grado di coerenza anche nel nuovo contesto ordinamentale risultante dagli interventi» della Corte; dall’altro, conclude manifestando la sua piena consapevolezza in ordine alle significative «conseguenze che la norma (...) in ogni caso produce in

<sup>39</sup> Vengono richiamate, in argomento, le precedenti – e largamente ricordate – [sentenze nn. 84 del 2016](#) e [229 del 2015](#). In senso analogo, Corte EDU, Grande camera, sent. 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*, in cui i giudici affermano: «*human embryos cannot be reduced to “possessions” within the meaning of that provision*».

<sup>40</sup> Sul punto la Corte prosegue chiarendo che tale conclusione non può essere contraddetta dall’interesse del nato a seguito di PMA a una stabile relazione con il padre, che si potrebbe ritenere ostacolata dalla sopravvenuta separazione dei genitori: «altro è la dissolubilità del legame tra i genitori, altro è l’indissolubilità del vincolo di filiazione, che è comunque assicurata, nella legge n. 40 del 2004, dai ricordati artt. 8 e 9». Del resto, proseguono i giudici, «la considerazione dell’ulteriore interesse del minore a un contesto familiare non conflittuale non può essere enfatizzata al punto da far ritenere che essa integri una condizione esistenziale talmente determinante da far preferire la non vita».

<sup>41</sup> Il riferimento è alla nota sentenza della Corte EDU, 10 aprile 2007, *Evans c. Regno Unito* avente ad oggetto un caso molto simile a quello oggetto del giudizio *a quo* ma segnato, come la stessa Corte costituzionale ricorda, dalla «decisiva differenza che la revoca del consenso da parte dell’uomo è espressamente consentita (e quindi non può generare un affidamento della donna) dalla legge inglese (come del resto avviene anche in altri ordinamenti, quali quelli francese e austriaco)». In proposito occorre ricordare come la Corte di Strasburgo, in diverse occasioni, abbia chiaramente affermato che in tali ambiti non possa sostituirsi al legislatore nazionale nella valutazione degli interessi in gioco, dovendosi limitare a giudicare se le legislazioni pongano una normativa ragionevole, con una puntuale valutazione e un attento bilanciamento dei diritti e degli interessi di tutti i soggetti coinvolti (Grande Camera, sentenza 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*; Grande Camera, sentenza 3 novembre 2011, *S.H. and others c. Austria*). Inoltre, in ambiti analoghi a quelli oggetto della questione in commento, i giudici di Strasburgo hanno più volte chiarito come la Corte EDU debba sempre tener conto della peculiare delicatezza delle questioni trattate, soprattutto nei casi in cui siano coinvolte scelte etiche, non vi sia consenso generalizzato dei vari ordinamenti e il percorso della scienza medica sia ancora in evoluzione (sentenza 5 maggio 2022, *Lia c. Malta*; sentenza 2 ottobre 2012, *Knecht c. Romania*). Ancora in siffatti contesti, il margine di discrezionalità concesso agli Stati è da ritenersi più ampio (v., fra le molte, sentenza 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*; 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*; Grande Camera, sentenza 4 dicembre 2007, *Dickson c. Regno Unito*; la già menzionata sentenza 10 aprile 2007, Grande Camera, *Evans c. Regno Unito*).

capo all'uomo, destinato a divenire padre di un bambino nonostante siano venute meno le condizioni in cui aveva condiviso il progetto genitoriale», essendo altresì consapevole «che lo *status* di genitore comporta una modifica sostanziale dei diritti e degli obblighi di una persona, idonea a investire la maggior parte degli aspetti e degli affetti della vita».

Da qui il richiamo alle differenti soluzioni esistenti nel diversificato panorama – legislativo e giurisprudenziale – del diritto comparato, con un espresso riferimento alle recenti decisioni adottate dalla Corte israeliana, che ha subordinato la possibilità dell'impianto a determinate condizioni attinenti alla responsabilità genitoriale<sup>42</sup> e, più di recente in senso analogo, dalla Corte costituzionale colombiana. Quest'ultima, a fronte della revoca del consenso alla PMA da parte dell'uomo, ha consentito l'impianto dell'embrione – ritenendo un eventuale diniego lesivo del diritto della donna all'autodeterminazione riproduttiva – tuttavia disponendo, al medesimo tempo, che l'uomo potesse mantenere l'anonimato e, dunque, senza che il suo apporto alla PMA potesse generare alcun rapporto di filiazione (salvo, naturalmente, decisione contraria)<sup>43</sup>.

La consapevolezza in ordine alle discutibili conseguenze della decisione e, probabilmente, del forte disequilibrio che permane tra gli interessi coinvolti a fronte del mutato quadro normativo, conduce infine la Corte costituzionale italiana – nell'ultimo sintetico punto del *Considerato in diritto* – a richiamare la responsabilità del legislatore. I giudici concludono infatti la motivazione affermando che «nel nostro ordinamento, la ricerca, nel rispetto della dignità umana, di un ragionevole punto di equilibrio, eventualmente anche diverso da quello attuale, fra le diverse esigenze in gioco (...) non può che spettare primariamente alla valutazione del legislatore, alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale»<sup>44</sup>.

### 3.1. Considerazioni a margine della pronuncia. L'inesistenza di un punto di equilibrio derivante dalla giurisprudenza costituzionale

Dalla decisione della Corte costituzionale emerge, dunque, chiaramente la consapevolezza dell'impossibilità di soddisfare tutti i delicati interessi confliggenti coinvolti nella questione: la dichiarazione di infondatezza sacrifica, in assoluto, la libertà di autodeterminazione dell'uomo nella scelta di non divenire padre per il tramite della irrevocabilità del consenso nonostante il venir meno dei presupposti di accesso alla PMA.

Sotto questo profilo, l'*iter* argomentativo della decisione – pur coerente nel suo complesso – non soddisfa fino in fondo.

Il primo rilievo concerne il rapporto di interdipendenza che appare legare l'interesse della donna e la dignità dell'embrione: solo congiuntamente considerati, infatti, tali interessi sembrano legittimare il sacrificio della libertà di autodeterminazione dell'uomo. A conferma del legame indissolubile tra tali interessi l'utilizzo, in riferimento a quest'ultimi, dell'aggettivo «complementari»<sup>45</sup>, posto all'inizio del punto 12.2 del *Considerato in diritto* nonché il primo periodo del successivo punto 12.3,

<sup>42</sup> Sulle pronunce della Corte israeliana, anche in materia di revoca del consenso in riferimento alla pratica della maternità surrogata, v. M. ACIERNO, *Tecniche di riproduzione assistita e revoca del consenso: una questione ancora insoluta*, in *Quaderno AIAF*, 2, 2015, 3 e, del medesimo Autore, *Il potere di disposizione sugli embrioni prima dell'impianto*, in *Questione Giustizia*, Milano, 3, 1999, 463.

Si veda altresì la più risalente pronuncia della Corte Suprema di Israele *Nahmani c. Nahmani* del 12 settembre 1996 su cui v. E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale di fronte*, cit., 133 ss.

<sup>43</sup> Corte costituzionale colombiana, [sent. T-357/22 del 13 ottobre 2022](#). Rilievi critici in ordine a tale soluzione sono espressi nel paragrafo successivo (*infra*, par. 3.1.)

<sup>44</sup> La Corte richiama sul punto la [sentenza n. 221 del 2019](#) con riguardo al divieto di accesso alle tecniche procreative per le coppie *same sex* femminili.

<sup>45</sup> Aggettivo che indica «ciò che serve di complemento, cioè di completamento, di integrazione: bene o interesse complementare, che serve allo scopo cui è destinato solo se impiegato unitamente a un altro» (*Enciclopedia Treccani*).

in cui la Corte utilizza espressamente tale unione per motivare il rigetto: «Ove (...) si considerino la tutela della salute fisica e psichica della madre, e anche la dignità dell’embrione crioconservato, che potrebbe attecchire nell’utero materno, risulta non irragionevole la compressione, in ordine alla prospettiva di una paternità, della libertà di autodeterminazione dell’uomo, in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost.».

Tale complementarità non appare convincente sembrando di fatto negare che la tutela dei più volte menzionati interessi della donna posseggano, da soli, la forza sufficiente a legittimare il sacrificio dell’opposta libertà dell’uomo. È proprio questo peso attribuito alla dignità dell’embrione, come sostanziale e decisivo “ago della bilancia” della decisione, a non convincere nell’impostazione della motivazione. In effetti, un conto è sostenere che l’embrione abbia «in sé il principio della vita» ([sent. n. 84 del 2016](#)) e che non sia «certamente ridicibile a mero materiale biologico» ([sentt. nn. 84 del 2016](#) e [229 del 2015](#)), altro è attribuirgli, come in questo caso appare, un valore con efficacia dirimente tra l’interesse della donna e quello dell’uomo.

Assai preferibile, dunque, sarebbe stata una motivazione puntualmente fondata sui richiamati interessi della donna e sulle argomentazioni a sostegno della loro preminenza; a questi, può certamente affiancarsi l’interesse della tutela della dignità dell’embrione ma non sino al punto di attribuirgli una posizione di complementarità tale da fondare, in sostanza, il rigetto della questione e il conseguente assoluto sacrificio della libertà di autodeterminazione dell’uomo.

Del resto, come la stessa Corte ricorda anche nella sentenza in commento, la giurisprudenza costituzionale ha da tempo affermato che «non esiste equivalenza fra (...) chi è già persona (...) [e chi] persona deve ancora diventare»<sup>46</sup>. Tale impossibilità di equivalenza è inoltre deducibile dalla ricordata possibilità per la donna di rifiutare, in qualunque momento, l’impianto (nonostante l’originario consenso prestato alla PMA), così confermando l’inesistenza, in riferimento all’embrione, di un diritto a nascere.

A non persuadere, inoltre, è il ricordato parallelismo posto dal Giudice delle leggi tra PMA ed interruzione volontaria di gravidanza (IVG). Pur essendo consapevoli che tale correlazione è posta dalla Corte unicamente in una funzione prodromica alla legittimazione della mancata valenza del consenso dell’uomo, in ambiti così delicati appare preferibile non correre il rischio – neanche in astratto – di prestare il fianco a pericolose assimilazioni tra due situazioni profondamente differenti: da un lato, la sola esistenza di un embrione fecondato (e non impiantato) che, come affermato dalla stessa Corte, ha in sé solo «la speranza che una volta trasferito nell’utero dia luogo a una gravidanza e conduca alla nascita»; dall’altro l’IVG, in cui si è in presenza di una gestazione già pienamente in corso nel corpo della donna, spesso anche di diversi mesi. In altri termini, assimilare, seppur al solo

---

<sup>46</sup> [Corte cost., sent. n. 27 del 1975](#) avente ad oggetto il rapporto tra la tutela della madre e quella dell’embrione nell’ambito dell’interruzione volontaria di gravidanza. Dalla dignità riconosciuta dal Giudice delle leggi all’embrione non può derivare una sua qualificazione in termini di persona umana e, dunque, di essere titolare di diritti al pari degli altri soggetti coinvolti nelle tecniche di PMA (o di IVG).

Sulla portata della dignità riconosciuta all’embrione nel sistema costituzionale e sulle delicate questioni ad essa connesse, v. ampiamente, anche in riferimento alla dottrina richiamata, S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita*, cit. v., altresì, E. NAVARRETTA, *Il diritto a nascere sano e la responsabilità del medico*, in *Resp. civ. e prev.*, 1990, 1053 ss. la quale rileva che la sub-valenza della tutela del nascituro si giustifica con la scelta «a favore della persona già formata» pur precisando che, fuori da tale ambito «si deve sostenere la tutela piena dell’embrione, in tutto il raggio del suo peculiare statuto».

Una ricostruzione differente è offerta da F. D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40?*, cit., secondo cui l’attribuzione all’art. 1, comma 1, della legge n. 40 del 2004, «della soggettività al concepito, interpretata in coerenza con il costante indirizzo della Corte costituzionale (...)», comporta la «tutela della “sopravvivenza” dell’embrione “conteso” tra i due genitori quando, a seguito della sopraggiunta crisi della coppia, insorga un contrasto (...)»

In tale ambito occorre altresì ricordare come la Corte EDU, nella sentenza 16 gennaio 2018, *Nedescu c. Romania* abbia precisato che, pur non potendosi affermare che «l’embrione/feto» sia «una “persona” con il “diritto alla vita”», la «potenzialità di quell’essere e la sua capacità di diventare persona (...) richiedono protezione in nome della dignità umana» (v., altresì la già citata pronuncia della Grande Camera, *Parrillo c. Italia* del 27 agosto 2015).



citato fine, un embrione non impiantato a una gravidanza in atto appare assai rischioso, potendo condurre, nel futuro, a pericolose simmetrie tra il regime giuridico delle due, ben differenti, situazioni.

Volendo poi guardare la decisione da una differente prospettiva, si ritiene che la Corte avrebbe probabilmente goduto di un sufficiente margine di azione anche per adottare una soluzione di segno diverso, ritenendo che la norma censurata finisse per comprimere irragionevolmente la libertà di autodeterminazione dell'uomo, imponendo – in seguito ai più volte richiamati interventi giurisprudenziali – una “cristallizzazione” della sua volontà, anche per un significativo intervallo di tempo, a prescindere dal possibile cambiamento delle condizioni previste dalla legge n. 40 del 2004 in riferimento all'accesso alle tecniche PMA.

In ordine a tale esito, non ha certamente giovato il verso dell'addizione suggerito dal rimettente il quale, nonostante nell'*iter* argomentativo dell'ordinanza ponga più volte in risalto la centralità del venir meno dei presupposti soggettivi di accesso alla procedura, si limita a chiedere l'incostituzionalità della norma «quanto meno nella parte in cui non prevede, successivamente alla fecondazione dell'ovulo, un termine per la revoca del consenso».

Nessun rilievo è dunque attribuito, almeno nel *petitum*, al venir meno, per effetto del decorso del tempo, delle condizioni di accesso alle tecniche procreative relative al rapporto della coppia.

È pur vero che, dal percorso logico-giuridico compiuto nell'ordinanza e alla luce delle motivazioni addotte a sostegno dei dubbi di costituzionalità, emerge chiaramente come il rimettente, in realtà, non miri ad una manipolazione additiva volta ad ottenere un termine per la revoca successivo alla fecondazione (e precedente all'impianto), quanto, piuttosto, alla possibilità di superare l'irrevocabilità del consenso al venir meno delle condizioni soggettive che avevano legittimato l'accesso alla procedura.

Alla luce di tali considerazioni, il giudice *a quo* avrebbe dovuto chiedere alla Corte costituzionale di dichiarare l'illegittimità della norma censurata «nella parte in cui non prevede che l'uomo possa revocare il consenso nel caso in cui, in seguito alla fecondazione dell'ovulo e prima dell'impianto dell'embrione nell'utero della donna, siano venuti meno i requisiti di accesso alle tecniche».

Ciò detto, occorre tuttavia rilevare come, ormai da tempo, il Giudice delle leggi non si sottragga – ove lo ritenga necessario – a una rimodulazione del verso dell'addizione soprattutto se, come in questo caso, essa risulta chiaramente deducibile dagli argomenti edotti dallo stesso rimettente nel percorso argomentativo dell'ordinanza.

Con riguardo alle possibili ragioni a sostegno dell'accoglimento, già da tempo parte della dottrina ha rilevato come, se il legislatore del 2004 ha contemplato il legame della coppia quale indefettibile presupposto di accesso alla PMA, appare ragionevole ritenere che tale elemento sia considerato come un presupposto essenziale delle tecniche procreative la cui sussistenza deve esistere, non solo nel momento della fecondazione dell'embrione ma anche, in quello successivo, dell'impianto<sup>47</sup> (momenti sostanzialmente contestuali, è bene ricordarlo, prima della [sentenza n. 151 del 2009](#)), a conferma del comune progetto genitoriale dal quale discendono le ricordate responsabilità in ordine alla creazione dello *status filiationis*<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> V. E. QUADRI, *Se la situazione cambia: separazione personale dei coniugi e impianto di embrioni crioconservati*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2021, 3, 654 ss., il quale, quasi provocatoriamente, si chiede se «il venire meno dei requisiti richiesti dall'art. 5 (...) non sia da considerare di per sé stesso, sul piano oggettivo, senz'altro ostativo alla prosecuzione (...) dell'applicazione delle tecniche di p.m.a., anche a fronte, quindi, di una eventuale volontà in senso favorevole degli interessati». In senso contrario P. BRUNESE, *La legge n. 40 del 2004*, cit., in cui si osserva che interrompere la PMA dopo la fecondazione sarebbe contrario «allo spirito» della legge «che fornisce una tutela massima all'embrione, proteggendo il suo interesse a nascere» (14-15).

<sup>48</sup> In argomento occorre altresì rilevare che il principio della revocabilità del consenso da parte dell'uomo, fino al momento antecedente all'impianto nell'utero della donna, sia contemplato in diversi ordinamenti dell'area europea come dimostrano le legislazioni inglese, austriaca e francese. Quest'ultima, inoltre, contiene una significativa specificazione proprio in riferimento alle conseguenze connesse al venir meno del rapporto di coppia, stabilendo che il deposito di una

Tale considerazione relativa alla centralità, o meglio, all'imprescindibilità dell'unione della coppia nell'impostazione della legge, sembra oltretutto confermata dall'assoluta impossibilità di accesso alle tecniche di PMA per le donne *single*, ipotesi che tuttavia, come si dirà a brevissimo, rappresenta un'auspicabile strada percorribile al fine di ribilanciare – almeno in parte – gli evidenti squilibri oggi presenti nella legge n. 40 del 2004, anche a seguito della [sentenza n. 161 del 2023](#)<sup>49</sup>.

Tuttavia, prima di concludere sul punto, si pongono alcune ultime riflessioni in ordine agli effetti della decisione in commento. Come ricordato dalla stessa Corte, dal rigetto della questione discendono conseguenze assai significative sull'uomo obbligato, nell'ipotesi di esito positivo della procedura, «a divenire padre di un bambino nonostante siano venute meno le condizioni in cui aveva condiviso il progetto genitoriale»; inoltre, «lo *status* di genitore comporta una modifica sostanziale dei diritti e degli obblighi di una persona, idonea a investire la maggior parte degli aspetti e degli affetti della vita». Si tratta di conseguenze, è evidente, assai significative, idonee ad incidere fortemente anche sullo stato psicofisico dell'uomo (nonché, come si dirà, della donna e del futuro comune figlio)<sup>50</sup>.

Ne discende, quantomeno, la necessità di rafforzare ulteriormente la disciplina relativa al consenso informato, prescrivendo al personale sanitario non solo la comunicazione relativa alla crioconservazione e all'irrevocabilità del consenso in seguito alla fecondazione ma imponendo, più puntualmente, un vero e proprio obbligo informativo – anche nella documentazione scritta – con riguardo alla circostanza per cui, in seguito alla [sentenza n. 161 del 2023](#), tale irrevocabilità resta ferma anche qualora siano venuti meno i presupposti di accesso alla PMA relativi all'unione della coppia.

Infine, dalla consapevolezza della Corte costituzionale in ordine ai significativi effetti della sua decisione e, forse, dalla non piena convinzione del quadro giuridico da essa derivante, sembra discendere il menzionato richiamo, nella parte conclusiva della motivazione, alle differenti soluzioni adottate in altri Stati. In tale contesto, l'unico riferimento esplicito è alle recenti decisioni assunte delle Corti israeliana e colombiana che, in vicende analoghe, hanno consentito l'impianto dell'embrione permettendo, tuttavia, l'assimilazione dell'*ex partner* a un donatore anonimo in seguito alla revoca del consenso alla PMA.

Pur non essendo questa la sede per entrare dettagliatamente nel merito di tali pronunce, sia qui consentito rilevare che una simile soluzione – almeno nel contesto della legislazione italiana – non sembra offrire un'adeguata risposta al fine riequilibrare tutti i delicati interessi in gioco.

In effetti, una modifica in questo senso, oltre a comportare una quasi integrale deresponsabilizzare dell'uomo in riferimento alle conseguenze derivanti dalla PMA – così vanificando le legittime aspettative della donna anche in ordine alla futura gestione del rapporto (bi)genitoriale<sup>51</sup> – finirebbe per riversare la maggior parte degli effetti della revoca sullo *status* giuridico del futuro figlio, privandolo – nonostante il consenso originariamente espresso – di una figura genitoriale (con rilevanti conseguenze anche sotto il profilo economico).

Si tratta proprio di quegli effetti che, comportando un forte decremento di tutele dei figli nati all'esito della PMA, l'attuale legislazione italiana mira specificamente ad evitare stabilendo che essi assumono lo stato di figli nati nel matrimonio o riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà

---

domanda di divorzio o di separazione legale, nonché la cessazione della vita in comune, facciano venire meno la validità del consenso precedentemente prestato alla PMA.

<sup>49</sup> Ancora con riguardo all'esistenza di un possibile "margine" per l'accoglimento della questione, va tuttavia rilevato che, come noto, la Corte, quando ritenga che non possa dirsi evidentemente irragionevole la scelta compiuta del legislatore all'esito di bilanciamento, decida per il rigetto; ciò sempre in funzione del rispetto, nella misura più ampia possibile, della decisione politica. È pur vero che, nello specifico contesto della sentenza in commento, la normativa sia il risultato non tanto degli interventi legislativi quanto, piuttosto, delle precedenti manipolazioni della giurisprudenza costituzionale (ampiamente, *supra*. par. 2).

<sup>50</sup> *Infra*, par. 4.

<sup>51</sup> Sul punto v. anche le riflessioni contenute nel successivo par. 4.

di ricorrere alla procedura (art. 8, l. n. 40 del 2004) e che, nelle ipotesi di PMA di tipo eterologo, il coniuge o il convivente che abbia espresso il consenso non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità, né impugnare il riconoscimento per difetto veridicità (art. 9, comma 1).

#### 4. Un riequilibrio normativo necessario e possibile: l'accesso alla PMA per le donne single

In considerazione delle riflessioni sinora proposte, la soluzione per ricomporre – almeno in parte – il disequilibrio venutosi a creare anche a seguito della sentenza in commento, consentendo di tutelare il diritto della donna alla filiazione e, al contempo, la libertà di autodeterminazione dell'uomo a non divenire padre, non può che essere assai differente e chiama necessariamente in causa, a parere della scrivente, il legislatore<sup>52</sup>.

Il riferimento è alla necessità che la normativa italiana, al pari di diversi Stati dell'area eurounitaria, consenta l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita anche alle donne *single*. In proposito, giova rilevare come, nella decisione in commento, venga correttamente precisato che un'eventuale revoca del consenso da parte dell'uomo risulterebbe ancora più grave «qualora, a causa dell'età (...) non residuasse più la possibilità di iniziare un nuovo percorso di PMA, con una preclusione, a questo punto, assoluta della propria libertà di autodeterminazione in ordine alla procreazione».

È evidente, in effetti, come nel caso di specie<sup>53</sup> – e in quelli analoghi in cui la donna ha un'età avanzata rispetto al progetto di filiazione – l'unica opportunità per divenire madre sia procedere, forzatamente, con l'impianto dell'embrione fecondato con il precedente *partner*, non residuando alcuna ulteriore alternativa di accesso alla PMA essendo quest'ultima subordinata all'esistenza di uno stabile rapporto di coppia<sup>54</sup>. Ciò, oltre a condurre alle più volte esposte conseguenze negative sull'uomo, non può che ripercuotersi, in maniera assai significativa, anche sullo stato psicofisico della donna (costretta ad avere un figlio con uomo che vorrebbe rinunciare alla paternità e con il quale è venuto meno ogni rapporto affettivo) nonché, di riflesso, sul nato a seguito della PMA consapevole della paternità non desiderata e, di conseguenza, imposta dalla madre<sup>55</sup>. Si tratta, con tutta evidenza, di un panorama da cui sembra residuare davvero poco spazio per la tutela della dignità dei diversi soggetti coinvolti e destinato ad avere perduranti e significative ripercussioni sul loro stato psicofisico nel corso della vita.

---

<sup>52</sup> In proposito vale la pena ricordare che, in riferimento al diverso ma connesso tema dell'omogenitorialità, in dottrina è stato rilevato come il Giudice delle leggi «riconosce che esistono, in alcune materie di particolare rilevanza etica, spazi che la Costituzione non “copre”, lasciando una relativa libertà al legislatore, e rifiuta di potersi sostituire a quest'ultimo. È semmai il legislatore rappresentativo a doversi porre quale interprete della coscienza sociale, ad avere le “antenne” per intercettarla e tradurla – o non tradurla, se una tale sensibilità non sia né diffusa né “riconoscibile” o sia di segno contrario a quello che alcuni auspicano – in atti normativi» (N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 27 gennaio 2021, 11).

<sup>53</sup> Nella fattispecie da cui trae origine il giudizio *a quo* la ricorrente aveva intrapreso il percorso di PMA all'età di quarantadue anni e, dunque, al momento della decisione della Corte costituzionale ne ha quarantotto.

<sup>54</sup> Ben diversa sarebbe l'ipotesi in cui, nonostante l'età avanzata, fosse concesso alle *single* di accedere alle tecniche di PMA: le donne avrebbero così la possibilità di intraprendere, nel tempo ancora disponibile derivante dall'età, un nuovo percorso di procreazione senza necessità di imporre la propria scelta al precedente *partner* o di formare un nuovo stabile rapporto di coppia.

<sup>55</sup> Tali riflessi negativi sul nato – e sulla sua vita – sembrano contraddire anche quanto prescritto dalla Convenzione sui diritti del fanciullo (New York, 20 novembre 1989) la quale declina uno specifico e pieno diritto del minore a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione (v., in particolare, artt. 3 e 7).

Ben diversa, invece, sarebbe l'ipotesi in cui fosse consentito alla donna, al pari di altre legislazioni presenti in Europa, di accedere autonomamente alle tecniche di PMA<sup>56</sup> e di istaurare un autonomo rapporto di filiazione con il nato la cui situazione giuridica sarebbe, dunque, assimilabile a quella dei numerosi figli riconosciuti in Italia da un unico genitore (ipotesi che già rientra nelle famiglie c.d. monogenitoriali)<sup>57</sup>.

Potrebbe obiettarsi, al riguardo, che tale soluzione non sarebbe differente da quella contenuta nella richiamata (e qui contestata) decisione della Corte costituzionale colombiana.

Il rilievo non sembrerebbe tuttavia cogliere nel segno: le due alternative risultano profondamente differenti soprattutto in ordine all'assai diverso grado di consapevolezza della donna che si sottopone agli incisivi trattamenti di PMA. Nella soluzione proposta – accesso alla PMA per le donne *single* – la scelta in ordine alla decisione di divenire madre viene assunta singolarmente, e in maniera pienamente consapevole, dalla donna *ab origine*; nessun affidamento – a differenza del caso deciso dal Giudice colombiano – viene dunque riposto sul consenso dell'uomo alla PMA nonché sul suo futuro coinvolgimento, anche di natura economica, nella crescita del figlio.

In altri termini, nell'ipotesi qui proposta la donna si sottoporrebbe a «quel forte investimento fisico ed emotivo»<sup>58</sup> determinato dalla PMA, non in virtù dell'affidamento in lei generato dal consenso (poi revocato) dell'uomo al comune progetto genitoriale, quanto esclusivamente in ragione della sua libertà di autodeterminazione in ordine alla volontà di divenire madre e, dunque, nella piena consapevolezza, sin dall'inizio, di formare una famiglia monogenitoriale.

Del resto, l'esistenza di un vero e proprio diritto di accesso alla PMA per le donne *single* – sia pure con differenti presupposti e modalità – è ormai riconosciuto in diversi Paesi dell'area europea tra i quali figura, da ultimo, la Francia che ha approvato una riforma in tal senso nel giugno del 2021<sup>59</sup>. Ciò porta con sé un'ulteriore conseguenza che non può essere ignorata: per eludere il divieto posto dalla normativa italiana, molte donne si recano in uno dei Paesi in cui tale accesso è consentito ma questo, a ben vedere, determina un significativo elemento di discriminazione in riferimento a quelle persone che, pur avendo maturato un saldo desiderio di maternità, non dispongono dei sufficienti mezzi economici per affrontare la lunga procedura oltreconfine. Si tratta di una riflessione che, evidentemente, chiama in causa anche il principio di uguaglianza sostanziale il quale, come noto, impone allo Stato di rimuovere ogni ostacolo di ordine economico sociale che impedisce, di fatto, il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.)<sup>60</sup>.

L'auspicio, dunque, è quello di una riforma che – anche al fine di ovviare alle diverse criticità in questa sede emerse – sappia ridisegnare una normativa in materia di PMA che cessi di ruotare esclusivamente attorno alla “coppia”, al fine di garantire un sistema che, in conformità alla giurisprudenza costituzionale e in coerenza con i fini della legge n. 40 del 2004, sia realmente volto

---

<sup>56</sup> Si tratterebbe, evidentemente, di un'ipotesi di PMA di tipo eterologo, pratica già consentita nella legislazione italiana anche grazie ai più volte richiamati interventi manipolativi del Giudice costituzionale (*supra*, nota n. 8).

<sup>57</sup> Un approfondito studio in ordine alla posizione assunta dai figli nel sistema costituzionale, anche in relazione ai significativi cambiamenti intervenuti nella nozione di “famiglia”, è contenuto in F. PATERNITI, *Figli e ordinamento costituzionale*, Napoli, 2019.

<sup>58</sup> [Corte cost., sent. n. 161 del 2023](#).

<sup>59</sup> Tra i Paesi che, secondo diverse modalità e limiti, consentono l'accesso alle tecniche PMA anche alle donne *single* figurano: il Regno Unito, l'Irlanda, la Spagna, il Portogallo, la Germania, la Grecia, il Belgio, la Danimarca, la Finlandia e la Svezia.

<sup>60</sup> È un problema che si pone anche in relazione alle coppie del medesimo sesso, portando con sé l'ulteriore drammatica questione relativa al mancato riconoscimento di entrambe le figure genitoriali nell'atto di nascita dei figli registrati in Italia (su cui v. la precedente nota 8).

In argomento, anche per un'analisi della recente giurisprudenza costituzionale al riguardo, si rinvia a S. TALINI, *Unioni civili, omogenitorialità e Costituzione*, cit. nonché all'ampia indagine contenuta in G. BUFFONE, M. GATTUSO, M. M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Milano, 2017, 300 ss.

«a favorire la vita»<sup>61</sup>, non solo attraverso la tutela della dignità embrione ma, soprattutto, garantendo a un numero sempre più ampio di persone un effettivo accesso al diritto alla filiazione<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Più volte richiamata [Corte cost., sent. n. 162 del 2014](#), su cui v. nota 8.

<sup>62</sup> Non sembra questa, purtroppo, la direzione intrapresa dal legislatore con le iniziative legislative più recenti. Basti pensare al disegno di legge sul c.d. reato universale, già approvato dalla Camera dei deputati il 26 luglio 2023, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero dal cittadino italiano per il tramite della modifica dell'art. 12 della legge n. 40 del 2004, la cui introduzione è stata definita «di chiara ispirazione propagandistica, di evidente matrice identitaria, nonché priva di ogni utilità sul piano concreto» (G. LUCCIOLI, *Il totem del “reato universale” e quei bambini dimenticati dal Parlamento*, in [Questione Giustizia](#), 4 settembre 2023; in argomento cfr. anche M. D'AMICO, *Il “reato universale” di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, in [Rivista AIC](#), 4, 2023, 1° agosto 2023 nonché E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale di fronte*, cit., 136).

**Giovanni Cavaggion**  
**Presidente del Consiglio, Ministri e doppia cittadinanza:**  
**tra “conflitti di fedeltà” e apertura internazionale\***

**ABSTRACT:** *The article studies the constitutional issues connected to the possible case of a President of the Council (or a Minister) with double (or multiple) citizenship. The issues are framed in the context of the constitutional duties of the members of the Government in the Italian constitutional system (that require a special level of allegiance to the Republic) on the one hand, and of the international openness and pluralism that the Italian Constitution embraces on the other. The article argues that while it is not possible to infer a general rule on the matter at hand from the Constitution, single problematic cases should be handled within the perimeter of the constitutional controls on national policy.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Presidente del Consiglio, Ministri e cittadinanza italiana. – 3. Presidente del Consiglio, Ministri e cittadinanza multipla: questioni problematiche. – 4. La rilevanza e le possibili conseguenze del “conflitto di fedeltà” del componente del Governo con cittadinanza multipla. – 5. (segue) La necessità di un controllo del Presidente della Repubblica (e del Parlamento) sui “conflitti di fedeltà”. – 6. Prospettive future: l’evoluzione della cittadinanza europea e la (possibile) revisione semipresidenziale o neoparlamentare della forma di governo. – 7. Conclusioni.

### 1. Introduzione

La vittoria di Elly Schlein alle elezioni primarie per la segreteria del Partito Democratico del 2023 ha certamente rappresentato una svolta nella storia repubblicana, sotto molteplici punti di vista<sup>1</sup>. Per la prima volta una donna ha assunto il ruolo di segretario dell’ultimo partito che, nel panorama politico attuale, può dirsi erede diretto delle formazioni che componevano l’“arco costituzionale”, così segnando un importante passo sulla strada verso un’effettiva parità di genere<sup>2</sup>. Per la prima volta, nella medesima prospettiva, sono due donne ad avere assunto la guida del principale partito di maggioranza e del principale partito di opposizione<sup>3</sup>. Per la prima volta, con implicazioni notevoli per il dibattito sulla democrazia interna dei partiti, il voto degli elettori è risultato decisivo per ribaltare le indicazioni originariamente ricavate dal voto degli iscritti<sup>4</sup>. Inoltre, laddove la nuova *leader* del Partito Democratico dovesse essere chiamata, in futuro, a formare il Governo o a farne parte (eventualità tutt’altro che remota, se appena si considera che nelle ultime due decadi il PD ha espresso il Presidente del Consiglio in tre Esecutivi, e uno o più Ministri in cinque), per la prima volta si avrebbe un Presidente del Consiglio (o un Ministro) in possesso di cittadinanza straniera (Schlein possiede infatti, oltre alla cittadinanza italiana, le cittadinanze svizzera e statunitense).

Sotto quest’ultimo profilo, si offre quindi alla dottrina giuspubblicistica l’occasione per interrogarsi su di una questione che, a quanto consta, è sino a oggi rimasta in un vero e proprio “cono d’ombra” degli studi costituzionali, e cioè se sia possibile, nel nostro ordinamento, che il Presidente del Consiglio (o un Ministro) sia (in via esclusiva, ovvero in aggiunta alla cittadinanza italiana) un cittadino straniero.



<sup>1</sup> Si veda R. BIN, “Le belle bandiere” e la vittoria di Elly Schlein, in [laCostituzione.info](#), 1° marzo 2023.

<sup>2</sup> Sul tema si veda P. BILANCIA, *Alcune riflessioni sull’eguaglianza di genere e sui diritti delle donne nella società multiculturale*, in G. Caravale, S. Ceccanti, L. Frosina, P. Piciacchia, A. Zei (a cura di), *Scritti in onore di Fulco Lanchester*, Napoli, Jovene, 2022, 177 ss.

<sup>3</sup> Il riferimento è a Giorgia Meloni, *leader* di Fratelli d’Italia (e Presidente del Consiglio nel primo Esecutivo della XIX legislatura) e, appunto, a Elly Schlein, *leader* del Partito Democratico.

<sup>4</sup> Che aveva inizialmente visto prevalere Stefano Bonaccini. Si veda sul tema L. GORI, *I paradossi della democraticità interna ai partiti politici. Le c.d. elezioni primarie del Partito democratico*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 5, 2023. Sui meccanismi di democrazia interna adottati dal Partito Democratico si veda F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, Giappichelli, 2017, specie 84 ss. e 179 ss.

L'interrogativo, che potrebbe a un primo sguardo apparire annoverabile tra i cosiddetti "casi di scuola", o tra i meri esercizi teorici, è in realtà più che mai attuale, in società, come le nostre, che divengono sempre più globalizzate<sup>5</sup>, multiculturali<sup>6</sup> e integrate (sul piano europeo e internazionale)<sup>7</sup>, come dimostra (oltre al caso italiano) il quadro comparato, ove a partire dalla fine del secolo scorso è accaduto sempre più frequentemente che individui in possesso di cittadinanze multiple fossero chiamati a svolgere funzioni apicali nell'ambito del potere Esecutivo<sup>8</sup>.

Il caso più noto è, forse, quello di Boris Johnson, che ha formalmente rinunciato alla cittadinanza statunitense (che possedeva per nascita) nel 2016, anno in cui è stato nominato Ministro degli Esteri nel primo Governo May<sup>9</sup>, e tre anni prima di divenire, nel 2019, *leader* del *Conservative Party* (e conseguentemente, in forza del quasi-automatismo tipico della forma di governo inglese, Primo Ministro), motivando la decisione sulla base non già di una specifica norma, bensì della necessità di dimostrare il suo esclusivo "impegno nei confronti del Regno Unito"<sup>10</sup>.

Molti altri esempi più o meno simili possono essere rintracciati, a livello internazionale, nelle ultime tre decadi e, a un primo sommario esame, sembrano poter essere divisi tra casi in cui la rinuncia alla seconda cittadinanza straniera è stata dettata da ragioni di opportunità, o comunque in assenza di una espressa previsione costituzionale (o finanche primaria) in tal senso (come è stato quello di Boris Johnson), e casi in cui invece la rinuncia è stata imposta dalla normativa nazionale vigente.

Ascrivibile alla prima categoria è, ad esempio, il caso della campagna elettorale per il Consiglio Federale della Svizzera (Esecutivo della Confederazione) del 2017, quando un candidato (poi eletto) ha rinunciato preventivamente alla cittadinanza italiana, e un altro (non eletto) ha dichiarato che, in caso di elezione, avrebbe rinunciato alla cittadinanza francese<sup>11</sup>. Altro caso di rinuncia non espressamente imposta dalla Costituzione è stato quello dell'economista Pedro Pablo Kuczynski, Presidente del Perù dal 2016 al 2018 (e precedentemente, tra il 2001 e il 2006, Ministro dell'Economia e Primo Ministro del medesimo Paese), che ha rinunciato alla cittadinanza statunitense proprio in occasione della sua candidatura alla presidenza nel 2015 (invitando la candidata rivale Veronika Mendoza a fare lo stesso con la propria cittadinanza francese)<sup>12</sup>.

Ascrivibile alla seconda categoria è invece, ad esempio, il caso del secondo Governo Yatsenyuk, formatosi in Ucraina nel 2014, che ha visto la nomina a Ministri di ben tre cittadini stranieri (tra cui un ex funzionario del Dipartimento di Stato statunitense e un ex Ministro della Georgia), a cui è stata concessa dal Presidente Poroshenko la cittadinanza ucraina proprio in occasione della nomina, e a cui fu chiesto di rinunciare alle rispettive cittadinanze straniere entro due anni, in accordo con la vigente

---

<sup>5</sup> Sull'interazione tra globalizzazione e cittadinanza si veda, per tutti, Y. HARPAZ, *Citizenship 2.0: dual nationality as a global asset*, Princeton, Princeton University Press, 2019.

<sup>6</sup> Sull'interazione tra multiculturalismo (in senso descrittivo e/o prescrittivo) e cittadinanza si veda, per tutti, W. KYMLICKA, *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

<sup>7</sup> Sull'interazione tra integrazione europea e cittadinanza si veda, per tutti, C. LEMKE, *Citizenship and European integration*, in *World Affairs*, vol. 160, n. 4, 1998.

<sup>8</sup> Al punto che la dottrina straniera ha iniziato a occuparsi, almeno preliminarmente, della questione. Si vedano, ad esempio: P.J. SPIRO, *Dual nationality and the meaning of citizenship*, in *Immigration and Nationality Law Review*, n. 18, 1997, 1479 ss.; T.M. FRANCK, *Clan and superclan: loyalty, identity and community in law and practice*, in *American Journal of International Law*, vol. 90, n. 3, 1995, 378 ss.; S.H. LEGOMSKY, *Dual nationality and the new world of multiple allegiances*, in *Defense of the Alien*, n. 24, 2001; S. VASCIANNIE, *The Constitution and the rule of law: some recent developments in Jamaica*, in *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 35, n. 1, 2009; H. HOBBS, S. PILLAI, G. WILLIAMS, *The disqualification of dual citizens from Parliament: three problems and a solution*, in *Alternative Law Journal*, vol. 43, n. 2, 2018.

<sup>9</sup> Non è chiaro, per la verità, se egli abbia rinunciato subito prima o subito dopo la nomina a Ministro, mentre i commentatori concordano sul fatto che la rinuncia sia stata operata nella prospettiva imminente di una candidatura alla *leadership* del Partito Conservatore e a Primo Ministro.

<sup>10</sup> Cfr. *Boris Johnson "intends to renounce US citizenship"*, in *BBC News*, 15 febbraio 2015.

<sup>11</sup> Il primo dei due candidati era Ignazio Cassis, il secondo Pierre Maudet. Cfr. *Ignazio Cassis rinuncia al passaporto italiano*, in [tvsvizzera.it](https://www.tvsvizzera.it), 25 agosto 2017.

<sup>12</sup> Cfr. C. POST, *Pedro Pablo Kuczynski renounces U.S. citizenship*, in *Peru reports*, 16 novembre 2015.

normativa nazionale<sup>13</sup>. O si pensi alla crisi istituzionale che in Australia ha portato, nel 2017, alla declaratoria di ineleggibilità e/o alle dimissioni di quindici parlamentari (tra cui il Vice-Primo Ministro e due Ministri) in possesso (o sospettati di essere in possesso) di doppia cittadinanza, per violazione dell'articolo 44 della Costituzione australiana, che proibisce ai cittadini di Stati stranieri di divenire membri del Parlamento<sup>14</sup>. Si pensi, ancora, al caso di Ashraf Ghani, che ha rinunciato alla cittadinanza statunitense per candidarsi alla presidenza dell'Afghanistan (come prescritto dall'articolo 62 della Costituzione del 2004, che vietava al Presidente di essere in possesso di cittadinanze multiple), perdendo le elezioni del 2009, ma vincendo poi quelle del 2014 e del 2019 (e rimanendo in carica fino al colpo di stato che ha riportato al potere i Talebani nel 2021)<sup>15</sup>. Keith Mitchell, Primo Ministro di Granada dal 1995 al 2008, e poi dal 2013 al 2022, è stato accusato di essere stato originariamente eletto in violazione dell'articolo 31 della Costituzione granadina, avendo (asseritamente) rinunciato alla cittadinanza statunitense solo successivamente all'elezione<sup>16</sup>. Altro caso è quello di Valdas Adamkus, che ha rinunciato alla cittadinanza statunitense nel 1998 per candidarsi a Presidente della Lituania (venendo eletto e servendo due mandati, dal 1998 al 2003 e dal 2004 al 2009), in ottemperanza al divieto generalizzato di doppia cittadinanza previsto dalla Costituzione di tale Stato (all'articolo 12) e al requisito specifico di esclusività della cittadinanza lituana per il Presidente (previsto dal combinato disposto degli articoli 56 e 78)<sup>17</sup>. Infine, Naftali Bennet, Primo Ministro di Israele dal 2021 al 2022 (e più volte Ministro, in vari Governi, tra il 2013 e il 2021) ha dovuto rinunciare alla cittadinanza statunitense nel 2013, così come richiesto dalle leggi fondamentali israeliane sulla *Knesset* (articolo 16a) e sul Governo (articolo 6 lettera d)<sup>18</sup>.

Sono noti, inoltre, almeno alcuni casi in cui individui con doppia cittadinanza hanno assunto incarichi apicali di governo senza dover formalmente operare alcuna rinuncia. Si pensi a Milan Panić, Primo ministro della Repubblica Federale di Jugoslavia dal 1992 al 1993<sup>20</sup>, e a Muhamed Sacirbey, Ministro degli Esteri della Bosnia ed Erzegovina dal 1995 al 1996<sup>21</sup> (entrambi cittadini statunitensi).

<sup>13</sup> Si trattava di Natalie Jaresko (cittadina statunitense), nominata Ministro delle Finanze, Aivaras Abromavičius (cittadino lituano), nominato Ministro dell'Economia e del Commercio, e Alexander Kvitashvili (cittadino georgiano), nominato Ministro della Salute. Cfr. *L'Ucraina vara un governo con ministri stranieri (selezionati da cacciatori di teste)*, in *il Sole 24 ore*, 2 dicembre 2014.

<sup>14</sup> Più precisamente, i membri del secondo Governo Turnbull interessati sono stati Barnaby Joyce, che ricopriva il ruolo di Vice-Primo Ministro e *Minister for Agriculture and Water Resources*, in possesso della cittadinanza neozelandese, Fiona Nash, che ricopriva il ruolo di *Minister for Regional Development, Minister for Regional Communications e Minister for Local Government and Territories*, in possesso della cittadinanza britannica, e Matt Canavan, che ricopriva il ruolo di *Minister for Resources and Northern Australia*, in possesso della cittadinanza italiana. Tutti e tre hanno rinunciato immediatamente alle rispettive cittadinanze straniere. La *High Court*, investita del problema, ha poi ritenuto Joyce e Nash ineleggibili, e Canavan (che si era comunque spontaneamente dimesso) eleggibile (poiché, ad avviso della Corte, egli non era effettivamente cittadino italiano). Sul caso si vedano, *ex multis*: H. HOBBS, S. PILLAI, G. WILLIAMS, *The disqualification of dual citizens from Parliament: three problems and a solution*, cit.

<sup>15</sup> Cfr. J.E. STERN, *This former Johns Hopkins professor could be Afghanistan's next President*, in *The New Republic*, 27 marzo 2014.

<sup>16</sup> Cfr. *Statement on the citizenship status of former Prime Minister Keith Mitchell*, in *Inside Grenada News*, 31 ottobre 2008.

<sup>17</sup> Cfr. R.C. PADDOCK, *Lithuania's President-elect gives up U.S. citizenship*, in *Los Angeles Times*, 26 febbraio 1998.

<sup>18</sup> Cfr. T. LAZAROFF, *Bennett more American than Netanyahu as PM? – why it matters*, in *The Jerusalem Post*, 12 luglio 2021.

<sup>19</sup> Frequente è, inoltre, che i diplomatici rinuncino alla propria doppia cittadinanza ai fini di rappresentare al meglio gli interessi dello Stato di nomina, oltre che in conseguenza della Convenzione su talune questioni relative al conflitto di leggi sulla cittadinanza del 1930, che vieta di invocare la protezione diplomatica in favore di un individuo che abbia la cittadinanza dello Stato nei confronti del quale si vorrebbe attivare la protezione stessa. Tra tali casi quello più famoso è probabilmente quello di Toomas Hendrik Ilves, Presidente dell'Estonia dal 2006 al 2016, che aveva rinunciato alla cittadinanza statunitense nel 1993 per divenire ambasciatore estone negli Stati Uniti.

<sup>20</sup> Cfr. K. BOTSFORD, *Who is this man Milan Panic? How did an American millionaire become Prime Minister of Yugoslavia? And what's in it for him?* in *Independent*, 22 luglio 1992.

<sup>21</sup> Cfr. *US Court rules former Bosnian Foreign Minister eligible for extradition*, in *VOA*, 31 ottobre 2009.



Venendo all'Italia, se è vero che non si è ancora avuto, a quanto consta, il caso di un Presidente del Consiglio o di un Ministro in possesso di cittadinanze ulteriori rispetto a quella italiana (mentre vi è stato almeno un caso di Ministro “naturalizzato” cittadino italiano<sup>22</sup>), si è avuto invece recentemente, nella XVIII legislatura, il caso di un Sottosegretario di Stato in possesso di cittadinanza doppia (italiana e argentina)<sup>23</sup>. E tuttavia, l'eventualità (come si è visto, sempre meno improbabile) che un individuo in possesso di cittadinanze multiple sia chiamato a formare il Governo in qualità di Presidente del Consiglio, ovvero a farne parte in qualità di Ministro, pone alcune questioni di diritto costituzionale che sembrano di non trascurabile interesse scientifico.

Ai fini di inquadrare correttamente tali questioni occorre, allora, chiedersi: se nel nostro ordinamento il Presidente del Consiglio (e i Ministri) debbano necessariamente avere la cittadinanza italiana (§2); se nel nostro ordinamento il Presidente del Consiglio (e i Ministri) possano avere, *in aggiunta* alla cittadinanza italiana, cittadinanze di altri Stati (§3); quali siano le possibili conseguenze (e/o soluzioni) delle problematiche costituzionali che potrebbero insorgere nel caso di nomina a Presidente del Consiglio (o a Ministro) di un individuo in possesso di cittadinanze multiple (§4 e §5). Trattasi di interrogativi che, come si tenterà di argomentare, si collocano all'intersezione di una pluralità di temi fondamentali (e attualmente in trasformazione) nel costituzionalismo contemporaneo, quali quelli della cittadinanza, della capacità politica (o capacità di diritto pubblico), dei diritti e doveri politici costituzionali, del dovere di fedeltà alla Repubblica, e dell'interesse nazionale, oltre che dell'integrazione europea e della possibile revisione della forma di governo (§6).

## 2. Presidente del Consiglio, Ministri e cittadinanza italiana

Preliminarmente, va osservato che se appare intuitivo (e perfino pacifico) all'interprete che il Presidente del Consiglio (così come il Ministro) debba avere *almeno* la cittadinanza italiana, e non possa quindi essere cittadino *soltanto* straniero (in disparte il tema della cittadinanza multipla, su cui ci si soffermerà nei paragrafi che seguono), non altrettanto intuitiva è, forse, l'individuazione precisa del fondamento costituzionale di tale requisito<sup>24</sup>.

La Costituzione repubblicana, infatti, al Titolo III della Parte Seconda, che disciplina il Governo, non prescrive espressamente il requisito della cittadinanza italiana né per il Presidente del Consiglio, né per i Ministri, né, per la verità, per l'assunzione di uffici nella pubblica amministrazione (al contrario di quanto avviene in altri ordinamenti per le cariche di vertice dell'Esecutivo<sup>25</sup>).

Questa omessa previsione del Costituente potrebbe fornire, in ipotesi, un primo attaglio interpretativo per una risoluzione “formalistica” della questione, secondo il canone del *ubi lex voluit*

<sup>22</sup> Il riferimento è a Cécile Kyenge, cittadina congolese per nascita, deputato nella XVII legislatura e Ministro per l'Integrazione del Governo Letta, che a quanto consta ha rinunciato alla propria cittadinanza originaria negli anni '90, al momento dell'acquisto della cittadinanza italiana (verosimilmente per via del fatto che la Repubblica Democratica del Congo non consente cittadinanze multiple). Cfr. *Dal diritto per sé ai diritti per tutti: l'espatrio di Cécile Kyenge*, intervista in [Expatlic](#), settembre 2019.

<sup>23</sup> È il caso di Ricardo Antonio Merlo, fondatore del partito Movimento Associativo Italiani all'Estero (MAIE), più volte eletto parlamentare nella circoscrizione estero, e che ha ricoperto il ruolo di Sottosegretario di Stato al Ministero degli Affari esteri e della cooperazione internazionale nei Governi Conte I e Conte II. Cfr. *Argentina. Riccardo Merlo, un giovane emergente. La politica delle idee*, intervista a cura di L. Segafreddo, in *Messaggero*, 6 giugno 1998.

<sup>24</sup> Individuazione che però, come si tenterà di argomentare, è nondimeno propedeutica rispetto allo studio del tema della doppia cittadinanza per le cariche di governo.

<sup>25</sup> Il caso più noto è forse quello dell'articolo II sezione 1 della Costituzione degli Stati Uniti d'America (su cui si tornerà). Nelle forme di governo parlamentari, richiedono espressamente la cittadinanza per i componenti del Governo, ad esempio, l'articolo 12 della Costituzione della Norvegia, l'articolo 2 del capitolo 6 della legge fondamentale sulla forma di governo (*Regeringsformen*) della Svezia, l'articolo 60 della Costituzione della Finlandia. Richiedono invece la cittadinanza per l'assunzione, in generale, di incarichi nella pubblica amministrazione, ad esempio, l'articolo 27 della Costituzione della Danimarca, l'articolo 125 della Costituzione della Finlandia, l'articolo 3 della Costituzione dei Paesi Bassi, l'articolo 4 della Costituzione della Grecia, l'articolo 101 della Costituzione della Lettonia.

*dixit, ubi noluit tacuit*, valorizzando, in una prospettiva sistematica, il dato per cui il Costituente ha invece espressamente previsto il requisito della cittadinanza italiana per altri incarichi negli organi costituzionali, come il Presidente della Repubblica (all'articolo 84 Cost.), i giudici aggiunti della Corte costituzionale (all'articolo 135 Cost.), o i senatori a vita (all'articolo 59 Cost.). Si potrebbe quindi argomentare che, dal momento che quando la Costituzione ha inteso pretendere il requisito in esame, lo ha fatto espressamente, il silenzio serbato in punto con riferimento ai ruoli nell'Esecutivo dovrebbe essere inteso alla stregua di una implicita declaratoria di compatibilità dei cittadini stranieri con tali uffici.

E tuttavia, una soluzione siffatta appare, a uno sguardo più approfondito, eccessivamente semplicistica.

L'attenzione dell'interprete deve, infatti, focalizzarsi sull'articolo 51 comma 1 della Costituzione che, come noto, riconosce a tutti i *cittadini* il diritto di accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge.

In realtà, la dottrina in materia non sembra prendere chiaramente posizione in merito alla applicabilità della norma in esame al Presidente del Consiglio (e ai Ministri), includendo con certezza nel suo ambito di operatività, oltre alle cariche elettive (anche di secondo grado), solo gli incarichi nella pubblica amministrazione (facendo leva sull'identità della locuzione "uffici pubblici" utilizzata dagli articoli 51 comma 1 e 97 comma 2 Cost.)<sup>26</sup>. A prescindere da questa considerazione (e dal fatto che, in effetti, gli incarichi nel Governo appaiono ragionevolmente riconducibili a loro volta, senza eccessivo sforzo ermeneutico, nell'ambito della nozione di "ufficio pubblico"), va comunque osservato che, anche in questo caso, la lettera della norma costituzionale non esclude espressamente lo straniero dal godimento del diritto in esame, limitandosi invece a riconoscere al cittadino il diritto di accedere alle cariche in parola. Conseguentemente, si potrebbe sostenere che l'articolo 51 Cost. sia passibile di interpretazione evolutiva ed estensiva (come avviene per molti altri diritti), e che pertanto se per il cittadino l'elettorato passivo è *sempre* un diritto, per lo straniero il medesimo diritto potrebbe essere (*facoltativamente*) riconosciuto dal legislatore ordinario<sup>27</sup>.

Ciononostante, a ben vedere, l'esegesi della norma sembra dover inevitabilmente condurre alla soluzione opposta (restrittiva) – e dunque alla limitazione dell'accesso agli incarichi di Governo ai soli cittadini italiani – per almeno quattro ordini di motivi.

In primo luogo, a deporre in favore di una lettura restrittiva dell'articolo 51 comma 1 Cost. è la sua interpretazione sistematica alla luce del successivo comma 2 del medesimo articolo, che specifica che "La legge può, per l'ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive, parificare ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica" (con locuzione che deve intendersi riferita ai cittadini di quei territori originariamente italiani e poi perduti a seguito della Seconda Guerra Mondiale, che erano stati spogliati loro malgrado della cittadinanza italiana<sup>28</sup>). Se, infatti, il comma 1 dell'articolo 51 già consentisse l'accesso ai pubblici uffici e alle cariche elettive del cittadino straniero, il comma 2 risulterebbe del tutto superfluo. Il fatto che il Costituente abbia ritenuto di specificare che esiste, per il legislatore ordinario, la possibilità di estendere, eccezionalmente, il campo di applicazione del diritto di elettorato passivo ad *alcuni* cittadini stranieri *specificamente individuati* (gli "italiani non

<sup>26</sup> Si vedano, in punto: G. TARLI BARBIERI, *Articolo 51*, in AA.VV. (a cura di), *La Costituzione italiana*, Bologna, il Mulino, 2018, 325; M. MIDIRI, *Art. 51*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, §2; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, IX ed. riveduta e aggiornata, a cura di G. Silvestri, Milano, Giuffrè, 1997, 686. Si veda altresì G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967, 175, che distingue tra "uffici pubblici" e "uffici di carattere costituzionale".

<sup>27</sup> In questo senso si vedano le riflessioni di E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1999, §8. Sul tema dell'estensibilità del godimento di alcuni diritti politici allo straniero con legge ordinaria si tornerà a breve.

<sup>28</sup> Su tale risalente interpretazione della norma in esame si veda C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed. Padova, Cedam, 1962, 124 ss.

appartenenti alla Repubblica”), deve indurre a ritenere che un’analoga estensione sia invece vietata per *tutti gli altri* cittadini stranieri<sup>29</sup>.

In altri termini, dalla facoltizzazione, per il legislatore, dell’estensione “speciale” prevista dall’articolo 51 comma 2 Cost. (in favore degli “italiani non appartenenti alla Repubblica”), pare possibile ricavare, *a contrario*, un simmetrico divieto di estensione “generale” (in favore di *tutti* i cittadini stranieri) e, conseguentemente, la limitazione dell’accesso agli uffici pubblici (inclusi gli incarichi di Governo) in favore dei soli cittadini italiani e (previa legge attuativa) di quei (soli) cittadini stranieri che siano “italiani non appartenenti alla Repubblica”<sup>30</sup>.

In secondo luogo, il fondamento del requisito della cittadinanza italiana per accedere a incarichi di Governo potrebbe essere ricavato dal combinato disposto degli articoli 51 comma 1 e 92 comma 1 Cost. se inquadrati in prospettiva originalista, e dunque valorizzando la originaria impostazione del Costituente. Sembra infatti ragionevole presumere che i Costituenti non abbiano espressamente previsto il requisito della cittadinanza italiana per il Presidente del Consiglio poiché essi davano “per scontato” che il Presidente del Consiglio sarebbe sempre stato un deputato o un senatore, non essendosi mai verificato, nell’epoca statutaria (da cui i Costituenti provenivano), che a tale ruolo fosse chiamato un soggetto estraneo al Parlamento (prassi ultracentenaria interrottasi solo nel 1993, con la formazione del Governo Ciampi)<sup>31</sup>. Il requisito della cittadinanza italiana sarebbe stato, allora, secondo questa lettura, da ritenersi implicito (e indiretto), nella misura in cui, secondo lo “spirito” della Costituzione, per divenire Presidente del Consiglio occorreva essere eletti parlamentari, e per essere eletti parlamentari occorreva la cittadinanza italiana ai sensi dell’articolo 51 comma 1 Cost.<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Sul tema si vedano tuttavia le riflessioni di M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell’uomo e del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1997, 384 ss., che propone di superare la questione sulla scorta dell’argomento della non decisività (per l’interprete) della “volontà originaria” dei costituenti. In realtà, però, per quanto si è cercato di argomentare, il divieto ricavabile dall’articolo 51 Cost. pare riconducibile non già al dato “originalista”, quanto a quello sistematico-testuale.

<sup>30</sup> Si porrebbe al più, allora, la questione della compatibilità con l’articolo 51 Cost. della estensione generalizzata dell’accesso ad alcuni incarichi nella pubblica amministrazione dei cittadini europei e dei loro familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente, operata con il d.lgs. n. 165/2001 all’articolo 38 (su cui si tornerà a breve). La questione sembra poter essere risolta, a ben vedere, invocando un’interpretazione dell’articolo 51 Cost. orientata secondo il principio di apertura internazionale di cui all’articolo 11 Cost., da cui discende la primazia del diritto europeo anche rispetto alle norme costituzionali italiane (incluso l’articolo 51 Cost.). L’apertura dell’accesso al lavoro nella pubblica amministrazione ai cittadini europei costituisce infatti, come si dirà, attuazione dell’articolo 45 TFUE.

<sup>31</sup> L’impostazione originalista in esame sembrerebbe essere smentita, però, con riferimento se non altro ai Ministri, dal fatto che già nei primissimi Governi della Repubblica è accaduto, seppur raramente, che personalità non elette in Parlamento (o nell’Assemblea costituente) venissero chiamate a un dicastero. Si pensi, solo per fare due esempi, a Gustavo Del Vecchio (Ministro del Tesoro nel Governo De Gasperi IV) e a Costantino Bresciani Turrone (Ministro del Commercio con l’estero nel Governo Pella).

<sup>32</sup> Ovvero, nei casi previsti dalla legge, la qualità di “italiano non appartenente alla Repubblica”. Peraltro, in merito all’opportunità di consentire l’elezione di tale specifica categoria di non cittadini, alcuni Costituenti assunsero, in effetti, una posizione (in ultimo risultata minoritaria) diffidente. Ruini, ad esempio, si chiese: “Siete sicuri che i paesi esteri in cui abitano, e ne son cittadini, gli eletti al Parlamento italiano, ne siano sempre lieti? In certi casi potrebbero esserne troppo lieti, servendosi come lunghe mani di loro cittadini, deputati e senatori italiani” (Cfr. il verbale della seduta del 17 ottobre 1947 dell’Assemblea costituente, 1325). Nello stesso senso l’intervento di Laconi, che si domandava: “Che interesse abbiamo a che una persona mantenga la sua cittadinanza in altro Paese e poi si faccia eleggere deputato o senatore nel nostro? Egli dovrebbe rinunciare a quella cittadinanza per acquistare quella italiana: sarebbe un atto di adesione anche morale al nostro Paese. Possiamo, se mai, facilitarlo in questa richiesta. Ma non possiamo ammettere che diventi deputato o senatore in Italia rimanendo cittadino di un altro Stato, con tutti i diritti che gli competono per questa qualità. In questo modo noi non serviremmo gli interessi della Nazione” (Cfr. il verbale della seduta del 17 ottobre 1947 dell’Assemblea costituente, 1327). E ancora, in senso analogo, ma con riferimento al caso specifico dell’accesso degli stranieri agli incarichi di insegnamento superiore, Molè aveva precedentemente paventato il pericolo “che in un futuro più o meno prossimo la direzione spirituale della Nazione italiana venisse affidata ad uomini che non sono italiani e che non hanno alcun attaccamento alla storia e alle esigenze della Nazione. Ciò sarebbe molto pericoloso, specialmente dal punto di vista politico” (Cfr. il resoconto sommario della seduta del 20 settembre 1946 della Commissione per la Costituzione, Terza Sottocommissione, 59).

In terzo luogo, allargando il quadro di riferimento all'intero Titolo IV della Parte I della Costituzione, ove l'articolo 51 si colloca, gli articoli 92 e 93 Cost. che disciplinano la formazione e la composizione del Governo sembrano dover essere necessariamente interpretati alla luce della generale esclusione del non cittadino dal godimento dei diritti politici, retaggio dello Stato nazionale che ancora resiste nel nostro ordinamento, così come (con diversi gradi di intensità) in quasi tutti gli altri ordinamenti costituzionali contemporanei<sup>33</sup>. Nel costituzionalismo, infatti, storicamente, la piena titolarità dei diritti politici (*status activae civitatis*), e dunque la partecipazione (diretta o indiretta) alle scelte relative al "bene comune" (in qualità di elettore o di titolare di un ufficio pubblico), viene riconosciuta solo al "cittadino", in forza di una vera e propria "presunzione di appartenenza" di quest'ultimo alla comunità statale, che si instaura, appunto, per il tramite dello *status civitatis*.

A onor del vero, la tesi della estensibilità allo straniero dei diritti politici (o, se non altro, di alcuni diritti di elettorato attivo e passivo) è stata sostenuta da autorevole dottrina facendo leva su di un'interpretazione evolutiva del Titolo IV della Parte I della Costituzione in generale, e degli articoli 48 e 51 Cost. in particolare, alla luce del principio personalista di cui all'articolo 2 Cost., del principio di apertura internazionale nella sua declinazione di cui all'articolo 10 comma 2 Cost. e della natura inclusiva e plurale della Costituzione repubblicana<sup>34</sup>. La dottrina in parola si chiede, più precisamente, per quale motivo per i diritti di elettorato non dovrebbe valere ciò che vale per gli altri diritti fondamentali, e perché dunque la titolarità dei diritti politici non potrebbe essere estesa, al di là della lettera della Costituzione, dal legislatore ordinario (o dalla giurisprudenza costituzionale) senza necessità di ricorrere alla revisione ex articolo 138 Cost., nell'ambito di una più ampia riflessione sul superamento dello storico legame tra cittadinanza, sovranità, ed esercizio dei diritti politici, o comunque su di una profonda revisione dell'istituto della cittadinanza per come conosciuto negli ordinamenti costituzionali contemporanei<sup>35</sup>.

Posto che gli argomenti in parola appaiono in effetti, per molti versi, convincenti<sup>36</sup>, non si può prescindere, nell'economia del presente lavoro, dal constatare che, al netto del dibattito avviatosi a seguito di tali elaborazioni dottrinali, il mutamento ermeneutico di cui esse si fanno promotrici non ha (ancora) fatto breccia nella giurisprudenza costituzionale o nella legislazione ordinaria, né si è affermato in modo decisivo nella dottrina giuspubblicistica. La posizione maggioritaria nella letteratura scientifica rimane, ancora oggi, in effetti, quella restrittiva, che valorizza il dato testuale, sistematico e originalista, che depone nel senso di una generale riserva dei diritti (e dei doveri) politici in favore dei cittadini<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Per una critica di tale limite diffuso delle democrazie contemporanee si veda S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, Mondadori, 2017, 6 ss.

<sup>34</sup> Si vedano in questo senso almeno: M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1992, specie 203 ss.; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e del cittadino nella Costituzione italiana*, cit., specie 381 ss. e 421 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, III ed. aggiornata e modificata, Padova, Cedam, 2003, 319 ss.; A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Napoli, Jovene, 2006; E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, cit., §8; C. CORSI, *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2018, 20 ss.

<sup>35</sup> Si vedano, *ex multis*: M. CUNIBERTI, *Alcune osservazioni su stranieri, voto e cittadinanza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2006; E. GROSSO, *La titolarità del diritto di voto. Partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2011, 53 ss.; A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, cit., *passim*; S. STAIANO, *Migrazioni e paradigmi della cittadinanza: alcune questioni di metodo*, in *federalismi.it*, n. 21, 2008; B. CARAVITA, *I diritti politici dei "non cittadini" Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici*, in AA. VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, Jovene, 2010; F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2013.

<sup>36</sup> Sia consentito il rinvio a G. CAVAGGION, *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, Torino, Giappichelli, 2018, 415 ss.

<sup>37</sup> Si vedano, *ex multis*: C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 888; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, cit., 756; F. LANCHESTER, *Voto (diritto di) (diritto pubblico)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, §13; B. NASCIMBENE, *Straniero (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VI, Milano, Giuffrè, 2013, §10; G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1992, specie 303 ss.; T.E. FROSINI, *Gli stranieri tra diritto di voto e cittadinanza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 maggio 2004; C. ESPOSITO, *La Costituzione*

In ogni caso, va osservato che nell'ambito delle tesi che aprono al riconoscimento di diritti politici in capo al cittadino straniero, la posizione più diffusa è quella "gradualista", che argomenta l'estensibilità di *alcuni* diritti politici soltanto (e, segnatamente, del diritto di voto), in misura *parziale* (con riferimento, di norma, al livello locale e alle elezioni amministrative) e *progressiva* (rispetto al livello di integrazione nella compagine sociale)<sup>38</sup>.

La questione potrebbe essere inquadrata (e, forse, limitatamente a ciò che qui interessa, risolta), allargando ulteriormente il campo di osservazione, recuperando la teoria classica, di elaborazione interamente dottrinale, della "capacità di diritto pubblico" (nota altresì come "capacità politica"), la quale postulava (nella sua versione originale) che, ai fini di instaurare validamente rapporti politici (e dunque di esercitare i diritti politici, sia nella sfera attiva che in quella passiva, e di essere destinatario dei corrispondenti doveri), l'individuo debba essere giuridicamente "capace", dovendosi definire tale "capacità" non già secondo i canoni del noto istituto di diritto privato, bensì ricorrendo a un istituto di diritto pubblico ontologicamente autonomo<sup>39</sup>. I requisiti della capacità di diritto pubblico andrebbero ricavati, in questa prospettiva, dall'articolo 48 Cost., e consisterebbero in requisiti negativi, e cioè l'assenza di incapacità civile, degli effetti di una condanna penale irrevocabile e dell'indegnità morale, e in requisiti positivi, e cioè la maggiore età e, appunto, il *possesso della cittadinanza italiana*<sup>40</sup>.

Orbene, anche valorizzando le letture dottrinali maggiormente "aperturiste" per quanto riguarda la titolarità dei diritti politici, e dunque leggendo la capacità di diritto pubblico in prospettiva evolutiva (alla luce dei mutamenti della nostra società nella prospettiva sempre più internazionalista, pluralista e multiculturalista) sembra che in capo allo straniero andrebbe in ogni caso a disegnarsi, al più, una capacità di diritto pubblico "affievolita" (rispetto a quella posseduta dal cittadino), caratterizzata dall'accesso ad alcuni (limitati) diritti politici, riconoscibili peraltro per via legislativa ordinaria, e non già al livello costituzionale.

Il non cittadino potrebbe, in altri termini, essere parte di *alcuni* rapporti politici, ma non di *tutti* i rapporti politici, con riferimento in particolare a quei rapporti che involgono il cuore della sovranità. Conseguentemente, secondo l'impostazione in esame, il non cittadino, pur nel caso di riconoscimento di alcuni diritti politici (come ad esempio l'elettorato attivo e passivo per le elezioni amministrative)

---

*italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 221 ss.; T.F. GIUPPONI, *Stranieri extracomunitari e diritti politici. Problemi costituzionali dell'estensione del diritto di voto in ambito locale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 18 novembre 2006, 7; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Cittadinanza italiana, partiti politici e loro cariche dirigenziali*, in *Diritto e società*, 1979; M. RUBECCHI, *Articolo 48*, in AA.VV. (a cura di), *La Costituzione italiana*, Bologna, il Mulino, 2018, 310; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, II ed., Torino, Giappichelli, 2020, 559; E. BETTINELLI, *Diritto di voto*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1990, §3; E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza*, Milano, Giuffrè, 1997, 200 ss.; M. DOGLIANI, I MASSA PINTO, *Elementi di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2015, 192 ss. In senso analogo, seppur in un *obiter dictum*, la giurisprudenza costituzionale: cfr. Corte Cost., n. 11/1968. Sul diritto di voto in prospettiva storico-costituzionale si veda L. TRUCCO, *Il diritto-dovere di voto: un ossimoro ancora irrisolto?* in F. Marone (a cura di), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?* Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 41 ss.

<sup>38</sup> Si veda l'ampia analisi dottrinale di A. ALGOSTINO, *Il diritto di voto agli stranieri: una lettura – controcorrente – della Costituzione*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, Franco Angeli, 2020. Si veda inoltre A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, Giuffrè, 2013, 255 ss.

<sup>39</sup> Si vedano sul tema: C. LAVAGNA, *Capacità di diritto pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, Giuffrè, 1960, §2; A. BRUNIALTI, *Capacità politica*, in *Digesto italiano*, VI, I, Torino, Utet, 1888; S. ROMANO, *L'età e la capacità delle persone nel diritto pubblico*, ora in *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950; S. SILVERIO, *La capacità di diritto pubblico*, Napoli, ESI, 2013. Giova osservare, peraltro, che la nozione di "capacità di diritto pubblico" è stata elaborata dalla dottrina non già a fini meramente classificatori ma, piuttosto, con il fine precipuo di offrire un criterio interpretativo organico per chiarificare norme "che altrimenti resterebbero oscure", come gli articoli 48 e 51 Cost. che quindi, se letti alla luce di tale criterio, non potrebbero che vedere il proprio campo di applicazione limitato ai soli cittadini, con esclusione di tutti gli stranieri (con l'eccezione facoltizzata degli "italiani non appartenenti alla Repubblica"). Così C. LAVAGNA, *Capacità di diritto pubblico*, cit., §3 e §12.

<sup>40</sup> *ex*, §2. In senso analogo, più recentemente, M. MIDIRI, *Art. 51*, cit., §2.2., che peraltro aggiunge a tali requisiti, con riferimento ai diritti politici passivi, quello del raggiungimento dell'età richiesta per l'elezione considerata.

dovrebbe considerarsi invece escluso, in quanto sprovvisto della necessaria “piena” capacità (e fino al conseguimento della stessa), dalla possibilità di contribuire (se non altro in modo “diretto”) alle scelte relative all’indirizzo politico nazionale, vuoi attraverso il voto per le elezioni parlamentari, vuoi assumendo cariche negli organi costituzionali dello Stato, vuoi partecipando a procedimenti costituzionalmente rilevanti nell’ambito del circuito della rappresentanza.

La ricostruzione in questi termini sembra trovare conferma nella legislazione ordinaria che si è fatta carico dell’estensione del diritto di cui all’articolo 51 Cost. imposta dall’integrazione europea e, più precisamente, dall’articolo 45 TFUE che, secondo l’interpretazione della Corte di Giustizia dell’Unione, impone l’apertura dell’accesso al lavoro nella pubblica amministrazione ai cittadini europei, con la possibilità, però, per gli Stati membri di riservare ai propri nazionali quei pubblici impieghi “che hanno un rapporto con attività specifiche della pubblica amministrazione in quanto incaricata dell’esercizio dei pubblici poteri e responsabile della tutela degli interessi generali dello Stato”<sup>41</sup>. Conseguentemente, l’articolo 38 comma 1 del d.lgs. n. 165/2001 prevede che la cittadinanza italiana sia requisito per l’accesso a tutti quei posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che “implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri”, ovvero che “attengono alla tutela dell’interesse nazionale” (uffici e funzioni concretamente dettagliati, in modo estremamente estensivo, dal D.P.C.M. n. 174/1994<sup>42</sup>).

In senso analogo anche il diritto eurounitario in materia di (limitato) riconoscimento dei diritti di elettorato attivo e passivo (per le elezioni locali) ai cittadini europei nello Stato membro di residenza, che consente agli Stati membri di “disporre che l’eleggibilità alle funzioni di capo dell’organo esecutivo di un ente locale di base, di supplente o di membro dell’organo direttivo collegiale sia esclusivamente riservata ai propri cittadini” (articolo 5 della direttiva 94/80/CE). Il legislatore ordinario italiano ha previsto, conseguentemente, il requisito della cittadinanza italiana per i Sindaci e Vice-Sindaci<sup>43</sup>.

Il cittadino europeo (a cui pure è accordato un trattamento “di favore”, se rapportato alla generalità dei cittadini stranieri) gode, pertanto, del diritto di elettorato (attivo e passivo) e del diritto di accesso agli uffici pubblici in modo decisamente “attenuato” rispetto al cittadino italiano, proprio per via della sua non appartenenza (piena) alla comunità statale.

La ricostruzione in questi termini sembra trovare, inoltre, ulteriore autorevole conferma in quello che è stato, a quanto consta, l’unico caso in cui gli organi costituzionali hanno dovuto direttamente confrontarsi con il tema della partecipazione di cittadini stranieri a procedimenti costituzionali relativi alla determinazione “diretta” dell’indirizzo politico. Il riferimento è al celebre “caso Fabre”, quando (nel 1979) in occasione delle consultazioni successive alla crisi del Governo Andreotti IV il Presidente della Repubblica Pertini aveva ritenuto di non poter ricevere il segretario del Partito Radicale Jean Fabre, motivando la decisione inizialmente sulla base del fatto che egli non era un parlamentare e, in seguito, facendo leva sull’articolo 49 Cost. per asserire che, in quanto cittadino straniero (francese), egli non avrebbe potuto concorrere (tanto in via generale quanto nel caso specifico della formazione del Governo) alla determinazione della politica nazionale<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Cfr. le decisioni nei casi: C-149/79, *Commissione c. Regno del Belgio*; C-4/91, *Bleis c. Ministère de l’Éducation Nationale*; C-290/94, *Commissione c. Repubblica Ellenica*; C-283/99, *Commissione c. Repubblica italiana*; C-114/97, *Commissione c. Spagna*.

<sup>42</sup> D.p.c.m. peraltro sospettato in dottrina di incostituzionalità proprio per via dell’estrema rigidità con cui individua gli uffici riservati ai cittadini italiani. Si veda C. CORSI, *Peripezie di un cammino verso l’integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, cit., 20 ss.

<sup>43</sup> Cfr. d.lgs. n. 197/1996.

<sup>44</sup> Si vedano sul caso, in senso sostanzialmente adesivo alla posizione del Capo dello Stato: A. ANZON DEMMIG, *Le consultazioni dei segretari dei partiti e l’esclusione di Fabre*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 1979; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Cittadinanza italiana, partiti politici e loro cariche dirigenti*, cit.; S. TOSI, *Un intruso al Quirinale*, in *la Nazione*, 3 febbraio 1979; P. ARMAROLI, *Se Fabre bussa al Quirinale*, in *il Tempo*, 17 febbraio 1979. *Contra* si veda invece V. ONIDA, *Si può consultare un segretario straniero*, in *Corriere della Sera*, 9 febbraio 1979.

La cittadinanza italiana sarebbe, quindi, secondo il Capo dello Stato di allora (e secondo la dottrina maggioritaria), requisito necessario per prendere parte (con influenza “diretta”) alle scelte relative al “bene comune” (all’“interesse nazionale”), e in particolare per assumere la *leadership* di un partito politico nel nostro sistema, con la conseguenza che, a maggior ragione, essa dovrebbe essere ritenuta requisito per accedere alla carica di Presidente del Consiglio (carica che nella maggior parte dei casi viene, del resto, ricoperta proprio da *leader* partitici)<sup>45</sup>.

In definitiva, quindi, se la cittadinanza italiana è condizione posta dagli articoli 48 e 51 Cost. per la capacità “piena” di diritto pubblico, e se dunque è solo dalla “piena” capacità di diritto pubblico che discende la “attitudine di prender parte al governo, come elettori, eleggibili e funzionari”<sup>46</sup>, la inevitabile conseguenza è che l’individuo sprovvisto della cittadinanza italiana, a cui viene riconosciuta, come si è detto, al più una capacità di diritto pubblico “attenuata”, non può essere chiamato a funzioni di governo che implicino un’influenza diretta sulla politica nazionale, incluso, segnatamente, l’ufficio di Presidente del Consiglio (o di Ministro).

A una ricostruzione siffatta non sembrano ostare, peraltro, le tesi che propongono di sostituire, per l’accesso ai diritti politici, alla cittadinanza il diverso requisito della residenza stabile e prolungata<sup>47</sup>, posto che trattasi di requisito che, in modo non dissimile dalla cittadinanza, è idoneo a fondare una “presunzione di appartenenza” dell’individuo alla comunità statale, e che dunque conferma che in assenza di detta appartenenza (almeno presunta) non vi può essere la piena titolarità dei rapporti (diritti e doveri) politici.

Infine, proseguendo il ragionamento sin qui svolto, e valorizzando proprio il collegamento tra cittadinanza, titolarità dei diritti politici e soggezione ai doveri costituzionali – e dunque traslando il problema dalla prospettiva meramente *personalista* (esercizio dei diritti politici) a quella *solidarista* (adempimento dei doveri politici) – il fondamento costituzionale dell’esclusione del cittadino straniero dagli incarichi apicali di Governo potrebbe essere rinvenuto, altresì, con argomento che appare assorbente rispetto a tutti quelli sinora esaminati, nel combinato disposto degli articoli 51, 54 e 93 Cost.<sup>48</sup>.

Il riferimento è al dovere di fedeltà alla Repubblica (e di osservarne la Costituzione e le leggi) che viene imposto a tutti i cittadini dall’articolo 54 Cost., e che è stato definito, non a caso, la “espressione sintetica” della “complessiva situazione sorgente dal rapporto di cittadinanza”<sup>49</sup>. Trattasi di dovere “bifronte”, che per il “normale” cittadino si sostanzia, se non altro (e al netto dell’annoso dibattito

<sup>45</sup> Anche la tesi rivale sviluppatasi negli anni successivi, che postula, invece, la possibilità di un’interpretazione evolutiva dell’articolo 49 Cost. e, quindi, l’estendibilità da parte del legislatore del suo campo di applicazione, teorizza la possibilità per lo straniero di iscriversi a un partito e prendere parte alla sua vita democratica interna, ma non si spinge fino a sostenere la legittimità dell’assunzione, da parte del non cittadino, di ruoli direttivi in un partito italiano. Su tale tesi si veda, per tutti, S. CURRERI, *Articolo 49*, in AA.VV. (a cura di), *La Costituzione italiana*, cit., 313. *Contra* si veda, tuttavia, M. PLUTINO, *Stranieri e diritto di associazione in partiti*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), n. 1, 2012.

<sup>46</sup> Si veda A. BRUNIALTI, *Capacità politica*, cit., 721, ss.

<sup>47</sup> In questo senso si vedano, *ex multis*: A. RUGGERI, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC), n. 2, 2011, 17 ss.; A. ALGOSTINO, *Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), n. 1, 2010, 10 ss.; E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in A. Bernardi (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano, Giuffrè, 2006, 127 ss.; S. STAIANO, *Migrazioni e paradigmi della cittadinanza: alcune questioni di metodo*, cit., 25; C. CORSI, *Da stranieri a cittadini. Linee di un percorso italiano*, in G. Cerrina Feroni, V. Federico (a cura di), *Società multiculturali e percorsi di integrazione. Francia, Germania, Regno Unito ed Italia a confronto*, Firenze, Firenze University Press, 2017, 58 ss.

<sup>48</sup> Una indicazione in tal senso sembra ricavarsi, seppur implicitamente, anche da A. TORRE, *Art. 93*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, §2.4.1. Ciò consente, peraltro di superare la questione relativa alla portata della nozione di “pubblici uffici” di cui all’articolo 51 Cost, posto che, come si dirà, il dovere di fedeltà di cui all’articolo 54 Cost. è riferibile tanto a coloro che ricoprono “uffici pubblici” o “cariche elettive”, quanto a coloro che ricoprono “uffici di carattere costituzionale”. Si veda G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 175 e 177.

<sup>49</sup> Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 887.

dottrinale in materia<sup>50</sup>), nell'obbligo di "agire come membro e parte della Repubblica"<sup>51</sup>, e dunque non già nell'adesione ai valori positivizzati in Costituzione o alla forma di Stato repubblicana, bensì, da un lato, nella lealtà nei confronti degli stessi, con riferimento in particolare al "metodo pluralista" della Costituzione<sup>52</sup> ("minimo comune denominatore" della convivenza nella comunità cui il cittadino partecipa<sup>53</sup>) e, dall'altro, nella soggezione a tutti gli altri doveri costituzionali che, a ben vedere, proprio nell'articolo 54 Cost. (oltre che nell'articolo 2 Cost.) trovano fondamento<sup>54</sup>. Pertanto, dall'articolo 54 Cost. discendono, per il cittadino italiano, una serie di obblighi positivi (nella forma dell'adempimento dei doveri, incluso in particolare il dovere di difesa della patria di cui all'articolo 52 Cost., e dunque il dovere di difendere la Repubblica e la Costituzione da aggressioni esterne<sup>55</sup>)<sup>56</sup> e negativi (nella forma dell'astensione dalle condotte sanzionate dai delitti contro la personalità dello Stato, tra cui rientrano, del resto, i cosiddetti "delitti di infedeltà"<sup>57</sup>)<sup>58</sup>.

Proprio per via della sua stretta connessione con la cittadinanza, il dovere in esame, nella sua articolazione relativa alla fedeltà alla Repubblica, non è, ad avviso della dottrina maggioritaria, passibile di estensione al non cittadino, né per via interpretativa, né per via legislativa (ordinaria)<sup>59</sup>. L'estensione del dovere in questione ai non cittadini viene, in effetti, immaginata nella letteratura che si è occupata del tema solo e soltanto come conseguenza obbligata della eventuale estensione

---

<sup>50</sup> Per la ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali sulla portata effettiva dei doveri imposti dall'articolo 54 Cost. si vedano A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, cit., A. MORELLI, *Articolo 54*, in AA.VV. (a cura di), *La Costituzione italiana*, Bologna, il Mulino, 2018, G.M. SALERNO, *Art. 54*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, e la bibliografia ivi richiamata.

<sup>51</sup> Così L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano, Giuffrè, 1984, 63.

<sup>52</sup> Si veda E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, Jovene, 2010, 251 ss. In senso solo parzialmente analogo G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 158 ss., che ritiene il dovere di fedeltà ai valori costituzionali (intesa non come adesione nel "foro interno", bensì come rispetto nelle attività esteriori) riferibile ai singoli cittadini, e un più blando dovere di lealtà (coincidente con il "metodo democratico" di cui all'articolo 49 Cost.) riferibile ai partiti politici. In senso difforme si veda però A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, cit., 191 ss., per cui dall'articolo 54 Cost. discenderebbe il dovere, per ogni cittadino, "di contribuire alla salvaguardia della continuità dell'ordinamento costituzionale nell'identità dei suoi principi supremi".

<sup>53</sup> Si veda L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, cit., 15 ss. Parla di contenuto "minimale" del dovere di fedeltà, volto a stabilire una "base minima di integrazione politica", G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 149 ss. e 165.

<sup>54</sup> Si veda P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1953, 156 ss., che attribuisce al dovere in esame una "funzione di cerniera che racchiude la personalità e tutti i doveri del soggetto nello Stato".

<sup>55</sup> Si veda J. LUTHER, *Art. 52*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, §2.1.1. Nel medesimo senso la giurisprudenza costituzionale. Cfr. Corte cost., [sentenza n. 53/1967](#).

<sup>56</sup> Si veda sul tema A. CARIOLA, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Milano, Giuffrè, 1991, 80 ss.

<sup>57</sup> Così G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, V ed., Bologna, Zanichelli, 2012, 112.

<sup>58</sup> Si vedano in punto: L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, cit., specie 118 ss.; G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 163 ss. Si veda inoltre A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, cit., 223 ss., che propone un'interpretazione adeguatrice di alcuni di tali delitti proprio alla luce dell'articolo 54 Cost.

<sup>59</sup> Si vedano in punto, per tutti: M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 580; E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza*, cit., 163 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, III ed., Torino, Giappichelli, 2011, 95; E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, in [Rivista AIC](#), 2009, 15; A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, cit., 251 ss.; G.M. SALERNO, *Art. 54*, cit., §2.1.7; M. MAZZIOTTI DI CELSO, G.M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, II ed., Padova, Cedam, 2003, 252. In senso parzialmente analogo, anche se con riferimento al sacro dovere di difesa della patria, la giurisprudenza costituzionale. La Consulta ha affermato l'estensibilità per via legislativa dell'obbligo di servizio militare all'apolide, ma non invece al cittadino straniero (provvisto di cittadinanza di un altro Stato), posto che per quest'ultimo vi è la "esigenza di impedire il sorgere di situazioni di conflitto potenziale tra opposte lealtà" (esigenza che fonda le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute che escludono dal servizio militare i non cittadini). Cfr. Corte Cost., n. 172/1999. Il ragionamento appare, in effetti, traslabile al dovere di fedeltà alla Repubblica di cui all'articolo 54 Cost., con riferimento al quale similmente sussisterebbe, come si argomenterà meglio di seguito, un "conflitto potenziale tra opposte lealtà" (cfr. §3). In senso parzialmente contrario si veda, tuttavia, M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e del cittadino nella Costituzione italiana*, cit., specie 434 ss., che nondimeno concede che la dottrina "vede unanimemente il dovere di fedeltà come prerogativa del solo 'cittadino'".



(completa) dei diritti politici<sup>60</sup>, estensione che, tuttavia, come si è detto, nell'ordinamento non ha, a oggi, avuto luogo in alcuna forma. Si ritiene quindi possibile, al più, riferire allo straniero il dovere di cui all'articolo 54 Cost. limitatamente alla osservanza dell'ordinamento giuridico<sup>61</sup> e, forse, a un dovere di fedeltà "attenuato" (rispetto a quello del cittadino), non già "alla Repubblica", bensì al solo "metodo democratico" (pluralistico e non violento) con cui essa è stata costruita<sup>62</sup>. Non sembra casuale allora, in questa prospettiva, che alcuni delitti contro la personalità dello Stato possano essere commessi esclusivamente dal cittadino, e altri distinguano la posizione del cittadino da quella dello straniero<sup>63</sup>. Il che conferma, a ben vedere, che la "capacità di diritto pubblico" dello straniero è, in ogni caso, al massimo capacità "attenuata".

Non è una coincidenza, pertanto, che il testo dell'articolo 54 Cost. venga ripreso letteralmente dallo strumento attraverso il quale il cittadino straniero perfeziona l'acquisizione della cittadinanza italiana: il giuramento, previsto dall'articolo 10 della legge 91/1992, che richiede all'interessato di giurare "di essere fedele alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi dello Stato". È solo con tale "manifestazione solenne" di fedeltà che lo straniero diviene partecipe dei diritti politici, del dovere costituzionale di cui all'articolo 54 Cost. e di tutti gli ulteriori doveri costituzionali che dalla cittadinanza discendono *nella loro pienezza*<sup>64</sup>. Specularmente, la stessa legge sulla cittadinanza prevede (al successivo articolo 12 comma 1) la perdita della cittadinanza italiana per il cittadino "infedele" (che viene meno al dovere di cui all'articolo 54 Cost.), e cioè per colui che, "avendo accettato un impiego pubblico od una carica pubblica da uno Stato o ente pubblico estero o da un ente internazionale cui non partecipi l'Italia, ovvero prestando servizio militare per uno Stato estero, non ottempera, nel termine fissato, all'intimazione che il Governo italiano può rivolgergli di abbandonare l'impiego, la carica o il servizio militare"<sup>65</sup>.

Proprio il dovere di fedeltà imposto dall'articolo 54 Cost. a ogni cittadino assume, poi, una intensità "rinforzata" ("qualificata") per quei cittadini a cui sono affidate funzioni pubbliche (articolo 51 Cost.)<sup>66</sup>, che hanno il dovere di adempierle con disciplina e onore, *prestando giuramento* nei casi stabiliti dalla legge. Ciò in forza dell'azione "multidimensionale" del principio solidarista<sup>67</sup>, che lega

<sup>60</sup> Si veda in questo senso A. RUGGERI, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, cit., 21 ss.

<sup>61</sup> Si vedano: E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, cit., 15 ss.; A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, cit., specie 190 ss. e 251 ss.

<sup>62</sup> Si veda sul tema E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, cit., 15 ss.

<sup>63</sup> Si vedano in punto G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 112 ss.

<sup>64</sup> Cfr. Corte cost., [sentenza n. 258/2017](#). Il tema della connessione tra esercizio dei diritti politici e doveri di fedeltà alla Repubblica era, del resto, noto anche ai Costituenti, come testimoniato dal dibattito svoltosi in Assemblea sull'opportunità di introdurre un termine dilatorio (di due o tre anni), dalla data di acquisto della cittadinanza italiana, ai fini di godere del diritto di elettorato passivo (proposta in ultimo scartata, e che era scaturita dalla questione di quegli altoatesini che avevano optato per la cittadinanza tedesca). Cfr. il resoconto sommario della seduta del 18 settembre 1946 della Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, 210 ss.

<sup>65</sup> Il comma 2 della norma in esame riserva lo stesso trattamento al "cittadino italiano che, durante lo stato di guerra con uno Stato estero, abbia accettato o non abbia abbandonato un impiego pubblico od una carica pubblica, od abbia prestato servizio militare per tale Stato senza esservi obbligato, ovvero ne abbia acquistato volontariamente la cittadinanza", che "perde la cittadinanza italiana al momento della cessazione dello stato di guerra". Trattasi, peraltro, di norme desuete (mai applicate, a quanto risulta, dalla loro introduzione), oltre che sospettate da più parti di incostituzionalità. Si veda sul tema M. CUNIBERTI, *Art. 22*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, §2.3.2.

<sup>66</sup> Si veda G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 176 ss. Similmente si vedano P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VII ed., Padova, Cedam, 1995, 226. In senso analogo anche L. VENTURA, *Giuramento nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1991, §6, e L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, cit., 123 ss., ove peraltro si osserva che il dovere di fedeltà, formalmente riferito a tutti i cittadini, è stato congegnato dall'Assemblea costituente "considerando soprattutto quei cittadini che avrebbero assunto pubbliche funzioni". *Contra* si veda, tuttavia, A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, cit., 238.

<sup>67</sup> Si vedano: E. ROSSI, *Art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, §2.3. ss.; A. SCHILLACI, *Governo dell'economia e gestione dei conflitti nell'Unione europea. Appunti sul principio di solidarietà*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 1, 2017; A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia*, Il

verticalmente la Repubblica e le sue istituzioni (e coloro che le rappresentano) con i cittadini<sup>68</sup>, e orizzontalmente (in forma di leale collaborazione<sup>69</sup>) le istituzioni stesse, obbligando così coloro che sono chiamati ad assumere pubblici uffici nell'ambito dello Stato-persona ad agire nell'interesse dello Stato-comunità.

Il giuramento costituzionale (cosiddetto "promissorio") svolge quindi la funzione di individuare lo specifico contenuto dei doveri discendenti da una data carica pubblica, perimetrando, caso per caso, il contenuto del dovere generale di cui all'articolo 54 Cost. e instaurando, per il cittadino che assume tali cariche, un vincolo di "devozione" nei confronti della Repubblica che non sussiste per il "normale" cittadino<sup>70</sup>. Per il dovere di fedeltà dell'individuo che viene chiamato ai pubblici uffici vale, allora, a maggior ragione, quanto argomentato con riferimento al dovere di fedeltà in generale, e dunque la riferibilità, al di fuori di casi particolari<sup>71</sup>, ai soli cittadini<sup>72</sup>.

Nel caso del Presidente del Consiglio (e dei Ministri) l'obbligo di prestare giuramento è prescritto direttamente dalla Costituzione, all'articolo 93, che individua proprio nel giuramento nelle mani del Presidente della Repubblica il momento conclusivo del procedimento di formazione del Governo. Trattasi di atto con cui, attraverso una forma ritualizzata di manifestazione della volontà, gli organi individuali che andranno a formare l'organo collegiale Consiglio dei Ministri si impegnano a osservare i principi, a tenere i comportamenti e a seguire le linee di condotta coesistenziali rispetto alla carica a cui sono chiamati<sup>73</sup>. Più precisamente, la formula del giuramento pronunciato dai membri del Governo, e dunque il contenuto del particolare dovere "qualificato" che essi assumono, è cristallizzata nell'articolo 1 comma 3 della legge n. 400/1988, ai sensi del quale ciascuno di essi giura: "di essere fedele alla Repubblica, di osservare lealmente la Costituzione e le leggi e di esercitare le mie funzioni nell'interesse esclusivo della nazione".

La formula è dunque più ampia rispetto a quella dell'articolo 54 Cost., nella misura in cui prevede non solo il dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi (dovere generale di tutti i cittadini), ma altresì il dovere di esercitare le funzioni governative *nell'interesse esclusivo della nazione* (dovere speciale dei componenti del Governo), con locuzione che rappresenta un *unicum* nel panorama dei "giuramenti costituzionali"<sup>74</sup> e che riprende, rinforzandolo, il primo comma dell'articolo 98 Cost.<sup>75</sup>. Il dovere di agire nell'interesse esclusivo della nazione (e lo speculare divieto di curare, nell'esercizio della funzione di governo, interessi propri o di terzi<sup>76</sup>) è certamente impegno politico ed etico, ma altresì istitutivo di un vincolo giuridico per i componenti dell'Esecutivo<sup>77</sup> (al punto da essere stato descritto alla stregua di un vero e proprio "contratto politico" tra governanti e

---

*consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), n. 1, 2016, 9.

<sup>68</sup> La solidarietà verticale tra cittadini e istituzioni è altresì nota come solidarietà "paternalistica". Si veda in punto A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in [Forum di Quaderni costituzionali](http://Forum di Quaderni costituzionali), 20 aprile 2015, 3 ss.

<sup>69</sup> Si veda M. CARTABIA, [Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019](http://Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019), 20 aprile 2020, 26.

<sup>70</sup> Si veda in questo senso G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., specie 151, 160 e 197, che mutua un'espressione originariamente utilizzata da C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, cit., 51.

<sup>71</sup> Come la già richiamata apertura, in favore del cittadino europeo, prescritta dal diritto eurounitario, di quei posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non "implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri", e non "attengono alla tutela dell'interesse nazionale", operata con il d.lgs. n. 165/2001.

<sup>72</sup> Si veda G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, cit., 304 ss. e la bibliografia ivi richiamata. *Contra* si veda, tuttavia, di nuovo, M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e del cittadino nella Costituzione italiana*, cit., 438 ss.

<sup>73</sup> Si veda A. TORRE, *Art. 93*, cit., §1.1.

<sup>74</sup> *Ex* §2.4.2.

<sup>75</sup> A mente del quale "I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione".

<sup>76</sup> Si veda P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, Milano, Giuffrè, 1973, 319 ss.

<sup>77</sup> Si vedano in punto: G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., specie 203 ss.; L. VENTURA, *Giuramento nel diritto costituzionale*, cit., §1.

governati), con cui si instaura una sorta di “mandato imperativo” implicito (ad agire per il “bene comune”) per il Presidente del Consiglio e per i Ministri<sup>78</sup>.

A testimonianza della massima rilevanza che la Costituzione riconosce all’impegno solenne che il Presidente del Consiglio e i Ministri assumono con il giuramento ex articolo 93 Cost. (e dunque al loro dovere di agire “nell’interesse esclusivo della nazione”), e della valenza non solo politica, ma altresì giuridica di tale atto, basti considerare che è solo con il giuramento che si perfeziona la formazione del Governo, ed è solo con il giuramento che esso assume le sue funzioni (pur limitate, in attesa della fiducia iniziale ex articolo 94 Cost.), facendo cessare dalla carica il Governo uscente<sup>79</sup>. In altri termini, il Governo *non può entrare in carica*, e non può assumere le proprie funzioni, *se i suoi componenti non si obbligano prima ad agire nell’interesse esclusivo della nazione*. Nel medesimo senso si consideri che un componente del Governo che dovesse esercitare le proprie funzioni in senso contrario all’interesse nazionale sarebbe esposto a responsabilità ex articolo 96 Cost. (così come attuato dalla legge costituzionale n. 1/1989)<sup>80</sup>, secondo la figura dei “reati ministeriali”, che è precisamente il prodotto della saldatura, attraverso il giuramento prestato ex articoli 54 e 93 Cost. dal Presidente del Consiglio e dai Ministri, delle norme penali generali applicabili a tutti i consociati con le norme costituzionali speciali applicabili ai componenti dell’Esecutivo<sup>81</sup>.

È proprio il vincolo dei componenti del Governo ad agire “nell’interesse esclusivo della nazione”, allora, a indurre a escludere che un cittadino straniero, sprovvisto della cittadinanza italiana, e dunque svincolato dal dovere di fedeltà alla Repubblica di cui all’articolo 54 Cost. (oltre che dagli altri doveri costituzionali che da esso discendono), o comunque sottoposto allo stesso in modo “attenuato”, possa assumere l’impegno solenne di cui all’articolo 93 Cost., e quindi assumere le funzioni di Presidente del Consiglio o di Ministro. Ciò a maggior ragione se si considera che egli sarebbe, invece, verosimilmente vincolato da un impegno di fedeltà “rivale” e “pieno” (tutt’altro che “attenuato”) nei confronti dello Stato straniero di cui è cittadino.

### 3. *Presidente del Consiglio, Ministri e cittadinanza multipla: questioni problematiche*

Posto quindi che, sulla base di quanto argomentato nel paragrafo precedente, sembra inevitabile ritenere che il Presidente del Consiglio debba avere *almeno* la cittadinanza italiana (e *non* possa, quindi, essere *esclusivamente* cittadino straniero), occorre ora chiedersi se possibili problematiche di ordine costituzionale possano discendere dal caso di un Presidente del Consiglio (o di un Ministro) che abbia *anche* la cittadinanza italiana (e che dunque sia *al contempo* cittadino italiano e straniero).

<sup>78</sup> Così A. TORRE, *Art. 93*, cit., §2.4.1 e §2.4.2.

<sup>79</sup> Si veda L. PALADIN, *Governo italiano*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, §8. In senso sostanzialmente analogo: C. COLAPIETRO, *Il Governo e la pubblica amministrazione*, in F. Modugno (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2012, 367; L. PALADIN, L.A. MAZZAROLLI, D. GIROTTO, *Diritto costituzionale*, IV ed. interamente riveduta e agg., Torino, Giappichelli, 2018, 416; M. DOGLIANI, I. MASSA PINTO, *Elementi di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2015, 374; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, IX ed. riveduta e aggiornata, a cura di G. Silvestri, Milano, Giuffrè, 1997, 452; E. CATELANI, *Poteri e organizzazione del Governo nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei*, Pisa, Tipografia Editrice Pisana, 2017, 55; F.S. BERTOLINI, *Governo*, in *Diritto online*, Treccani, 2015, §2. Sia inoltre consentito il rinvio a G. CAVAGGION, *La formazione del Governo. Aspetti e problemi tra quadro costituzionale e nuove prassi*, Torino, Giappichelli, 2020, 47 ss.

<sup>80</sup> Come noto, ai sensi dell’articolo 9 comma 3 della legge costituzionale n. 1/1989 le Camere possono negare l’autorizzazione a procedere ove reputino, con valutazione insindacabile, che l’inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell’esercizio della funzione di Governo.

<sup>81</sup> Si veda G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 212 ss., che peraltro ravvisa proprio nel giuramento il fondamento dell’estensibilità ai componenti del Governo delle fattispecie di alto tradimento e attentato alla Costituzione previste per il Presidente della Repubblica dall’articolo 90 Cost.

Il necessario punto di partenza è che, a fronte di un quadro originario in cui la regola, affidata non già alla Costituzione (che tace sulla questione), ma alla legislazione ordinaria, era quella dell'esclusività della cittadinanza italiana (che veniva persa, ai sensi dell'articolo 8 della legge n. 555/1912, in caso di acquisto volontario di altra cittadinanza<sup>82</sup>), il nostro ordinamento consente, oggi, la doppia cittadinanza e, in effetti, finanche cittadinanze multiple, senza porre alcun limite esplicito in capo all'individuo (articolo 11 della legge n. 91/1992<sup>83</sup>). L'opzione in tal senso, pur diffusasi progressivamente nel panorama comparato (e, conseguentemente, nel diritto internazionale<sup>84</sup>) nel corso della seconda metà del XX secolo (complici i già richiamati effetti della globalizzazione, dell'integrazione sovranazionale, e del crescente multiculturalismo delle società, specie "occidentali")<sup>85</sup>, non è peraltro univoca, dato che ancora oggi molti ordinamenti seguitano ad aderire a una concezione esclusiva della cittadinanza e quindi richiedono, di norma, ai propri cittadini la rinuncia a eventuali cittadinanze straniere ulteriori<sup>86</sup>.

In effetti, a ben vedere, l'apertura alle cittadinanze multiple sembra essere, se non altro nell'ordinamento italiano, una conseguenza obbligata dell'impianto dei principi costituzionali fondamentali, e più precisamente degli articoli 2 (principi personalista e pluralista), 3 (divieto di discriminazione) e 10-11 (principio di apertura internazionale) Cost., con la conseguenza che appare oggettivamente dubbia la originaria compatibilità con la Costituzione repubblicana della legge n. 555/1912, per tutto il periodo della sua vigenza (e sino alla sua abrogazione con la legge n. 91/1992)<sup>87</sup>. Conseguentemente, la scelta del legislatore del 1992 di superare il criterio della esclusività della cittadinanza nazionale non ha fatto altro che "riallineare" la normativa primaria a ciò che è costituzionalmente imposto, e non appare quindi realisticamente reversibile.

In punto va peraltro sgombrato il campo dall'idea che l'Assemblea costituente possa avere, in qualche misura, dato "per scontato", alla luce della regolamentazione (sia a livello nazionale che nel quadro comparato prevalente) della materia nell'epoca statutaria, il principio dell'esclusività della cittadinanza italiana, e che dunque un principio siffatto (che risulterebbe evidentemente ostativo rispetto all'assunzione di incarichi pubblici da parte dell'individuo provvisto di cittadinanze ulteriori rispetto a quella della Repubblica) sia "sottinteso" o "implicito" nella trama costituzionale. Al contrario, se è certamente vero che la Costituzione veniva scritta in un'epoca in cui la regola generale era quella della esclusività delle cittadinanze nazionali, la questione della doppia cittadinanza era nondimeno nota ai Costituenti, e il tema emerse, in effetti, più volte sia nell'ambito dei lavori sull'articolo 22 Cost. (divieto di privazione della cittadinanza per motivi politici)<sup>88</sup>, che nell'ambito

<sup>82</sup> Oltre che, ai sensi del successivo articolo 10 comma 3, nel caso della donna italiana che sposava un cittadino straniero (con norma peraltro dichiarata incostituzionale dalla Consulta con [sentenza n. 87/1975](#)). Gli articoli 11 e 12 prevedevano poi la perdita della cittadinanza automatica per la moglie e i figli dell'uomo che perdeva la cittadinanza italiana.

<sup>83</sup> Ai sensi del quale "il cittadino che possiede, acquista o riacquista una cittadinanza straniera conserva quella italiana, ma può ad essa rinunciare qualora risieda o stabilisca la residenza all'estero". Trattasi di principio applicabile anche al caso speculare di acquisto della cittadinanza italiana da parte dello straniero. Si veda M. CUNIBERTI, *Art. 22*, cit., §2.3.3.

<sup>84</sup> Si veda C. FOCARELLI, *Cittadinanza, diritto internazionale e sintonizzazione empatica nel "mondo uno"*, in *Democrazia e sicurezza*, n. 4, 2017, 15 ss.

<sup>85</sup> Si veda P.J. SPIRO, *Dual nationality and the meaning of citizenship*, cit., 1450 ss.

<sup>86</sup> È questo il caso in Europa, della Lituania (cfr. articolo 12 della Costituzione), dell'Estonia (cfr. articolo 22 della legge sulla cittadinanza, RT I 1995, 12, 122), dell'Ucraina (cfr. Sezione I della legge sulla cittadinanza, *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, V V R, 2001, N 13) e dei Paesi Bassi (cfr. *Rijkswet op het Nederlanderschap*, Stb. 1984, 628). Nel mondo è invece questo il caso, solo per fare tre rilevanti esempi, del Giappone (cfr. la legge n. 147 del 1950), della Cina (cfr. la legge sulla cittadinanza del 1980) e dell'India (cfr. articolo 9 della Costituzione).

<sup>87</sup> E non a caso la legge in questione, al momento della sua abrogazione, stava venendo, come si è ricordato, progressivamente "erosa" dalle pronunce della Consulta. Oltre alla declaratoria di incostituzionalità dell'articolo 10 comma 3 (cfr. Corte cost., [n. 87/1975](#)), sono stati dichiarati incostituzionali l'articolo 1 comma 1, nn. 1 e 2 e l'articolo 2 comma 2 (cfr. Corte cost., [n. 30/1983](#)) e l'articolo 8 ultimo comma (cfr. Corte cost., [nn. 974/1988](#), [278/1992](#) e [131/2001](#)).

<sup>88</sup> La posizione favorevole alla doppia cittadinanza fu sostenuta, tra gli altri, da Grassi, che osservò che "nella legislazione italiana si è sempre teso all'affermazione della possibilità della doppia cittadinanza. Noi italiani, nel nostro interesse, dobbiamo mantenere e rafforzare, specialmente in questo momento, il principio della doppia cittadinanza". Cfr.

dei lavori sul secondo comma dell'articolo 51 comma 2 Cost. (relativo all'accesso ai pubblici uffici e alle cariche elettive degli "italiani non appartenenti alla Repubblica") e sull'articolo 48 Cost. (con riferimento all'opportunità di riconoscere il diritto di voto agli italiani residenti all'estero)<sup>89</sup>. Vero è che il problema era percepito dai Costituenti in modo piuttosto larvato (complice la esiguità del fenomeno nell'epoca storica di riferimento), ma vero è altresì che la scelta di non vietare la doppia cittadinanza in Costituzione – respingendo peraltro espressamente la proposta che prevedeva la perdita della cittadinanza italiana in caso di acquisizione di una cittadinanza straniera<sup>90</sup> – sembra essere indicativa, se non di una vera e propria apertura internazionalista, almeno della volontà di rimettere la questione alla legislazione ordinaria (e ai trattati bilaterali), così consentendo l'evoluzione dell'ordinamento (poi effettivamente verificatasi), anche alla luce della progressiva integrazione internazionale ed europea che già in quella fase storica muoveva i suoi primi passi.

In questo quadro di riferimento, l'apertura alle cittadinanze multiple inaugurata con la legge n. 91/1992 sembra dover essere riferita, allora, non soltanto al "normale" cittadino, ma altresì alla maggior parte delle cariche pubbliche a cui fanno riferimento gli articoli 51 e 97 Cost. E in effetti nulla sembra ostare a che un cittadino che sia in possesso di cittadinanze straniere *accanto* alla cittadinanza italiana acceda a ruoli o incarichi nella pubblica amministrazione, o finanche alle cariche elettive negli organi rappresentativi nazionali e territoriali: se, infatti, l'articolo 51 Cost. può essere interpretato nel senso di prescrivere il possesso della cittadinanza italiana come requisito *sine qua non* per l'esercizio dei diritti ivi riconosciuti, da esso *non* sembra poter essere ricavato, per quanto sinora argomentato, un divieto di possesso di cittadinanze *ulteriori*. Del resto, a ben vedere, l'individuo con cittadinanza multipla è, "agli occhi" della Costituzione, a tutti gli effetti un cittadino italiano, provvisto della capacità di diritto pubblico, e come tale pienamente titolato all'esercizio di tutti i diritti (e all'adempimento dei doveri) politici di cui al Titolo IV della Parte I (cfr. §2).

---

il resoconto sommario della seduta del 21 settembre 1946 della Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, 96.

<sup>89</sup> Una posizione di forte apertura alla doppia cittadinanza fu sostenuta in particolare da Piemonte, che nell'ambito del dibattito sul diritto di voto aveva argomentato che: "Gli ostacoli all'esercizio del voto di carattere internazionale sarebbero superati facilmente se si adottasse il principio della doppia nazionalità. L'emigrato che va e resta parecchi anni in un determinato paese estero è sempre in una situazione difficile. Se vuol curare i suoi interessi gli occorre diventare cittadino della Nazione in cui si trova, se questo fa, va contro il vincolo naturale di sangue che ha nell'animo e nel cuore. Quando si decide o per l'una o per l'altra cosa, o sono i suoi interessi personali che sono compromessi oppure sono ulcerati i suoi sentimenti più umani e profondi. Questi casi di coscienza sono numerosissimi e variamente risolti, ma sempre con amarezza e scontento. Il problema della doppia cittadinanza è visto generalmente sotto un angolo nazionalista errato nella sua sostanza. Se si volesse una buona volta comprendere che il principio di nazionalità implica quello di una società internazionale, che rifonda in un'unità superiore le differenze, la doppia nazionalità sarebbe considerata come un gradino, una prima tappa verso queste forme di convivenza supernazionali. Churchill propose un giorno in piena guerra l'attuazione di questo principio alla Francia: la Francia rifiutò; non credo che la Francia abbia fatto bene e abbia ben tutelato i suoi interessi. Per mio conto auguro all'Italia che possa concludere trattati bilaterali di doppia nazionalità prima di tutto con i popoli che sono più vicini a noi dal punto di vista etnico, e poi con quelli coi quali abbiamo maggiore convergenza di interessi. Mi auguro che si possa attuare il massimo numero di questi trattati: più ce ne saranno e più la pace sarà sicura e permanente". Cfr. il verbale della seduta del 20 maggio 1947 dell'Assemblea costituente, 4084 ss. Nel senso di una regolamentazione della doppia cittadinanza attraverso il diritto internazionale convenzionale si espresse altresì Merlin, per cui "Bisognerebbe risolvere il problema della doppia nazionalità, e risolverlo, non solo da noi, con atto unilaterale, ma [...] con atto bilaterale, cioè con trattati con i vari Stati" Cfr. il verbale della seduta del 21 maggio 1947 dell'Assemblea costituente, 4131.

<sup>90</sup> Proposero di prevedere in Costituzione la perdita della cittadinanza per accettazione di impieghi o di incarichi presso Stati stranieri senza l'autorizzazione dello Stato italiano Dossetti e Basso, mentre proposero di prevedere la perdita della cittadinanza in caso di acquisto di cittadinanza straniera De Vita e Lucifero; in senso fortemente contrario si espresse invece Togliatti, che riteneva una simile opzione "antidemocratica e antiliberalista". Cfr. il resoconto sommario della seduta del 21 settembre 1946 della Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, 94. La Proposta di De Vita, che recitava: "Non si può perdere la cittadinanza senza l'acquisto di un'altra" fu, in ultimo, respinta dalla Commissione per la Costituzione. Cfr. il resoconto sommario della seduta del 24 settembre 1946 della Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, 100 ss.

In definitiva, appare corretto affermare che, in via generale, il possesso di una doppia cittadinanza non osti, nell'ordinamento costituzionale italiano, all'assunzione di cariche elettive e di uffici pubblici (nella pubblica amministrazione così come negli organi costituzionali).

Questa interpretazione sembra trovare conferma proprio nella prassi degli organi costituzionali, se appena si considera che si sono avuti molteplici casi di elezione, alla Camera o al Senato (specie, da quando è stata istituita, nella circoscrizione estero<sup>91</sup>), di individui in possesso di cittadinanze straniere aggiuntive rispetto a quella italiana, senza che alcuna violazione costituzionale sia mai stata rilevata dagli organi endoparlamentari competenti<sup>92</sup>. Inoltre, si è avuto, come già ricordato, almeno un caso noto di componenti del Governo (nel ruolo di Sottosegretario) provvisti di doppia cittadinanza, senza che ciò sia stato rilevato come motivo ostativo alla nomina da parte del Presidente della Repubblica (o del Presidente del Consiglio, o del Ministro interessato, o del Consiglio dei Ministri)<sup>93</sup>. Anche al livello regionale si sono avuti, a quanto consta, alcuni casi di consiglieri e assessori con doppia cittadinanza<sup>94</sup>.

E tuttavia, a ben vedere, questi precedenti (così come l'impostazione teorica che si pone alla base degli stessi, e che si è tentato sin qui di ricostruire) non appaiono direttamente e automaticamente trasponibili alla figura del Presidente del Consiglio (e, forse, neppure a quella del Ministro).

Il Sottosegretario di Stato, infatti, per quanto depositario di rilevanti funzioni in seno all'Esecutivo, non è titolare di attribuzioni costituzionalmente rilevanti (essendo figura istituita con legge ordinaria), non è un "potere dello Stato" nel senso di cui all'articolo 134 secondo alinea Cost. (e non è in grado di impegnare la volontà dell'organo di cui fa parte) e, in ultima analisi, non è abilitato a esprimere un indirizzo politico autonomo o a influire in modo "diretto" sull'indirizzo politico di governo<sup>95</sup>.

Similmente, il singolo parlamentare non è in grado di impegnare in modo decisivo la volontà dell'organo di cui fa parte, posto che le Camere esercitano le proprie funzioni (inclusa quella di controllo e compartecipazione alla determinazione dell'indirizzo politico di governo) collegialmente, e sono rappresentate dai loro Presidenti (il che è, peraltro, uno dei motivi per cui al parlamentare, a differenza dei componenti del Governo, non è richiesto un giuramento costituzionale promissorio per l'immissione nella carica<sup>96</sup>), mentre al singolo parlamentare sono riconosciute diverse (e limitate)

<sup>91</sup> In effetti, proprio l'introduzione di una vera e propria "rappresentanza territoriale" per i cittadini italiani residenti all'estero con la legge costituzionale n. 1/2000 sembra certamente corroborare la ricostruzione in questo senso.

<sup>92</sup> È questo il caso, per la XIX legislatura, della stessa Elly Schlein (cittadina statunitense e svizzera). Risulta essere questo il caso altresì, per fare solo alcuni esempi (e salvo errori), dei senatori Luigi Pallaro (XV legislatura, cittadino argentino), Nino Randazzo (XV e XVI legislatura, cittadino australiano), Esteban Juan Caselli (XVI legislatura, cittadino argentino), Mario Borghese (XIX legislatura, già deputato nella XVII e XVIII legislatura, cittadino argentino), Francesca La Marca (XIX legislatura, già deputata nella XVII e XVIII legislatura, cittadina canadese) e dei deputati Arnold Cassola (XV legislatura, cittadino maltese), Mariza Bafile (XV legislatura, cittadina venezuelana), Marco Fedi (XV, XVI e XVII legislatura, cittadino australiano), Amato Berardi (XVI legislatura, cittadino statunitense), Renata Bueno (XVII legislatura, cittadina brasiliana), Franco Tirelli (XIX legislatura, cittadino argentino), Andrea Di Giuseppe (XIX legislatura, cittadino statunitense), Fausto Guilherme Longo (XVIII legislatura, già senatore nella XVII legislatura, cittadino brasiliano).

<sup>93</sup> Il riferimento è nuovamente al caso di Ricardo Antonio Merlo (cittadino argentino), deputato nella XV, XVI e XVII legislatura, senatore nella XVIII legislatura, Sottosegretario di Stato al Ministero degli Affari esteri e della cooperazione internazionale nei Governi Conte I e Conte II (cfr. §1).

<sup>94</sup> Cfr.: *Cristina Scaletti, candidata sindaco de "La Scaletti sindaco"*, in *Firenze Today*, 24 maggio 2014; *Da che parte sta un politico con la doppia cittadinanza?* in [tvsvizzera.it](http://tvsvizzera.it), 22 ottobre 2017. Tra tali casi è annoverabile, peraltro, quello della stessa Schlein, che ha anche svolto le funzioni di Vicepresidente nella Giunta presieduta da Stefano Bonaccini a seguito delle elezioni regionali dell'Emilia-Romagna del 2020.

<sup>95</sup> Come noto, infatti, i Sottosegretari, ai sensi dell'articolo 10 della legge n. 400/1988, coadiuvano i Ministri nell'ambito dei compiti a loro delegati e in conformità alle direttive da questi ultimi impartite, restando ferma la responsabilità politica e i poteri di indirizzo politico dei Ministri. In altri termini, i Sottosegretari non esercitano alcuna concreta influenza sulle scelte afferenti al "cuore" dell'indirizzo politico (e dell'interesse nazionale), che sono affidate invece al Consiglio dei Ministri.

<sup>96</sup> Si veda A. TORRE, *Art. 93*, cit., §1.5. In senso analogo G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 161.

attribuzioni (di parola, di proposta e di voto)<sup>97</sup>. La presenza di alcuni parlamentari provvisti di doppia cittadinanza non appare, pertanto, idonea a influire in modo decisivo sulla formazione della volontà collegiale dell'organo costituzionale nel suo complesso<sup>98</sup>.

I rappresentanti locali, infine, non possono incidere direttamente, per ovvie ragioni, sulla determinazione dell'indirizzo politico nazionale.

Il Presidente del Consiglio, invece, è titolare di relevantissime prerogative costituzionali, a partire dalle funzioni, di cui all'articolo 95 Cost., di direzione della politica generale del Governo, di mantenimento dell'unità di indirizzo politico e amministrativo (elaborato in seno al Consiglio dei Ministri, da lui presieduto) e di promozione e coordinamento dell'attività dei Ministri, ed è abilitato, sul piano interno, a manifestare la volontà del Governo nei confronti degli altri organi costituzionali e dei privati e, sul piano esterno, a impegnare la Repubblica nei confronti di Stati stranieri così come delle istituzioni dell'Unione europea e delle organizzazioni internazionali<sup>99</sup>. Trattasi di prerogative che peraltro sono oggi ancor più rilevanti, essendo state sensibilmente accentuate, a partire dalla stagione della cosiddetta "Seconda Repubblica", da un lato dal progressivo rafforzarsi del principio monocratico nelle dinamiche interne all'Esecutivo<sup>100</sup> e, dall'altro, dal depotenziamento del Parlamento, che si trova oggi esposto a un "dominio" del Governo (nei confronti del quale non riesce a esercitare un reale controllo) e spesso ridotto a una logica "ratificante"<sup>101</sup>.

È tenendo a mente queste funzioni costituzionali primarie che nel nostro ordinamento sono affidate al Presidente del Consiglio e al Consiglio dei Ministri che va affrontato, allora, il tema della possibile doppia cittadinanza del Presidente del Consiglio (e del Ministro).

Più precisamente, volendo inquadrare la questione nell'ambito della ricostruzione operata nel paragrafo che precede, occorrerà guardare non già all'articolo 51 Cost. o alla capacità di diritto pubblico, poiché il cittadino "doppio" è comunque (anche) cittadino italiano e soddisfa, quindi, i requisiti ivi individuati. Occorrerà guardare, invece, al combinato disposto degli articoli 54 e 93 Cost.

---

<sup>97</sup> Al singolo parlamentare, quale rappresentante della nazione (articolo 67 Cost.) sono riconosciute attribuzioni costituzionali estremamente circoscritte, inerenti al diritto di parola, di proposta e di voto e che si sostanziano, secondo quanto chiarito dalla Consulta, nella facoltà di partecipare alle discussioni e alle deliberazioni esprimendo opinioni e voti (articolo 68 Cost.) e nel potere di iniziativa legislativa, comprensivo del potere di proporre emendamenti (articoli 71 e 72 Cost.). Cfr. Corte cost., [ord. n. 17/2019](#). In senso conforme cfr. anche Corte cost., [ord. n. 60/2020](#). Si vedano sul tema, *ex multis*: G. DI COSIMO, *Chi e come può difendere il ruolo del Parlamento? Una decisione della Corte costituzionale su cui riflettere*, in [laCostituzione.info](#), 10 febbraio 2019; V. PIERGIGLI, *La Corte costituzionale e il doppio salto mortale mancato. Alcune osservazioni a margine della ordinanza n. 17/2019*, in *Nomos*, n. 1, 2019; S. CURRERI, *L'occasione persa (prime note sull'ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale)*, in [federalismi.it](#), n. 4, 2019; S. CECCANTI, *Qualche breve chiosa all'ordinanza n. 17/2019*, in *Nomos*, n. 1, 2019; M. ARMANNI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato come strumento di verifica della regolarità del procedimento legislativo e l'invalidabile soglia del controllo di ammissibilità*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 4, 2020; M. MANETTI, *Il conflitto promosso dai parlamentari si rivela una trappola. Dalla tutela degli interna corporis alla modifica tacita della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 2020.

<sup>98</sup> Salvo il caso, che appare oggettivamente remoto (almeno nel futuro a breve termine, ma cfr. §7) di un Parlamento in cui gli eletti siano, in maggioranza, in possesso di doppia cittadinanza.

<sup>99</sup> Sui poteri del Presidente del Consiglio si vedano, per tutti, le ampie analisi di: E. CATELANI, *Poteri e organizzazione del Governo nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei*, cit., 83 ss.; I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Napoli, Jovene, 2018, 119 ss.

<sup>100</sup> Su tale evoluzione si veda G. DI COSIMO, *Chi comanda in Italia. Governo e Parlamento negli ultimi venti anni*, Milano, Franco Angeli, 2014, 104 ss.

<sup>101</sup> Sul tema si vedano almeno: P. BILANCIA, *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, in [federalismi.it](#), n. speciale 1, 2017; G. DI COSIMO, *Chi comanda in Italia. Governo e Parlamento negli ultimi venti anni*, cit., specie 57 ss. e 114 ss.; L. CARLASSARE, *Diritti e garanzie nel riaffiorare dei modelli autoritari*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 1, 2010; A. D'ANDREA, *Il ruolo del Parlamento: una centralità ritrovata?* in [Osservatorio costituzionale](#), n. 2, 2022; Q. CAMERLENGO, *La forma di governo parlamentare nella transizione dal primo al secondo esecutivo Conte: verso un ritorno alla normalità costituzionale?* in [Osservatorio costituzionale](#), n. 5, 2019. Con particolare riferimento alla ratifica delle scelte prese dagli "organi tecnici" (specie a seguito dell'emergenza pandemica) si veda F.G. PIZZETTI, *Decisione politica ed expertise tecnico*, in G. De Minico, M. Villone (a cura di), [Stato di diritto, emergenza, tecnologia](#), Genova, Consulta OnLine, 2020.

e dunque, una volta di più, ai doveri costituzionali che il cittadino in generale, e i componenti del Governo in particolare, sono chiamati ad adempiere.

Come si è visto, il dovere di fedeltà, osservanza, disciplina e onore imposto dall'articolo 54 Cost. assume una intensità considerevolmente “rinforzata” per quei cittadini che vengono chiamati ad assumere pubblici uffici e, in particolare (e necessariamente), per il Presidente del Consiglio e per i Ministri, detentori del potere esecutivo, per cui l'obbligo di prestare giuramento nelle mani del Presidente della Repubblica (ex articolo 93 Cost.), si sostanzia (ai sensi dell'articolo 1 comma 3 della legge n. 400/1988) nel dovere di essere fedeli alla Repubblica, di osservare lealmente la Costituzione e le leggi e, soprattutto, di esercitare le proprie funzioni *nell'interesse esclusivo della nazione* (cfr. §2).

È proprio l'impegno ad agire “nell'interesse esclusivo della nazione” (che non è invece richiesto per altri uffici pubblici<sup>102</sup>, né, per quel che vale, al cittadino “semplice”<sup>103</sup>) che sembra aprire alcuni interrogativi con riferimento alla eventuale cittadinanza multipla del Presidente del Consiglio (e dei Ministri). Potrebbero verificarsi, infatti, conflitti (se non altro potenziali) dovuti alla “doppia fedeltà”<sup>104</sup> del componente del Governo, se appena si considera che, come si è detto, è proprio dalla cittadinanza che discende la soggezione dell'individuo al dovere di fedeltà (nelle sue varie possibili articolazioni) allo Stato di cui è parte (a prescindere che si voglia ritenere destinatario di tale fedeltà lo Stato-persona ovvero lo Stato-comunità)<sup>105</sup>. Un Presidente del Consiglio (o un Ministro) con cittadinanza sia italiana che straniera dovrebbe ottemperare a tale dovere, e a *tutti i doveri ulteriori*, costituzionali e non, che da esso discendono, nei confronti *sia della Repubblica italiana, che di uno Stato straniero*<sup>106</sup>, con la conseguenza che egli verserebbe in una situazione di “conflitto di fedeltà” potenziale e “latente”<sup>107</sup> che si invererebbe al verificarsi di un caso concreto in cui l'interesse della Repubblica dovesse venire a confliggere con quello dello Stato straniero (o degli Stati stranieri) di cui è cittadino.

<sup>102</sup> Si veda A. TORRE, *Art. 93*, cit., §2.4.2.

<sup>103</sup> Cfr. §2.

<sup>104</sup> Sui “conflitti di fedeltà” (o “conflitti di lealtà”) si vedano: G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 161; P. RESCIGNO, *Gruppi sociali e lealtà*, in *il Mulino*, 1959, 253 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 887. Il ragionamento degli Autori richiamati si concentrava, per la verità, sui conflitti tra il dovere di fedeltà alla Repubblica ex articolo 54 Cost. e la fedeltà degli individui verso formazioni sociali (corpi intermedi), ma pare applicabile, a maggior ragione, anche al conflitto tra la fedeltà alla Repubblica e la fedeltà a un altro Stato sovrano. Più di recente, su “conflitti di fedeltà” e obiezione di coscienza si veda A. MORELLI, *Il dovere di fedeltà alla Repubblica*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007, 189 ss.

<sup>105</sup> È dalla cittadinanza, infatti, che sorge il patrimonio di diritti e doveri connessi all'appartenenza di un individuo a un determinato Stato. Si vedano in punto: M. CUNIBERTI, *Art. 22*, cit., §2.3.1; E. GROSSO, *Una cittadinanza funzionale. Ma a cosa?* in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 2015, 478 ss.

<sup>106</sup> L'esistenza di “conflitti potenziali tra opposte lealtà” derivanti dalla cittadinanza straniera è stata riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale. Cfr. [Corte cost., sent. n. 172/1999](#). Sui “conflitti di fedeltà” riferibili alla lealtà verso due diversi Stati (con riferimento al dovere di servizio militare di cui all'articolo 52 Cost., ma con ragionamento che pare applicabile anche al dovere di fedeltà) si vedano: J. LUTHER, *Art. 52*, cit., §2.1.3; I. MASSA PINTO, *Doveri e formazioni sociali. Il dovere di fedeltà alla repubblica come dovere di non rompere l'armistizio tra gruppi portatori di fini non negoziabili (ovvero il dovere di comprendere le ragioni degli altri)*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, cit., 58 ss.; A. RUGGERI, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, cit., 23. Nella dottrina straniera si veda T.M. FRANCK, *Clan and superclan: loyalty, identity and community in law and practice*, cit., 376 ss. Si veda inoltre M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e del cittadino nella Costituzione italiana*, cit., 438 ss., che pur sostenendo la tesi della riferibilità ai non cittadini del dovere di fedeltà di chi viene investito di pubbliche funzioni, riconosce la possibilità dell'insorgere di “ipotesi di contrasto tra i doveri che discendono dall'esercizio di pubbliche funzioni all'interno del nostro ordinamento e i doveri che si collegano al rapporto tra un soggetto ed il paese estero di appartenenza”, contrasti che però, per l'A., andrebbero risolti prevedendo puntuali ipotesi di incompatibilità, o comunque “caso per caso”.

<sup>107</sup> Osserva A. MORELLI, *Il dovere di fedeltà alla Repubblica*, cit., 190, che tutti i “conflitti di fedeltà” sono, a ben vedere, “latenti”.



Ciò appare tanto più vero quanto più gli obblighi di fedeltà e lealtà richiesti dallo Stato straniero risultino paragonabili (se non superiori) per intensità a quelli prescritti dalla Costituzione repubblicana. Si pensi, solo per fare un esempio, alla configurazione del dovere di fedeltà che viene imposto al cittadino dall'ordinamento statunitense, e che è ben esplicita dalla formula del giuramento per la naturalizzazione (il cosiddetto "*oath of allegiance*"), con cui l'individuo si impegna solennemente a "rinunciare e abiurare ogni alleanza e fedeltà a ogni principe, potenza, Stato o sovranità straniera", e a "sostenere e difendere la Costituzione e le leggi degli Stati Uniti d'America contro ogni nemico, interno ed esterno", se necessario "impugnando le armi per conto degli Stati Uniti"<sup>108</sup>. Si considerino, in ipotesi, le implicazioni che avrebbe avuto l'avere un Presidente del Consiglio con doppia cittadinanza (italiana e statunitense) – e dunque legato da un vincolo di fedeltà di questa portata agli Stati Uniti d'America – in noti casi storici in cui gli interessi della Repubblica sono entrati in contrasto con quelli dell'alleato transatlantico, come la crisi di Sigonella del 1985, l'incidente del Cermis del 1998, o il caso Abu Omar del 2003<sup>109</sup>. E del resto, proprio la Costituzione degli Stati Uniti d'America contiene una specifica norma volta a eliminare i possibili "conflitti di fedeltà" del Presidente (e del Vice-Presidente), vale a dire l'articolo II sezione 1, che limita ai soli "*natural born citizens*"<sup>110</sup> l'accesso a tali cariche, proprio ai fini di evitare (tra le altre cose) che "una persona fedele a più di una nazione" possa essere eletta al vertice dell'Esecutivo<sup>111</sup>.

Altri ordinamenti europei e del cosiddetto "mondo occidentale" utilizzano formule meno "evocative" di quella statunitense, e più simili a quella in uso nell'ordinamento italiano (racchiusa nell'articolo 54 Cost.), facendo di volta in volta riferimento all'impegno a osservare la Costituzione dello Stato in questione e le sue leggi, oltre che, in alcuni casi, a un espresso impegno ad astenersi dal recare danno allo Stato di adozione e/o a rispettare i diritti umani fondamentali<sup>112</sup>.

<sup>108</sup> Il testo completo dell'*oath of allegiance* statunitense recita: "*I hereby declare, on oath, that I absolutely and entirely renounce and abjure all allegiance and fidelity to any foreign prince, potentate, state, or sovereignty, of whom or which I have heretofore been a subject or citizen; that I will support and defend the Constitution and laws of the United States of America against all enemies, foreign and domestic; that I will bear true faith and allegiance to the same; that I will bear arms on behalf of the United States when required by the law; that I will perform noncombatant service in the Armed Forces of the United States when required by the law; that I will perform work of national importance under civilian direction when required by the law; and that I take this obligation freely, without any mental reservation or purpose of evasion; so help me God*". Cfr. l'articolo 337 del *Code of Federal Regulations*.

<sup>109</sup> Su quest'ultimo caso si veda F.G. PIZZETTI, *Il più recente orientamento della Corte costituzionale nel caso Abu Omar: novità sul segreto di stato?* in [Processo penale e giustizia](#), n. 6, 2014.

<sup>110</sup> L'articolo II sezione 1 della Costituzione statunitense recita: "*No Person except a natural born Citizen, or a Citizen of the United States, at the time of the Adoption of this Constitution, shall be eligible to the Office of President*".

<sup>111</sup> Si vedano in punto: A.D. MILLER, *Terminating the just not American enough idea: saying hasta la vista to the natural-born-citizen requirement of presidential eligibility*, in [Syracuse Law Review](#), vol. 57, n. 1, 2006, 104; J.A. PRYOR, *The natural-born citizen clause and presidential eligibility: an approach for resolving two hundred years of uncertainty*, in [Yale Law Journal](#), vol. 97, n. 5, 1988; S.P. HERLIHY, *Amending the natural born citizen requirement: globalization as the impetus and the obstacle*, in [Chicago-Kent Law Review](#), vol. 81, n. 1, 2006, 291 ss. La dottrina sulla norma in esame (che è spesso stata definita la "peggiore norma della Costituzione" statunitense) è sterminata, e ha diviso a lungo i teorici dell'originalismo da quelli della "Costituzione vivente", anche per via dell'oggettiva assenza di riferimenti in merito al motivo preciso per cui i Padri Costituenti statunitensi abbiano deciso di congegnarla. Le tre tesi più diffuse sono che il requisito sia stato introdotto per: implementare una generale garanzia della fedeltà agli Stati Uniti di chi accedeva alla presidenza, fedeltà che appariva meglio assicurata da chi era "nato" americano; impedire che la presidenza fosse offerta a un monarca straniero (e, segnatamente, al monarca inglese); impedire a uno specifico individuo (il Barone Von Steuben, patriota della Guerra d'Indipendenza americana, di origini prussiane e sospettato di ambizioni monarchiche o dittatoriali) di candidarsi alla presidenza. Si veda in punto L. FRIEDMAN, *An idea whose time has come the curious history, uncertain effect, and need for amendment of the natural born citizen requirement for the presidency*, in [St. Louis University Law Journal](#), vol. 52, n. 1, 2007, 142. Va osservato, in ogni caso, che oggi, a differenza che nel 1787, anche il cittadino "per nascita" potrebbe conservare una o più cittadinanze straniere (così come il cittadino naturalizzato), e che dunque la norma costituzionale in esame non elimina del tutto il problema della "doppia fedeltà".

<sup>112</sup> Si vedano, solo per fare qualche esempio tra le decine possibili, le formule del giuramento per la naturalizzazione in Germania (cfr. *Staatsangehörigkeitgesetz (StAG)* §16), Regno Unito (cfr. la *Schedule 5* del *British Nationality Act 1981*) e Belgio (cfr. l'articolo 12 *bis* del *Code de la nationalité belge*). Si vedono, inoltre, i doveri di fedeltà, lealtà e/o

In generale, ciò che rileva, e che appare suscettibile di interferire con l'esercizio delle funzioni di governo da parte del Presidente del Consiglio (e del Ministro), è *la soggezione, per mezzo della cittadinanza* (a prescindere dal fatto che essa sia stata ottenuta per nascita, per naturalizzazione, o in altro modo), *al sistema di doveri costituzionali il cui adempimento lo Stato straniero richiede a tutti i suoi cittadini* (di cui il giuramento per la naturalizzazione non è che la "espressione sintetica"<sup>113</sup>), e che potrebbero confliggere di volta in volta con i doveri "speciali" (relativi all'esercizio delle funzioni nel perseguimento esclusivo dell'interesse nazionale) imposti ai componenti del Governo dalla Costituzione italiana.

È evidente che il caso più emblematico di possibile contrasto tra gli interessi di due Stati ("conflitto di fedeltà") è quello della guerra, e dunque la situazione in cui l'individuo con doppia cittadinanza sia chiamato dalla Repubblica ad adempiere ai doveri di fedeltà e difesa della patria ex articoli 54 e 52 Cost., e sia contemporaneamente richiesto di adempiere a un simmetrico dovere dallo Stato straniero che alla Repubblica muove guerra<sup>114</sup>. Trattasi di caso che poteva apparire, fino al 2021, "di scuola" (in un'epoca in cui l'integrazione europea aveva garantito per oltre mezzo secolo la pace nel continente), ma che invece, come dimostrato dai recenti drammatici eventi dell'invasione russa dell'Ucraina, è forse molto meno improbabile di quanto si potesse pensare. Anche in questo caso, peraltro, il contrasto risulterebbe esasperato nel caso del cittadino che sia componente del Governo (e che sia vincolato dai già richiamati doveri costituzionali "a intensità rafforzata"), se appena si considerano i relevantissimi poteri che al Governo spettano, per il caso di guerra, nel nostro ordinamento ai sensi dell'articolo 78 Cost.

E tuttavia, anche senza arrivare a tale caso estremo, e limitandosi al generale dovere dei componenti del Governo di agire nell'interesse esclusivo della nazione, le situazioni in cui tale interesse potrebbe entrare in contrasto con quello di un altro Stato sovrano sono molteplici.

Si pensi, solo per fare qualche esempio recente: ai tentativi (riusciti e non) da parte di aziende francesi o tedesche di acquisire imprese strategiche italiane (e viceversa); alla contrapposizione, interna all'Unione europea, tra l'Italia e alcuni Stati del nord (i cosiddetti Paesi "frugali") in merito alla richiesta di misure solidaristiche per contrastare gli effetti della pandemia di Covid-19<sup>115</sup>; allo scontro tra l'Italia e altri Stati europei (e in particolare quelli del cosiddetto "Gruppo di Visegrad") relativo al ricollocamento intra-europeo dei richiedenti asilo durante la cosiddetta "crisi dei rifugiati" del 2015 e alle conseguenti proposte di riforma del "sistema Dublino"<sup>116</sup>; alla questione, recentemente tornata agli onori delle cronache, della strage di Ustica (e al presunto coinvolgimento francese e/o statunitense); alla divergenza tra gli interessi italiani e quelli di alcuni partner europei in occasione della guerra civile in Libia del 2011 (e ai suoi sviluppi nella decade successiva); alla proposta del primo Governo Kurz di concedere la cittadinanza austriaca agli abitanti del Sudtirolo; alle crisi diplomatiche tra Italia e Francia e tra Italia e Germania apertesesi nel corso della XIX legislatura; alla cosiddetta "guerra dei dazi" promossa dal Presidente degli Stati Uniti d'America Trump nei confronti dell'Unione europea e dei suoi Stati membri. O si pensi, ancora, in prospettiva futura, al dibattito, attualmente in corso, sulla necessità di dare vita a una vera difesa comune europea (affiancata e non

---

osservanza imposti, tra gli altri, dall'articolo 9 della Costituzione della Spagna, dall'articolo 9 della Costituzione dell'Irlanda, dall'articolo 5 della Costituzione della Germania, dall'articolo 54 della Costituzione dell'Estonia, dall'articolo 82 della Costituzione della Polonia.

<sup>113</sup> Riprendendo la locuzione utilizzata da C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 887.

<sup>114</sup> Si vedano: J. LUTHER, *Art. 52*, cit., §2.1.3; I. MASSA PINTO, *Doveri e formazioni sociali. Il dovere di fedeltà alla repubblica come dovere di non rompere l'armistizio tra gruppi portatori di fini non negoziabili (ovvero il dovere di comprendere le ragioni degli altri)*, cit., 58 ss.

<sup>115</sup> Si veda P. BILANCIA, *La Repubblica e l'Unione europea*, in P. Bilancia, E. De Marco (a cura di), *L'ordinamento della Repubblica*, IV ed., Padova, Cedam, 2021, 111.

<sup>116</sup> Si veda sul tema F. SCUTO, *Le difficoltà dell'Europa di fronte alla sfida dell'immigrazione: superare il "Sistema Dublino"*, in *Centro Studi sul Federalismo – Research papers*, febbraio 2017. In senso analogo A. PATRONI GRIFFI, *Le migrazioni e l'Unione Europea: considerazioni di scenario e alcune proposte*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1, 2018.

sostitutiva rispetto alla NATO), che storicamente incontra resistenze da parte degli Stati Uniti d'America e di alcuni Stati europei.

In definitiva, le possibili criticità afferiscono alla capacità, in casi come questi, di un Presidente del Consiglio o di un Ministro, legato contemporaneamente da vincoli di fedeltà sia alla Repubblica che alla controparte straniera, di adempiere al dovere assunto, ex articoli 54 e 93 Cost., di esercitare le proprie funzioni *esclusivamente* per il perseguimento dell'interesse nazionale, e finiscono per intersecare un numero potenzialmente indefinito di interessi costituzionalmente rilevanti.

Gli esempi sinora esaminati riguardano, peraltro, cittadinanze di Stati che sono storicamente considerati “amici”, il che finisce per “sfumare”, in una certa misura, il problema del “conflitto di fedeltà”, dal momento che gli interessi di tali Stati sono spesso (seppur, come si è visto, non sempre) allineati a quelli della Repubblica<sup>117</sup>. Per comprendere la magnitudine del problema si immagini, però, il caso di un Presidente del Consiglio che abbia come seconda cittadinanza non già quella svizzera, statunitense, francese o britannica, ma quella cinese, russa, iraniana o nordcoreana.

Ovviamente, la questione non riguarda la lealtà dei singoli individui menzionati nel presente lavoro, che non è in alcun modo revocabile in dubbio, e gli esempi sinora adottati sono solo il caso pratico da cui scaturisce il ragionamento. E tuttavia, non sembra irragionevole almeno ipotizzare che, così come il magistrato deve non solo *essere* imparziale ma altresì *apparire* imparziale (e a tal fine la Costituzione consente, all'articolo 98 comma 3, specifiche limitazioni dei suoi diritti), il componente dell'Esecutivo (e specie il Presidente del Consiglio), debba non solo *essere* pienamente fedele alla Repubblica e capace di perseguire esclusivamente l'interesse nazionale, ma altresì *apparire* (sia sul piano nazionale che su quello esterno) pienamente fedele alla Repubblica e capace di perseguire esclusivamente l'interesse nazionale. E del resto, proprio l'articolo 98 Cost. (così come l'articolo 18 comma 2 Cost., per la parte in cui vieta le associazioni segrete<sup>118</sup>) è testimonianza del fatto che la Costituzione tende a prevedere degli specifici meccanismi per rimuovere, per uffici pubblici di particolare importanza, i “conflitti di fedeltà” (anche solo potenziali) che potrebbero interferire con il corretto esercizio delle prerogative che a tali uffici sono affidate nell'ordinamento<sup>119</sup>.

Ciò potrebbe portare a immaginare, secondo criterio di ragionevolezza, un trattamento differenziato nei confronti di coloro che sono chiamati a comporre il Governo, che, facendo leva sugli articoli 54 e 93 Cost., limiti la loro possibilità di acquisire (e mantenere) cittadinanze straniere aggiuntive rispetto a quella italiana, se non altro per il periodo in cui esercitano le proprie funzioni.

In un'epoca, come è la nostra, di globalizzazione, multiculturalismo, migrazioni, interconnessione, e integrazione europea e sovranazionale pervasivi, in cui la doppia cittadinanza (o la cittadinanza multipla) diviene sempre più frequente nella popolazione, il caso di un Presidente del Consiglio (o di un Ministro) con doppia cittadinanza (e dunque il problema del suo “conflitto di fedeltà”) sembra essere inevitabilmente destinato a verificarsi nel prossimo futuro. Posto che quindi, in effetti, per tutto quanto sopra argomentato, un caso siffatto potrebbe presentare almeno alcuni profili di (se non altro, eventuale) interferenza con le norme costituzionali applicabili, occorre allora chiedersi quali siano (se ve ne sono), nell'ordinamento, le conseguenze e, se del caso, il possibile rimedio.

Occorre chiedersi, in altri termini, se le peculiari funzioni e i simmetrici doveri “qualificati” del Presidente del Consiglio (e dei Ministri) ex articoli 54, 93 e 95 Cost. possano giustificare, per gli

<sup>117</sup> Si veda P.J. SPIRO, *Dual nationality and the meaning of citizenship*, cit., 1461, che rileva come la fase di democratizzazione e di cooperazione internazionale del Secondo Dopoguerra abbia contribuito a superare, almeno in parte, per quegli Stati che aderiscono a una forma democratica, il problema del “conflitto di fedeltà” derivante dalla doppia cittadinanza.

<sup>118</sup> Si pensi alle sanzioni che vengono comminate, ai sensi della legge n. 17/1982 (come noto adottata a seguito del “caso P2”) ai dipendenti pubblici, civili e militari “infedeli”, per i quali risulti, sulla base di concreti elementi, l'appartenenza a una società segreta che svolge “attività diretta ad interferire sull'esercizio delle funzioni di organi costituzionali, di amministrazioni pubbliche, anche ad ordinamento autonomo, di enti pubblici anche economici, nonché di servizi pubblici essenziali di interesse nazionale”.

<sup>119</sup> Si vedano: G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 161; P. RESCIGNO, *Gruppi sociali e lealtà*, cit., 253 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 887.

individui che vengono chiamati a incarichi di Governo, un trattamento differenziato per il caso di doppia cittadinanza rispetto alla regola generale di apertura alle cittadinanze multiple vigente nell'ordinamento.

#### 4. *La rilevanza e le possibili conseguenze del “conflitto di fedeltà” del componente del Governo con cittadinanza multipla*

Preliminarmente, ci si deve chiedere se le problematiche relative al caso di doppia cittadinanza del Presidente del Consiglio (o dei Ministri) possano essere risolte in via generale e, quindi, secondo un automatismo. Devono essere esaminate, pertanto, le soluzioni più “radicali”, e dunque da un lato quelle che porterebbero a negare *tout court* la rilevanza costituzionale della questione della cittadinanza multipla dei componenti del Governo, e dall'altro quelle che postulerebbero un divieto costituzionale generalizzato di doppia cittadinanza per il Presidente del Consiglio (e per i Ministri).

Orbene, per quanto già argomentato nel paragrafo precedente, non sembra possibile negare *tout court* qualsiasi rilevanza (e la esperibilità di un qualsiasi controllo) per i casi in parola in forza dell'assenza di un espresso divieto di doppia cittadinanza per il Presidente del Consiglio (e per i Ministri) nella lettera della Costituzione (e dunque sulla base di un argomento formalista o testualista).

Un'impostazione siffatta non convince in primo luogo sul piano teorico perché, come si è visto, se è vero che la Costituzione non contiene alcun divieto testuale, sembra possibile, a ben vedere, individuare negli articoli 54 e 93 Cost. un parametro costituzionale rispetto al quale il caso di doppia cittadinanza del Presidente del Consiglio e dei Ministri potrebbe, in ipotesi, entrare in rotta di collisione (tanto in via generale e astratta, quanto in singoli casi concreti) (cfr. §3). Più precisamente, si è detto di come i doveri particolarmente intensi di fedeltà e lealtà che sono imposti ai componenti del Governo dagli articoli 54 e 93 Cost. nell'esercizio delle loro funzioni – che sono posti a presidio della pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti sussunti nella formula dell'“interesse esclusivo della nazione” – potrebbero fornire la base giuridica per introdurre, per gli individui che ricoprono tali ruoli, un trattamento differenziato rispetto alla regola generale (che è quella dell'apertura alle cittadinanze multiple).

Un'impostazione siffatta non convince, in secondo luogo, sul piano empirico, nella misura in cui essa, negando la rilevanza della questione, finisce per rinunciare a governarla, non consentendo all'ordinamento di misurarsi con il complesso bilanciamento tra i diversi beni costituzionalmente rilevanti che vengono intersecati dal “conflitto di fedeltà” dei componenti del Governo con doppia cittadinanza, e lasciandolo, pertanto, “disarmato” di fronte a possibili lesioni, anche gravi, degli stessi.

Non sembra possibile negare rilevanza costituzionale alla eventuale doppia cittadinanza del Presidente del Consiglio (o dei Ministri) neppure facendo leva su di una concezione rigidamente monista dell'ordinamento nazionale, che ne postuli l'autosufficienza (*rectius*, l'indifferenza) rispetto alle norme del diritto internazionale e, soprattutto, del diritto straniero.

Un approccio monista potrebbe, in effetti, portare l'interprete ad argomentare che per la Repubblica italiana le cittadinanze multiple non hanno alcun valore, nella misura in cui esse afferiscono a un rapporto tra il cittadino e uno Stato terzo, rapporto che rimane estraneo alla dimensione dell'ordinamento nazionale. In questa prospettiva, i rapporti costituzionali (il rapporto tra l'individuo e l'ordinamento costituzionale, e dunque, per quel che qui interessa, il riconoscimento di diritti e l'imposizione di doveri politici) sarebbero regolati esclusivamente in base alla dicotomia possesso/non possesso della cittadinanza italiana, *tertium non datur*, e l'ordinamento costituzionale nazionale sarebbe allora “cieco” alle cittadinanze straniere ulteriori rispetto a quella della Repubblica, e tratterebbe il cittadino “doppio” *come se fosse cittadino solo italiano*. In questa prospettiva, la facoltizzazione della doppia cittadinanza nella legge n. 91/1992 avrebbe esclusivamente il fine

“benevolo” di non costringere l’individuo a recidere il rapporto che lo lega a un altro ordinamento, senza che ciò attribuisca, però, alcuna rilevanza a tale rapporto sul piano interno.

Una ricostruzione in questi termini (per certi versi “poetica”, nella misura in cui muove da una sorta di presunzione di prevalenza della “italianità” nell’individuo con doppia cittadinanza), a prescindere dalla sua dubbia compatibilità rispetto al combinato disposto dei fondamentali principi pluralista, di eguaglianza, e di apertura internazionale che, come si è visto, potrebbero essere interpretati nel senso di *imporre* il riconoscimento delle cittadinanze multiple da parte dell’ordinamento nazionale (cfr. §3), non sembra comunque convincente per almeno tre ordini di motivi.

In primo luogo, sul piano empirico, anche l’impostazione in esame, così come quella formalista, negando rilevanza *tout court* alla questione non consente di risolvere casi problematici concreti, che sarebbero invece, come si è visto, oggettivamente suscettibili di interferire con numerosi diritti e interessi costituzionalmente rilevanti per l’ordinamento (con l’“interesse nazionale”).

In secondo luogo, la soluzione si scontra con il dato per cui, anche a voler accedere a una prospettiva massimamente monista (per non dire nazionalista), un fatto afferente a un ordinamento straniero può in ogni caso essere rilevante per l’ordinamento nazionale laddove sia quest’ultimo a conferirgli rilevanza interna (si pensi ai cosiddetti “reati universali”<sup>120</sup>, o ai delitti contro la personalità internazionale dello Stato, o alla responsabilità del Capo dello Stato per alto tradimento ex articolo 90 Cost., o al riconoscimento del matrimonio contratto all’estero). La cittadinanza straniera, allora, pur non rilevante *in generale* con riferimento ai rapporti tra l’individuo e l’ordinamento costituzionale italiano (che continua a trattarlo come un cittadino), potrebbe ben assumere rilevanza *nel caso specifico* del Presidente del Consiglio (o del Ministro), configurandosi come fatto ostativo (o comunque capace di interferire) rispetto all’assunzione dei doveri che discendono dagli articoli 54 e 93 Cost. (con particolare riferimento all’impegno ad agire *esclusivamente* nell’interesse della nazione). Del resto, era questa l’impostazione della legge n. 555/1912, che attribuiva rilevanza alla cittadinanza straniera come fatto idoneo a cagionare la perdita della cittadinanza italiana.

Infine, l’impostazione in esame sembra confliggere con il diritto internazionale convenzionale in materia, che, come regola generale, prevede, oggi, l’obbligo per gli ordinamenti nazionali di riconoscere la cittadinanza attribuita da altri Stati, regola positivizzata, ad esempio, nell’articolo 1 della già richiamata Convenzione su talune questioni relative al conflitto di leggi sulla cittadinanza del 1930, così come nell’articolo 3 comma 2 della Convenzione europea sulla cittadinanza del 1997<sup>121</sup>.

Si potrebbe immaginare, poi, pur non negando *tout court* la rilevanza della doppia cittadinanza di un componente del Governo *sul piano formale*, di negare che la circostanza sia produttiva di conseguenze costituzionali *sul piano sostanziale*, valorizzando a tal fine la collegialità intrinseca che vale a definire l’organo complesso “Governo” nel nostro ordinamento<sup>122</sup>. Si potrebbe argomentare, più precisamente<sup>123</sup>, che il Presidente del Consiglio (o il singolo Ministro) con doppia cittadinanza non sarebbe in grado, da solo, di determinare l’indirizzo politico di governo (potendo al più contribuire alla sua determinazione in seno al Consiglio dei Ministri), e dunque non potrebbe arrecare danno, in via diretta, all’“interesse nazionale” (e alla pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti

<sup>120</sup> Come, ad esempio, nel caso dell’estensione della punibilità ai fatti commessi all’estero per mezzo dell’articolo 604 c.p. con riferimento a fattispecie di reato riferibili al cosiddetto “sfruttamento sessuale”.

<sup>121</sup> Si veda C. FOCARELLI, *Cittadinanza, diritto internazionale e sintonizzazione empatica nel “mondo uno”*, cit., 12 ss. In senso analogo P.J. SPIRO, *Dual nationality and the meaning of citizenship*, cit., 1450 ss. Va precisato, però, che le convenzioni richiamate, a oggi, sono state firmate ma non ratificate dall’Italia.

<sup>122</sup> Sulla collegialità dell’Esecutivo nella nostra forma di governo si veda, per tutti, A. RUGGERI, *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1981, specie 53 ss.

<sup>123</sup> Con ragionamento non dissimile da quello che induce a negare la problematicità della doppia cittadinanza di singoli componenti delle Camere, alla luce della collegialità del Parlamento e dell’esercizio delle sue funzioni (cfr. §3).

che in tale formula sono racchiusi)<sup>124</sup>. In altri termini, il “conflitto di fedeltà” del singolo componente del Governo verrebbe “mitigato” dal principio costituzionale della collegialità dell’Esecutivo.

Volendo aderire a questa impostazione, l’unico caso di cittadinanza multipla costituzionalmente rilevante diverrebbe quello (oggettivamente “di scuola”) in cui a possedere la cittadinanza straniera oltre a quella italiana fosse un numero di componenti del Governo talmente elevato da esercitare un’influenza decisiva sul Consiglio dei Ministri e, conseguentemente, sull’indirizzo politico nazionale.

Una ricostruzione in questi termini, tuttavia, non convince, se non altro con riferimento alla figura del Presidente del Consiglio, che ai sensi dell’articolo 95 Cost. dispone di prerogative costituzionali (di direzione, promozione, coordinamento) e di funzioni di rappresentanza della Repubblica all’estero (cfr. §3) che, se potevano essere “temperate” dal principio collegiale (ma, forse, soprattutto dal sistema dei partiti) nella fase storica della cosiddetta “Prima Repubblica”, non conoscono oggi simili contropoteri, alla luce del già richiamato accentuarsi del principio monocratico, della marginalizzazione del Parlamento<sup>125</sup> e dell’avvento dei partiti *leaderistici*<sup>126</sup>, che hanno caratterizzato le ultime tre decadi. È proprio in forza di queste prerogative, del resto, che il Presidente del Consiglio resta sempre, anche nei momenti di massima prevalenza del principio collegiale, un *primus inter pares*, abilitato a esercitare un’influenza diretta sull’indirizzo politico di governo e, dunque, a incidere sensibilmente sull’interesse nazionale<sup>127</sup>.

Conseguentemente, la tesi in esame potrebbe essere forse riferibile, al più, al caso individuale del singolo Ministro, specie se “tecnico” (si immagini, ad esempio, il caso, che non apparirebbe particolarmente problematico, di un Governo “tecnico” o “di scopo”<sup>128</sup>, in cui il dicastero dell’Economia venisse affidato a un economista di fama mondiale con doppia cittadinanza). Ciò comunque tenendo sempre a mente che, da un lato, se è vero che il singolo Ministro è sprovvisto delle medesime prerogative del Presidente del Consiglio, egli partecipa in ogni caso, con influenza tutt’altro che trascurabile, alla determinazione dell’indirizzo politico da parte del Consiglio dei Ministri, e dall’altro che il singolo Ministro rappresenta la Repubblica in seno al Consiglio dei Ministri dell’Unione europea. Inoltre, il singolo Ministro potrebbe ben essere titolare di poteri “propri” – come quelli di controfirma degli atti presidenziali, di promovimento di azioni (ad esempio disciplinari) o di nomina – a loro volta suscettibili di interferire (se usati in modo distorto) con l’interesse nazionale.

In definitiva, quindi, l’impostazione in esame potrebbe indurre l’interprete, al massimo (eventualmente), a differenziare le posizioni del Presidente del Consiglio e dei Ministri, riconducendo solo al primo, e non anche ai secondi, le criticità costituzionali relative al “conflitto di fedeltà”

<sup>124</sup> L’impostazione riecheggia, per certi versi, forse, quella sottesa a una delle difese dell’ex Ministro dell’Interno Salvini nel cosiddetto caso “*Open Arms*”, tesa a valorizzare la collegialità della decisione (in seno al Governo Conte I), nell’agosto 2019, di impedire lo sbarco dei migranti a bordo della omonima imbarcazione.

<sup>125</sup> Cfr. note 100 e 101.

<sup>126</sup> Si vedano sul tema: L. TRUCCO, *Rosatellum-bis e la forma di governo “leadercratica” sul far del nascere della XVIII legislatura*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), n. 3, 2018; M. CALISE, *Il partito personale*, Roma-Bari, Laterza, 2000; S. STAIANO, *Prolegomeni minimi a una ricerca forse necessaria su forma di governo e sistema dei partiti*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 3, 2012.

<sup>127</sup> Su tale assetto del Governo si vedano, *ex multis*: G. AMATO, F. BRUNO, *La forma di governo italiana. Dalle idee dei partiti all’Assemblea Costituente*, in *Quaderni costituzionali*, 1981, 73 ss.; L. PRETI, *Il governo nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1954, 20 ss.; E. CHELI, *Il coordinamento delle attività di Governo nell’attuale sistema italiano*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1969; S. MERLINI, *Presidente del Consiglio e collegialità di Governo*, in *Quaderni costituzionali*, 1982; I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, cit., 58 ss. In senso analogo si è espressa anche la giurisprudenza della Corte costituzionale. Cfr.: Corte cost., sentt. nn. [7/1996](http://www.corteconstituzionale.it) e [262/2009](http://www.corteconstituzionale.it).

<sup>128</sup> Sulle caratteristiche dei Governi “tecnici” e sulla difficoltà nell’operare una netta separazione tra Governi “tecnici” e Governi “politici” si veda, per tutti, N. LUPO, *I “governi tecnici”. Gli esecutivi Ciampi, Dini e Monti nel difficile equilibrio tra tecnica e politica*, in *Rassegna parlamentare*, n. 1, 2015.

potenzialmente derivante, ex articoli 54 e 93 Cost, dal possesso di cittadinanze multiple, ma non sembra risolvere il problema nella sua interezza.

Infine, una ulteriore via che potrebbe essere esplorata per negare la rilevanza dei casi in esame è quella di risolvere il “conflitto di fedeltà” derivante dalla cittadinanza multipla secondo un criterio “cronologico”, valorizzando il fatto che il giuramento ex articolo 93 Cost. del Presidente del Consiglio (e dei Ministri) avverrebbe in un momento successivo rispetto alla acquisizione (a prescindere da come essa si sia in concreto verificata) della cittadinanza straniera. Si è infatti sostenuto in dottrina, con riferimento non già al caso specifico della doppia cittadinanza, ma in generale ai “conflitti di fedeltà” dei titolari dei “supremi uffici”, che il giuramento costituzionale avrebbe proprio la funzione di prevenire eventuali “conflitti di fedeltà” facendo leva sull’impegno morale del giurante<sup>129</sup>, e che pertanto esso avrebbe “funzione risolutiva” (implicita) di eventuali obblighi incompatibili con quelli della carica assunta, con conseguenze “analoghe a quelle derivanti dall’articolo 98 comma 3 Cost.”<sup>130</sup>.

Si potrebbe riconoscere, in altri termini, al giuramento ex articolo 93 Cost. una sorta di *implicita* efficacia “caducante” rispetto ai precedenti doveri di fedeltà gravanti sull’interessato, facendo leva sulla sua intrinseca natura di “contratto politico” (cfr. §2). La chiara e solenne volontà manifestata di assumere l’ufficio pubblico nel Governo della Repubblica, e il coesenziale impegno a esercitare le relative funzioni costituzionali nell’interesse esclusivo della nazione (italiana) sarebbe, in questa prospettiva, sufficiente a “liberare” (evidentemente solo “agli occhi” dell’ordinamento italiano) il componente dell’Esecutivo da ogni onere che con tale impegno risultasse incompatibile.

Sarebbe lo Stato straniero di cui il membro del Governo italiano è cittadino, allora, a dover trarre le conseguenze dal giuramento ex articolo 93 Cost. da questi pronunciato e, se del caso, a dover valutare se l’assunzione dell’ufficio di Presidente del Consiglio della Repubblica italiana sia compatibile (o meno) con il mantenimento della cittadinanza straniera (ed eventualmente, se consentito in tale ordinamento, a dover procedere alla revoca della cittadinanza).

Una simile impostazione non risulta però ancora del tutto soddisfacente, dal momento che essa risolve la questione sul piano formale-interno (rapporto tra l’ordinamento costituzionale italiano e l’individuo con cittadinanza multipla), ma non elimina le criticità evidenziate sul piano sostanziale-esterno, in cui il “conflitto di fedeltà” permane, non avendo ovviamente il giuramento ex articolo 93 Cost. alcun potere “ultra-nazionale” (nell’ordinamento straniero). In altri termini, il giuramento ex articolo 93 Cost. potrebbe forse essere sufficiente a “liberare” il cittadino “agli occhi” della Repubblica, ma resta il dato per cui egli rimarrebbe, nei fatti, in possesso della cittadinanza straniera in questione “agli occhi” dello Stato interessato, che potrebbe ben continuare a pretendere l’adempimento dei doveri che da tale cittadinanza discendono<sup>131</sup>.

Inoltre, tale soluzione non risulterebbe applicabile al caso in cui la cittadinanza straniera sia acquisita successivamente all’assunzione della carica costituzionale nell’ordinamento italiano.

Nondimeno, l’ipotesi in esame sembra avvicinare l’interprete al corretto inquadramento della questione, nella misura in cui riconduce il problema nella dimensione più propriamente politica-sostanziale (e non solo giuridica-formale) che caratterizza le funzioni e i doveri dei componenti del Governo in generale, e il giuramento di cui all’articolo 93 Cost. in particolare (cfr. §2 e §3).

Venendo poi alle soluzioni “radicali” di segno diametralmente opposto rispetto a quelle sinora vagliate, sembra dover essere scartata, sempre per quanto già argomentato nel paragrafo precedente, l’opzione per un reciso divieto di cittadinanza multipla per i componenti dell’Esecutivo, fondata su di un’interpretazione originalista del combinato disposto degli articoli 51 e 92 Cost.

---

<sup>129</sup> Si veda A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, cit., 18.

<sup>130</sup> In questo senso G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 161 ss.

<sup>131</sup> In questo senso si vedano le analoghe riflessioni di P.J. SPIRO, *Dual nationality and the meaning of citizenship*, cit., 1459, con riferimento all’efficacia meramente “interna” dell’“*oath of allegiance*” statunitense. Il diritto internazionale prevede del resto, come regola generale, che ciascuno Stato sovrano possa regolamentare autonomamente la propria cittadinanza (ed esercitare su tale materia la propria giurisdizione esclusiva).

Come si è visto, il problema della doppia cittadinanza, pur marginale in quella fase storica, era noto al Costituente, che ha scelto di non regolarlo direttamente in Costituzione, con conseguente implicito rinvio della questione delle cittadinanze multiple alla discrezionalità del legislatore ordinario (cfr. §3). La volontà del Costituente in punto è, pertanto, orientata in senso “possibilista” rispetto alle cittadinanze multiple, e non si ravvisano elementi, nei lavori dell’Assemblea (o nei lavori preparatori della legge n. 91/1992), per giungere a una diversa conclusione con riferimento al caso particolare dei componenti dell’Esecutivo.

Allo stesso modo, non sembra possibile ricavare il divieto in parola attraverso l’interpretazione sistematica. Se infatti è, come si è argomentato (cfr. §3), certamente possibile individuare nel combinato disposto degli articoli 54 e 93 Cost. profili di interferenza *potenziale* tra la doppia cittadinanza e i doveri propri dei membri del Governo, non sembra invece possibile spingere tale operazione ermeneutica fino a ricavare dalle medesime norme un divieto *generalizzato* di assunzione di incarichi nel Governo da parte di cittadini italiani che siano in possesso di cittadinanze straniere aggiuntive. Una simile interpretazione finirebbe, infatti, per forzare oltremisura i limiti testuali che lo strumento sistematico deve comunque sempre rispettare.

##### 5. (segue) *La necessità di un controllo del Presidente della Repubblica (e del Parlamento) sui “conflitti di fedeltà”*

Alla luce della ricostruzione sinora operata, non sembra possibile concludere né per una irrilevanza *tout court* della questione della cittadinanza multipla di coloro che ricoprono incarichi di vertice nel Governo, né tantomeno per la sussistenza di un divieto generalizzato di cittadinanza multipla per i membri dell’Esecutivo.

Occorre quindi interrogarsi su possibili soluzioni “intermedie”, che consentano di vagliare, non in assoluto (attraverso un automatismo), ma “caso per caso” (in concreto), la possibile interferenza tra la doppia cittadinanza del Presidente del Consiglio (o del Ministro) e gli obblighi derivanti dal combinato disposto degli articoli 54 e 93 Cost. Occorrerà chiedersi, più precisamente, da un lato secondo quali criteri tale interferenza debba essere saggiata, e dall’altro da parte di quali organi una tale valutazione possa essere compiuta.

Come anticipato, la questione sembra dover essere risolta non già sul piano strettamente giuridico-formale, bensì valorizzando la natura intrinsecamente politica delle funzioni, dei doveri e della responsabilità del Governo nel nostro ordinamento (cfr. §3 e §4).

In questa prospettiva, allora, le criticità relative al caso di un Presidente del Consiglio (o di un Ministro) con cittadinanza multipla dovrebbero essere vagliate nell’ambito dei meccanismi politico-istituzionali del circuito della rappresentanza, circuito che svolge la funzione precipua di garantire, di volta in volta, attraverso i suoi “*checks and balances*”, la rispondenza del funzionamento delle istituzioni rispetto al perseguimento del “bene comune” (e, dunque, che l’indirizzo politico non devii da ciò che è prescritto dalla Costituzione), consentendo il raccordo tra Stato-persona e Stato-comunità.

In quest’ottica, gli organi deputati a vagliare il potenziale “conflitto di fedeltà” del componente del Governo provvisto di cittadinanze aggiuntive rispetto a quella italiana non possono che essere quelli a cui nel nostro sistema costituzionale è affidata la funzione di controllo sull’estrinsecarsi dell’indirizzo politico di governo<sup>132</sup>, e dunque il *Presidente della Repubblica* “a monte” (nell’ambito del procedimento di formazione del Governo, ove l’indirizzo politico di governo è nella sua “fase

---

<sup>132</sup> E del resto, l’indirizzo politico di governo rappresenta la “cerniera” tra la dimensione giuridica e la dimensione politologica, e dunque tra l’osservazione dello Stato *sub specie legis*, come ordinamento giuridico, e *sub specie potestatis*, come sistema politico. Si veda in punto M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1993, §5.



genetica”<sup>133</sup>) e il *Parlamento* “a valle” (nell’ambito delle attività del Governo in carica, ove l’indirizzo politico di governo si inverte).

Più precisamente, il controllo del Presidente della Repubblica dovrebbe svolgersi sia nelle fasi “istruttorie” della formazione del Governo, e cioè nelle fasi delle consultazioni e dell’incarico, ove egli può verificare con i partiti (attraverso i gruppi parlamentari) l’opportunità di incaricare una personalità in possesso di cittadinanza multipla, che nelle fasi “costitutive” del medesimo procedimento, e in particolare nella fase della nomina, ove il Capo dello Stato dispone del potere di rifiutare la nomina di un individuo laddove ritenga che la sua assunzione di un incarico nell’Esecutivo possa pregiudicare gravemente uno o più interessi costituzionalmente rilevanti<sup>134</sup>. Trattasi di potere di controllo iper-politico<sup>135</sup> che il Capo dello Stato svolge nell’ambito della sua funzione di indirizzo politico costituzionale<sup>136</sup>, e dunque a tutela del delicato equilibrio di valori fondamentali riassunti nella formula della “unità nazionale”<sup>137</sup>, rispetto ai quali andrà valutata l’interferenza (con riferimento agli articoli 54, 93 e 95 Cost.) prodotta dalla cittadinanza multipla di uno o più componenti dell’Esecutivo.

A ciò non sembra ostare il fatto che il “conflitto di fedeltà” sia, in questa fase (prima dell’assunzione dell’incarico di governo con la nomina) ancora “latente”<sup>138</sup>, posto che il ruolo di garanzia e controllo del Presidente della Repubblica, in un procedimento “misto” (politico e costituzionale)<sup>139</sup> come quello della formazione del Governo, involge necessariamente elementi di valutazione “prognostica” sugli *effetti* (anche “potenziali”) che la nomina a Presidente del Consiglio o a Ministro di un dato individuo avrebbe con riferimento alla tenuta dell’ordinamento costituzionale.

Il caso in cui un controllo preventivo siffatto ha dato esito negativo si è avuto, del resto, recentemente, all’avvio della XVIII legislatura, quando il Presidente della Repubblica, adducendo la necessità di una “difesa della Costituzione e dell’interesse della nostra comunità nazionale”, ha rifiutato di nominare Paolo Savona (che aveva teorizzato in passato la possibile uscita dell’Italia dall’euro) Ministro dell’Economia, ritenendo che tale nomina avrebbe quasi certamente pregiudicato molteplici interessi e diritti costituzionalmente rilevanti<sup>140</sup>.

<sup>133</sup> Si veda A. LUCARELLI, *Dibattito sul potere del Presidente della Repubblica di condizionamento della scelta dei ministri*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 2018, 1002.

<sup>134</sup> Sul tema e per la ricostruzione delle elaborazioni dottrinali in materia, sia consentito il rinvio a G. CAVAGGION, *La formazione del governo. Aspetti e problemi tra quadro costituzionale e nuove prassi*, cit., 99 ss.

<sup>135</sup> Nel senso di potere “al di sopra” della politica e “sulla” politica. Così A. MORRONE, *Governo di cambiamento*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 12, 2018, 9. In senso analogo D. GALLIANI, *Il Capo dello Stato e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2011, 210 ss.

<sup>136</sup> Secondo la teoria dell’indirizzo politico costituzionale, come noto, è “precipuo compito” del Capo dello Stato, nella forma di governo italiana, quello di “controllare l’indirizzo [politico] di maggioranza”, “ed eventualmente di correggerlo per allinearli alla attuazione dei fini costituzionali”. Si veda P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, 308 ss.

<sup>137</sup> Si veda A. MORRONE, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2013, 8. In senso analogo: M. DOGLIANI, *Dibattito sul potere del Presidente della Repubblica di condizionamento della scelta dei ministri*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 2018, 999; A. MORELLI, *Mandati esplorativi, incarichi e preincarichi: di cosa stiamo parlando?* in [laCostituzione.info](http://laCostituzione.info), 9 maggio 2018.

<sup>138</sup> *Contra* si veda, tuttavia, A. MORELLI, *Il dovere di fedeltà alla Repubblica*, cit., 190, che ritiene che i “conflitti di fedeltà” acquistino rilevanza giuridica solo nel momento in cui viene meno la loro “latenza”.

<sup>139</sup> Si veda in questo senso, per tutti, L. PALADIN, *Governo italiano*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, §2.

<sup>140</sup> Sul “caso Savona” si vedano in questi termini almeno: M.C. GRISOLIA, *Intervento al Seminario “Contesto politico, forma di governo e relazioni tra gli organi costituzionali”*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2, 2018, 3 ss.; R. BIN, *Mattarella non poteva, ma doveva rifiutare la nomina*, in [laCostituzione.info](http://laCostituzione.info), 29 maggio 2018; A. D’ALOIA, *Nomina dei Ministri, interessi costituzionali fondamentali, poteri del Presidente della Repubblica. Appunti a margine del caso ‘Savona’*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2, 2018, 3 ss.; A. SPADARO, *Dalla crisi istituzionale al Governo Conte: la saggezza del Capo dello Stato come freno al “populismo sovranista”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1° giugno 2018, 5 ss.; A. MANZELLA, *Centralità proclamata ma difficile senza rispetto per opposizione e minoranze*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2018, 670; M. SICLARI, *Primi rilievi sulla formazione del Governo Conte*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2, 2018, 2; A. ANZON DEMMIG, *Partecipazione alle consultazioni e principio di leale collaborazione*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2, 2018; A. PALANZA, *Intervento al Seminario “Contesto politico, forma di governo e*

Il Parlamento, invece, dovrebbe svolgere il proprio controllo sul potenziale “conflitto di fedeltà” del Presidente del Consiglio (o del Ministro) in sede di dibattito e voto sulla fiducia iniziale ex articolo 94 comma 3 Cost., ovvero, laddove il “conflitto di fedeltà” dovesse emergere (o concretizzarsi) solo dopo che la fiducia iniziale è stata accordata, attraverso lo strumento della mozione di sfiducia ex articolo 94 comma 5 Cost.<sup>141</sup>.

Proprio perché non sembra possibile ricorrere ad automatismi (cfr. §4), sia il controllo del Presidente della Repubblica che quello del Parlamento (nei termini appena descritti) dovranno necessariamente focalizzarsi non già sul dato meramente *formale* del possesso (da parte del Presidente del Consiglio o del Ministro) della cittadinanza straniera, bensì sul dato *sostanziale* della sussistenza di rischi concreti (per quanto, eventualmente, anche “latenti”) per l’intersezione di beni costituzionalmente rilevanti riassunti dalla formula dell’“interesse esclusivo della nazione”.

Per quanto riguarda, invece, i criteri che il Presidente della Repubblica e le Camere dovrebbero utilizzare per vagliare i casi in parola – fermo il parametro di un pericolo concreto per l’“interesse esclusivo della nazione” –, essi non potranno che afferire alle peculiarità del caso specifico.

In questa prospettiva, si potrebbe ragionevolmente immaginare di valorizzare nell’ambito di tale valutazione, in primo luogo, il profilo e la storia del singolo individuo, ai fini di determinarne quella che è stata definita in dottrina come “cittadinanza *sostanziale*” o “cittadinanza *effettiva*”, e cioè la “trama di rapporti concreti tra un individuo ed una comunità”, che consente di individuare a quale Stato (o a quali Stati) egli deve *concretamente* la propria lealtà<sup>142</sup>. La valutazione potrebbe avere esito negativo, in questa prospettiva, solo laddove la “cittadinanza sostanziale” della personalità in questione sia diversa da quella italiana (o dubbia).

Potrebbe essere poi valorizzata, in secondo luogo, la natura dei doveri che discendono, per l’interessato, dalla specifica cittadinanza dello Stato straniero in questione, ai fini di verificare caso per caso la loro compatibilità (o meno) con i doveri e l’impegno dei componenti del Governo italiano ex articoli 54 e 93 Cost. Ciò consentirebbe di individuare i casi effettivamente problematici, e di confrontarsi quindi con i “conflitti di fedeltà” non già sul piano meramente teorico (e dunque per via del solo fatto che il cittadino italiano sia in possesso di una cittadinanza straniera aggiuntiva), bensì sul piano concreto (e dunque solo laddove detta cittadinanza straniera aggiuntiva imponga uno specifico dovere che effettivamente confligge con i doveri propri dell’incarico di governo cui il cittadino italiano è chiamato).

In questa prospettiva, il “conflitto di fedeltà” astratto potrebbe allora essere “ignorato” laddove, sul piano concreto, lo Stato straniero non richieda ai suoi cittadini l’adempimento di doveri di fedeltà assoluti (ad esempio garantendo un elevato livello di apertura internazionalista e alle cittadinanze multiple), o comunque richieda l’adempimento di doveri “tenui” (potrebbe essere questo, ad esempio, il caso della Svizzera). Laddove, invece, l’ordinamento costituzionale straniero richieda l’adempimento di doveri di fedeltà “intensi” (e si pensi ad esempio al caso, già richiamato, degli Stati Uniti d’America, che richiedono l’abiura di ogni alleanza e fedeltà ad altri Stati e la difesa, se necessario impugnando le armi, della Costituzione e delle leggi statunitensi contro ogni nemico, interno ed esterno) si potrebbe immaginare di giungere a una diversa soluzione.

---

relazioni tra gli organi costituzionali”, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2, 2018, 1 ss.; M. PIAZZA, “Mattarella vs Savona”: un caso, non-caso, non a caso, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 aprile 2019. Attesa la natura “di garanzia” del controllo in esame, sembra inoltre possibile quantomeno interrogarsi sulla facoltà, per l’interessato, di sindacare l’eventuale esito negativo dinanzi alla Corte costituzionale attraverso lo strumento del conflitto di attribuzione tra poteri. Sulla possibile legittimazione del Presidente del Consiglio incaricato (o nominato) in sede di conflitto tra poteri sia consentito il rinvio a G. CAVAGGION, *La formazione del governo. Aspetti e problemi tra quadro costituzionale e nuove prassi*, cit., 119 ss.

<sup>141</sup> Trattasi, in questo caso, di controllo squisitamente politico, e come tale, sembra, insindacabile da parte dell’interessato in caso di esito negativo.

<sup>142</sup> Si veda in punto M. CUNIBERTI, *Art. 22*, cit., §2.3.3, che riprende la tesi di R. MONACO, *Doppia cittadinanza e tutela della cittadinanza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950.

In definitiva, pare corretto, nel nostro sistema, affidare la risoluzione del possibile “conflitto di fedeltà” del Presidente del Consiglio (o del Ministro) agli organi costituzionali che nella forma di governo sono preposti al controllo sull’indirizzo politico, che potranno liberamente apprezzare se la cittadinanza multipla sia passibile di influenzare l’indirizzo politico di governo (o l’esercizio delle funzioni del Governo in generale) in senso negativo rispetto all’interesse nazionale (e a ciò che è costituzionalmente prescritto). Nessun problema di ordine costituzionale potrebbe essere adombrato, in altri termini, se il Presidente della Repubblica, che rappresenta l’unità nazionale (articolo 87 comma 1 Cost.), nella sua funzione di indirizzo politico costituzionale ritiene di incaricare e di nominare Presidente del Consiglio un individuo con cittadinanza multipla, e se i parlamentari direttamente eletti dal popolo, che rappresentano la nazione senza vincolo di mandato (articolo 67 Cost.), nell’esercizio della funzione di controllo sull’Esecutivo svolta dalle Camere, ritengono di accordare la fiducia al Governo che da detto individuo è presieduto.

Rimangono sempre possibili, in questa cornice di riferimento, ovviamente, da un lato il ricorso alla mozione di sfiducia laddove il “conflitto di fedeltà” dovesse manifestarsi solo successivamente all’immissione nella pienezza delle funzioni di governo, e dall’altro il sindacato successivo dell’autorità giudiziaria laddove il “conflitto di fedeltà” dovesse tradursi, in un caso concreto, in comportamenti che integrino “reato ministeriale” (ai sensi dell’articolo 96 Cost. e della legge costituzionale n. 1/1989).

Resta allora da chiedersi quale sia il “rimedio” a disposizione dell’interessato per rimuovere il “conflitto di fedeltà” laddove esso sia ritenuto effettivamente sussistente nel caso concreto (ad esempio, dal Presidente della Repubblica nella formazione del Governo, o da una minoranza qualificata di parlamentari attraverso la proposizione di una mozione di sfiducia).

Per quanto sinora argomentato la soluzione non potrebbe che essere, in questi casi, la rinuncia alla cittadinanza straniera, dovendosi ritenere sufficiente, a tal fine, la formale rinuncia dell’interessato, a prescindere dal fatto che essa produca o meno effetti concreti (si pensi al caso di un ordinamento straniero che non consenta la rinuncia alla cittadinanza, o che rigetti la rinuncia nel caso specifico). La rinuncia appare, in effetti, a differenza del giuramento, atto idoneo a rimuovere in radice le possibili interferenze con i doveri del componente del Governo e a superare il “conflitto di fedeltà”, palesandosi, in tal modo, la fedeltà esclusiva del cittadino alla Repubblica e l’impegno effettivo ad adempiere ai doveri discendenti dagli articoli 54 e 93 Cost., oltre che la volontà di svincolarsi dai doveri (di fedeltà e non) che discendono dalla cittadinanza straniera. Se infatti dal giuramento ex articoli 54 e 93 Cost. tali elementi potrebbero essere desunti solo in modo *implicito* (cfr. §4), dalla rinuncia formale alla cittadinanza straniera essi emergerebbero, invece, in modo *esplicito*.

Alla rinuncia non sembra ostare, peraltro, l’articolo 22 Cost. (che potrebbe essere invocato argomentando che l’imposizione della rinuncia alla cittadinanza equivalga a una “privazione” della stessa), poiché detta norma sembra riferibile unicamente alla cittadinanza italiana (non potendo la Repubblica italiana “privare” un individuo di una cittadinanza straniera).

#### *6. Prospettive future: l’evoluzione della cittadinanza europea e la (possibile) revisione semipresidenziale o neoparlamentare della forma di governo*

Posto che, come si è tentato di argomentare nei paragrafi precedenti, il caso di un componente del Governo con cittadinanza multipla appare destinato a inverarsi in un futuro tutt’altro che remoto, e che esso, al suo verificarsi, dovrà essere affrontato dall’ordinamento con il dovuto riguardo sia alle norme costituzionali applicabili, che alle peculiarità della situazione concreta, ci si deve soffermare conclusivamente su alcuni profili evolutivi che potrebbero spostare, in qualche misura, il baricentro della ricostruzione sinora operata.

In primo luogo, occorre chiedersi che impatto potrà avere sulle problematiche in esame il progressivo sviluppo della cittadinanza europea che, come noto, a partire dal 1992 (con il Trattato di

Maastricht), affianca quella degli Stati membri nel tentativo (a oggi per la verità largamente incompiuto) di forgiare un reale *demos* europeo<sup>143</sup>.

Se la cittadinanza europea viene considerata nel suo stato attuale (di “cittadinanza” solo in senso lato e transnazionale<sup>144</sup>), essa non sembra poter spostare in modo significativo i termini della questione.

Sul piano sostanziale, vero è che è dato rilevare un livello di convergenza più elevato tra gli interessi della Repubblica (l’“interesse nazionale”) e quelli degli altri Stati membri, rispetto a quanto accade nei rapporti con Stati extra-europei, ma vero è altresì che sono frequenti (come testimoniato da alcuni degli esempi che si sono richiamati<sup>145</sup>) i casi in cui detti interessi entrano in contrasto (complice, in particolare, l’assenza di una reale politica estera ed economica comune<sup>146</sup>). Conseguentemente, l’integrazione europea (e la cittadinanza europea), nel quadro attuale, sembrano al massimo poter “mitigare” o “mascherare” il “conflitto di fedeltà” dell’individuo con la cittadinanza di due o più Stati membri, ma non eliminarlo in radice.

Sul piano formale, invece, l’obbligo attualmente esistente, per i cittadini degli Stati membri, nei confronti dell’Unione europea (*rectius*, delle sue istituzioni), è un obbligo di leale collaborazione<sup>147</sup> (e non invece di fedeltà), per di più indiretto, in quanto mediato dai principi costituzionali fondamentali nazionali (nel caso dell’Italia, dagli articoli 2 e 11 Cost.)<sup>148</sup>. L’inesistenza di un’entità statale europea, di un “popolo” europeo e di una cittadinanza europea (nel senso pieno del termine), fa sì, infatti, che non possa essere realisticamente richiesto ai cittadini europei, da parte delle istituzioni dell’Unione, un adempimento solidarista equivalente a quello imposto ai cittadini italiani in favore della Repubblica dai doveri costituzionali inderogabili (specie di fedeltà e difesa)<sup>149</sup>, poiché tali doveri trovano la loro ragion d’essere nel legame che insiste tra un popolo e uno Stato-istituzione<sup>150</sup> (con particolare riferimento alle categorie della sovranità e della rappresentanza<sup>151</sup>, non ancora pienamente sviluppatesi nella costruzione eurounitaria<sup>152</sup>). I cittadini europei sono legati da

<sup>143</sup> Si vedano, sul tema: P. BILANCIA, *La nuova governance dell’eurozona: alla ricerca del demos*, in F. Angelini, M. Benvenuti (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi*, Napoli, Jovene, 2012; T. PADOA-SCHIOPPA, *Demos e Crazia in Europa*, in *Astrid Rassegna*, 26 aprile 2009.

<sup>144</sup> Si vedano, per tutti: C. PINELLI, *Cittadinanza europea*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007; P. BILANCIA, *The dynamics of the EU integration and the impact on the national constitutional law*, Milano, Giuffrè, 2012, 5 ss.; S. BARTOLE, *La cittadinanza e l’identità europea*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2000, 39 ss.; S. CASSESE, *La cittadinanza europea e le prospettive di sviluppo dell’Europa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5, 1996, 869 ss.; V. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea*, in *il Mulino*, 1994, 21 ss.; A. CELOTTO, *La cittadinanza europea*, in *Il diritto dell’Unione europea*, n. 2, 2005, 379 ss.

<sup>145</sup> Cfr. §3.

<sup>146</sup> Si vedano in punto: P. BILANCIA, *Il governo dell’economia tra Stati e processi di integrazione europea*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2014; P. BILANCIA, *La politica estera di sicurezza comune dopo il Trattato di Lisbona*, in *Astrid Rassegna*, n. 3, 2010.

<sup>147</sup> Si veda in punto A. RUGGERI, *Anomalie di una crisi di governo e rischio di un uso congiunturale della Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10 giugno 2018, 5. Sulla leale collaborazione nell’ordinamento dell’Unione europea si veda F.G. PIZZETTI, *Riflessioni sul principio di leale collaborazione nell’ordinamento comunitario*, in P. Bilancia, F.G. Pizzetti, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Giuffrè, Milano, 2004, 91 ss.

<sup>148</sup> Sia consentito il rinvio, in punto, a G. CAVAGGION, *Riflessioni su principio di solidarietà e processo di integrazione europea nella prospettiva della crisi economico-sanitaria*, in A. Papa, F.G. Pizzetti, F. Scuto (a cura di), *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: Scritti in onore di Paola Bilancia*, in *federalismi.it*, n. 4, 2022, 248.

<sup>149</sup> E del resto, è vero altresì il contrario, e cioè che i cittadini europei non possono, di norma, pretendere direttamente dall’Unione prestazioni per la tutela dei loro diritti: i diritti riconosciuti dalla cittadinanza europea possono infatti essere fatti valere nei confronti degli Stati membri. Si veda in punto C. PINELLI, *Cittadinanza europea*, cit.

<sup>150</sup> Si veda in questo senso A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, cit., 12 ss.

<sup>151</sup> Si vedano sul tema: A. PAPA, *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998; M. OROFINO, *Indennità e rappresentanza. Considerazioni su un istituto in trasformazione*, Torino, Giappichelli, 2020.

<sup>152</sup> Si vedano, per tutti: P. BILANCIA, *The European constitutional process: a new step*, in P. Bilancia (a cura di), *Il processo costituente europeo*, Milano, Giuffrè, 2002, specie 5 ss.; E. CASTORINA, *Riflessioni sul processo costituente*

un dovere di fedeltà allo Stato membro di appartenenza e, dal momento che detto Stato membro si è impegnato ad aderire all'Unione, devono essere leali nei confronti di quest'ultima (delle sue istituzioni), fintantoché lo Stato in questione ne farà parte (si potrebbe parlare, in questa prospettiva, di una sorta di “dovere di secondo grado”).

La cittadinanza europea potrebbe fondare quindi, oggi, al più una sorta di “presunzione” di una minore incisività del “conflitto di fedeltà” per i cittadini europei, e dunque la necessità di un vaglio “attenuato” della loro posizione da parte degli organi costituzionali a ciò preposti (cfr. §5). E del resto, come si è ricordato, ai cittadini europei (al contrario che alla generalità dei cittadini stranieri) è già consentito, in forza del d.lgs. n. 165/2001 di assumere incarichi (seppur non implicanti esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri e non attinenti alla tutela dell'interesse nazionale) nella pubblica amministrazione (cfr. §2), oltre che l'esercizio di alcuni (limitati) diritti politici<sup>153</sup>.

Diversa sarebbe, ovviamente, la prospettiva nel caso in cui il processo di integrazione (*rectius*, di “costituzionalizzazione”) europea venisse portato a compimento, e l'Unione assumesse i tratti di una entità statale federale (prospettiva che oggi appare ancora molto lontana nel tempo). In tal caso si aprirebbe la porta a una cittadinanza europea federale in senso stretto, istitutiva di un vero e proprio legame di fedeltà; il che comporterebbe che, come in tutti gli Stati federali, i cittadini della federazione possano assumere incarichi nell'Esecutivo di ciascuno degli Stati membri<sup>154</sup>, risolvendo in via generale, limitatamente a questi casi, il “conflitto di fedeltà”.

In secondo luogo, occorre chiedersi come potrebbe mutare il quadro sinora descritto nel caso in cui dovessero avere successo i tentativi di revisione costituzionale, attualmente in corso, che vorrebbero modificare la forma di governo introducendo, tra le altre cose, l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri, così trasformando la forma di governo italiana in un neoparlamentarismo (e dunque in un vero e proprio *unicum* nel panorama comparato del “mondo occidentale”<sup>155</sup>), ovvero introducendo una forma di governo semipresidenziale<sup>156</sup>.

L'elezione diretta del vertice dell'Esecutivo finirebbe inevitabilmente per “bypassare” i meccanismi costituzionali di controllo descritti nel paragrafo precedente. In una forma di governo neoparlamentare, il Presidente della Repubblica sarebbe sprovvisto, infatti, del potere (sostanziale) di nominare il Presidente del Consiglio (e i Ministri), oltre che, più in generale, di una effettiva funzione di indirizzo politico costituzionale, assumendo invece funzioni di garanzia “in senso

---

*europaeo*, Torino, Giappichelli, 2010, specie 63 ss.; J. LUTHER, *Europa constituenda*, Torino, Giappichelli, 2007, specie 181 ss.

<sup>153</sup> Si tratta dei diritti riconosciuti dall'articolo 20 TFUE.

<sup>154</sup> E possono essere soggetti, al più, a requisiti di residenza continuativa nello Stato membro interessato.

<sup>155</sup> L'unica effettiva applicazione (peraltro parziale) del modello neoparlamentare in una forma di governo nazionale si è avuta in Israele a partire dal 1992, ove è stata abbandonata nel 2001. Si veda sul tema E. OTTOLENGHI, *Sopravvivere senza governare: l'elezione diretta del Primo Ministro in Israele*, in *Rivista italiana di scienza politica*, vol. 32, n. 2, 2002.

<sup>156</sup> Su queste proposte di riforma, a oggi ancora in una fase “genetica”, si vedano: M. BELLETTI, *Il Valore della stabilità di governo e la ricerca della forma migliore. Semipresidenzialismo o Premierato?* F. BERTOLINI, *Ragioni per un'investitura indiretta del potere esecutivo in regime di separazione dei poteri*, M. CAVINO, *Per una via italiana alla forma di governo neoparlamentare. Appunti*, S. CECCANTI, *Per un'efficace (ma non troppo rigida) forma di governo neoparlamentare*, G. CERRINA FERONI, *Rafforzare il Premier per rafforzare la legislatura: spunti per una riforma possibile*, F. FABRIZZI, *Forma di governo neoparlamentare e ruolo delle Camere*, T.E. FROSINI, *Sulla forma di governo del premierato (elettivo)*, E. GROSSO, *Il metadone della Repubblica. Elezione diretta e verticalizzazione del potere: la grande ossessione semplificatrice*, V. LIPPOLIS, *Un modello di forma di governo neoparlamentare per la stabilità degli esecutivi e un diretto collegamento del premier alla volontà popolare*, A. LOIODICE, *Quale dimensione presidenziale nel governo del Paese*, S. MANGIAMELI, *Premierato, elezione del PCM e presidenzialismo: due su tre vanno bene*, R. NANIA, *Stabilizzazione e partecipazione nell'ipotesi dell'elezione diretta del presidente del consiglio*, A. POGGI, *Perché e a che condizioni l'elezione diretta del Presidente del Consiglio può essere utile alla razionalizzazione della forma di governo parlamentare*, O. POLLICINO, *L'instabilità dei governi italiani e la forma di governo neoparlamentare*, G.M. SALERNO, *I principi ispiratori per una revisione della forma di governo parlamentare: la responsabilità e la verticalizzazione, e non la personalizzazione in via elettiva*, A. SIMONCINI, *Sul rafforzamento dell'esecutivo*, V. TONDI DELLA MURA, *Il neoparlamentarismo per una riforma di compromesso rispettosa della prassi politica*, F. VARI, *Per un Esecutivo più stabile. Primi spunti sulle riforme possibili nella XIX Legislatura repubblicana*, tutti in [federalismi.it](http://federalismi.it), 7 giugno 2023.

stretto”<sup>157</sup>. In una forma di governo semipresidenziale, invece, il Parlamento sarebbe sprovvisto, in assenza del vincolo di fiducia, del potere di imporre le dimissioni del Presidente, e dunque il controllo sul “conflitto di fedeltà” del Presidente con doppia cittadinanza sarebbe ridotto ai casi “patologici” che integrassero gli estremi per la messa in stato di accusa.

E del resto, l’assenza di controlli da parte di contropoteri costituzionali in merito all’individuazione della personalità che assume la guida dell’Esecutivo (entro i limiti dei requisiti prescritti dalla Costituzione per accedere a tali cariche) apparirebbe coerente con la scelta di introdurre l’elezione diretta di tale personalità: l’investitura popolare diretta conferisce infatti una forte legittimazione, che vale a indicare che il popolo, nell’esercizio della sovranità riconosciuta dall’articolo 1 Cost., ritiene che l’individuo eletto possa servire adeguatamente l’interesse nazionale, a prescindere dal “conflitto di fedeltà” in cui versa in conseguenza della doppia cittadinanza. E del resto, nel più classico caso di presidenzialismo (gli Stati Uniti d’America) è ormai da lunghissimo tempo in corso il dibattito per revisionare la già richiamata riserva costituzionale dell’ufficio di Presidente ai “*natural born citizens*” consentendo l’accesso alla carica anche ai cittadini naturalizzati, adducendo a motivazione proprio la necessità, in un mondo globalizzato e multiculturale, e in una democrazia “matura” e ormai libera dalla paura ingenerata dai “conflitti di fedeltà”, di lasciare la massima libertà possibile ai cittadini nella scelta del Presidente (e del suo Vice)<sup>158</sup>.

Posto che dunque il controllo di garanzia costituzionale “a monte” risulterebbe, nel caso di revisione in senso semipresidenziale o neoparlamentare della forma di governo, inevitabilmente “affievolito” (se non azzerato), il possibile rimedio, in detti sistemi, per “conflitti di fedeltà” che dovessero tramutarsi in lesioni dei doveri costituzionali di fedeltà del vertice dell’Esecutivo non potrebbe che intervenire “a valle”. In quest’ottica, nel caso di opzione per il semipresidenzialismo, si può immaginare una perdurante valenza (salvo la sua revisione) dell’articolo 90 Cost. (e quindi la messa in stato di accusa del Presidente della Repubblica “infedele” da parte del Parlamento), mentre nel caso di opzione per il neoparlamentarismo il rimedio potrebbe essere, forse, quello della sfiducia parlamentare “distruttiva”, secondo l’automatismo del *simul stabunt vel simul cadent*.

Si tratta indubbiamente di rimedi di *extrema ratio*, ma ciò appare conseguenza obbligata dell’elezione diretta del vertice dell’Esecutivo, che solo in casi di “conflitti di fedeltà” dirompenti potrebbe consentire di revocare in dubbio la scelta dei cittadini-elettori.

## 7. Conclusioni

In conclusione, il tema dell’accesso alle cariche apicali della forma di governo per cittadini con cittadinanze multiple è tema che pare inevitabilmente destinato ad assumere una sua (non trascurabile) rilevanza negli anni a venire, per via delle trasformazioni sociali, politiche, costituzionali

---

<sup>157</sup> In questo senso, con specifico riferimento al potere del Capo dello Stato di nominare il Presidente del Consiglio e i Ministri, si veda M. CAVINO, *Per una via italiana alla forma di governo neoparlamentare. Appunti*, cit., 6 ss., che sostiene che l’introduzione dell’elezione diretta del Presidente del Consiglio imporrebbe altresì la revisione dell’articolo 92 Cost., introducendo un vincolo per la nomina, da parte del Presidente della Repubblica, con riferimento “all’esito delle elezioni”. Il che ridurrebbe sensibilmente (per non dire azzererebbe), come ovvio, il margine per l’indirizzo politico costituzionale del Capo dello Stato nella scelta della personalità chiamata a formare il Governo.

<sup>158</sup> Sulle ragioni in tal senso delle proposte di riforma, e sui numerosissimi tentativi di riforma dell’articolo II sezione 1 della Costituzione statunitense succedutisi, già a partire dal XIX secolo, e sino ai nostri giorni, si vedano, *ex multis*: A.D. MILLER, *Terminating the just not American enough idea: saying hasta la vista to the natural-born-citizen requirement of presidential eligibility*, cit., 106 ss.; L. FRIEDMAN, *An idea whose time has come the curious history, uncertain effect, and need for amendment of the natural born citizen requirement for the presidency*, cit., 137 ss.; J.M. MEDINA, *The presidential qualification clause in this bicentennial year: the need to eliminate the natural born citizen requirement*, in *Oklahoma City University Law Review*, vol. 12, n. 2, 1987; C. PEASE-WINGENTER, *Empowering our children to dream without limitations: a call to revisit the natural born citizen requirement in the Obama era*, in *Chicana/o-Latina/o Law Review*, vol. 29, n. 1, 2010; S.P. HERLIHY, *Amending the natural born citizen requirement: globalization as the impetus and the obstacle*, cit.

e culturali prodotte dalla sempre crescente apertura internazionale e integrazione degli ordinamenti, dalla globalizzazione, dal multiculturalismo, dai flussi migratori.

Non è neppure da escludersi, a ben vedere, che proprio in forza dell'intensificarsi di tali processi, in futuro il fenomeno del possesso di cittadinanze multiple continui a diffondersi esponenzialmente, al punto da divenire la norma nelle nostre società, così facendo, di fatto, "sfumare" le questioni problematiche che si sono esaminate nel presente lavoro.

Il problema dovrà, pertanto, essere necessariamente inquadrato e dibattuto nell'ambito della più ampia riflessione sulla cittadinanza (e sulla sua ormai indifferibile riforma), sull'integrazione (sociale, economica e culturale) dei migranti (incluse le cosiddette "seconde generazioni") e sull'accesso dei non cittadini ai diritti (e ai doveri) politici, dibattito che già da almeno due decenni ha preso le mosse nel costituzionalismo contemporaneo, senza tuttavia portare (ancora) a risultati soddisfacenti (cfr. §2).

In questa prospettiva, va peraltro osservato che i fenomeni multiculturali e di integrazione in corso sono non solo il motore, ma anche il freno delle trasformazioni costituzionali in atto<sup>159</sup>: se da un lato, infatti, essi impongono e promuovono un maggiore grado di pluralismo e di apertura alle differenze, dall'altro ingenerano nella società una paura (per molti versi incontrollata) della "diluizione" della (reale o immaginata) "identità nazionale" (e, se si vuole, dei valori sottesi ai principi costituzionali fondamentali<sup>160</sup>). Questa paura, a sua volta, determina, se non altro nel breve periodo, una chiusura (per non dire una diffidenza) nei confronti dello "straniero" e, mediamente, per quel che qui interessa, di chi pur essendo cittadino italiano conserva un legame di cittadinanza con un ordinamento straniero.

Se è certamente possibile immaginare un futuro in cui la coppia "cittadinanza – diritti/doveri politici" perderà la sua portata unificante per gli ordinamenti nazionali in forza dell'integrazione europea e internazionale e dell'apertura multiculturale, tale futuro appare, a oggi, ancora (troppo) lontano.

Sino ad allora, singoli casi problematici che coinvolgono le cittadinanze multiple dei titolari delle cariche nel Governo potranno essere affrontati, come si è tentato di argomentare, con gli strumenti di controllo (le "valvole di sfogo") di cui l'ordinamento è già provvisto.

In questo quadro di riferimento (e soprattutto se, in ultimo, non si opterà per l'introduzione in Costituzione dell'elezione diretta del Presidente della Repubblica o del Presidente del Consiglio), non è da escludersi che si possa assistere a tentativi di regolamentare la questione della cittadinanza multipla per chi accede a cariche costituzionali in modo strutturale (per via legislativa), come è accaduto recentemente, ad esempio, in Svizzera<sup>161</sup>. E del resto, la dottrina italiana aveva già immaginato, in passato, un intervento del legislatore ordinario volto a prevenire i "conflitti di fedeltà", sanzionando direttamente la violazione del giuramento imposto dall'articolo 54 Cost., ovvero inasprendo il trattamento sanzionatorio per fatti illeciti laddove essi siano commessi da un soggetto che da essi avrebbe dovuto astenersi in forza di un giuramento costituzionale<sup>162</sup>.

Nel processo evolutivo in corso occorrerà, però, resistere ai tentativi di chiusura "neo-nazionalista", populista e sovranista, e tenere sempre a mente le coordinate costituzionali che impongono da un lato l'apertura internazionale (e dunque la promozione fattiva, da parte della Repubblica, della pace e di rapporti costruttivi con gli altri Stati) e dall'altro il pluralismo. Tanto nella regolamentazione strutturale del problema, quanto nella sua risoluzione nell'ambito del circuito

---

<sup>159</sup> Si veda S.P. HERLIHY, *Amending the natural born citizen requirement: globalization as the impetus and the obstacle*, cit.

<sup>160</sup> Quello che è stato definito il "patrimonio genetico" di ciascun ordinamento costituzionale. Si veda P. BILANCIA, *Società multiculturale: i diritti delle donne nella vita familiare*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), n. 1, 2012, 1.

<sup>161</sup> L'11 dicembre 2018 il Consiglio Nazionale ha respinto l'iniziativa parlamentare 17.468, volta a introdurre il requisito dell'esclusività della cittadinanza svizzera per i componenti del Consiglio Federale, e il simmetrico dovere di rinuncia a eventuali cittadinanze straniere aggiuntive.

<sup>162</sup> Si veda in punto A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, cit., 17 ss.

dell'indirizzo politico costituzionale e di governo, la “stella polare” dovrà essere ricercata proprio nelle già richiamate coordinate costituzionali, che sembrano inevitabilmente prescrivere il massimo grado possibile di apertura alle differenze, al dialogo e all'inclusione (anche sul piano internazionale), secondo lo spirito che ha animato la scrittura della Costituzione repubblicana, e dunque uno sguardo “fiducioso” alle trasformazioni che stanno interessando (e continueranno a interessare) le nostre società in generale, e l'istituto della cittadinanza in particolare. Ciò impone, in definitiva, che i casi di “chiusura” al pluralismo delle cittadinanze debbano essere, necessariamente, l'eccezione, e non possano divenire, invece, la regola.



## Marina Pietrangelo Spazio digitale e modelli di regolazione\*

**ABSTRACT:** *The paper reflects on the relationship between the Internet and its rules, with particular attention to the evolution of the models used over time. The objective is to understand what the role of regulatory states and of private entities in the future that should be.*

SOMMARIO: 1. Quale regolazione per Internet – 2. La regolazione pubblica: dalla regolazione dell’“opportunità” alla regolazione “difensiva” – 3. I sistemi regolatori alternativi: un nuovo ordine giuridico per lo spazio digitale? – 4. Il nuovo corso regolatorio e le prospettive future: Internet tra sicurezza e controllo.

### 1. Quale regolazione per Internet

Lo sviluppo della rete Internet con le sue poliedriche applicazioni ha impresso una forte accelerazione anche al rinnovamento di alcune categorie tradizionalmente impiegate per osservare e comprendere gli accadimenti collettivi<sup>1</sup>.


In questo contesto evolutivo, anche gli strumenti classici del giurista sono risultati in parte inadatti, non tanto nella loro capacità di accogliere e filtrare le novità, quanto nell’efficacia sotto il profilo spazio-temporale. I numerosi e diversi fronti aperti dalla penetrazione sociale delle applicazioni digitali hanno, infatti, messo in crisi anche i tradizionali modelli regolatori.

Questo è apparso chiaro al principio, quando la prima Rete s’imponesse e si consolidava nella sua natura quasi libertaria e anarchica: un ordine naturale, fatto di bit, che non aveva bisogno di leggi, perché reputato in grado di autoregolarsi ed autogovernarsi. Le leggi positive (dietro le quali c’è la politica, che persegue il bene collettivo) avrebbero solo potuto accrescerne valore e potenzialità, riconoscendovi una nuova risorsa sociale, prima ancora che economica.

La Rete è in definitiva una costruzione storica, la cui direzione originaria nel tempo è mutata così come il contesto socioeconomico entro cui essa insiste. In questo senso, Internet, come oggi lo conosciamo, è il risultato di un lungo e articolato confronto, talvolta scontro, tra vari soggetti e interessi diversi. Laddove, in un contesto del tutto differente rispetto alle origini, proprio la richiesta e (oramai) l’eccesso di regolazione disvelano tutta l’inadeguatezza dei modelli già sperimentati; e fanno appello a soluzioni alternative per la nostra (oramai irrinunciabile) convivenza con la “nuova” Rete.

Senza ignorare il tempo attuale, e, dunque, ponendo attenzione alle modificazioni socioeconomiche che la Rete ha determinato e all’efficacia dei modelli regolatori mediante cui sono state prodotte le attuali regole (come norme di comportamento individuale o collettivo, per la gran parte destinate alla protezione delle persone *che stanno sulla Rete* e alla limitazione di fenomeni distorsivi del libero mercato<sup>2</sup>), potrebbe forse valere la pena, da un lato, di recuperarne il tratto etico originario e lo spirito collaborativo<sup>3</sup> che sono stati alla base di internet<sup>4</sup>; e, dall’altro, riorientare lo spazio, il tempo e i soggetti della regolazione, innovando i modelli sino ad oggi impiegati per accogliere e guidare le modificazioni sociali emergenti, entro un quadro condiviso di principi

---

\*  Lo scritto costituisce una rielaborazione, riveduta e aggiornata, della relazione svolta alla Conferenza Icon-s Italia, Panel “La fine di Internet? Vulnerabilità della democrazia e regolazione delle piattaforme”, Università di Bologna, 16-17 settembre 2022.

<sup>1</sup> Per un quadro complessivo della digitalizzazione nei Paesi UE, cfr. COMMISSIONE EUROPEA, [Digital Economy and Society Index \(DESI\) 2022](#).

<sup>2</sup> Per uno sguardo d’insieme sullo scenario orientale, v. G. GREENLEAF, *Asian Data Privacy Laws. Trade & Human Rights Perspectives*, Oxford University Press, 2017.

<sup>3</sup> Sul punto, v. Y. BAI ET AL., *Constitutional AI: Harmlessness from AI Feedback*, in [arXiv](#) (15/12/2022); L. BRENNAN, *AI Ethical Compliance is Undecidable*, in [Hastings Science and Technology Law Journal](#), 14, 2023, 311 ss.

<sup>4</sup> In tal senso, V. CERF, *Sulla governance di Internet*, in L. Abba, A. Lazzaroni, M. Pietrangelo (a cura di), *La Internet Governance e le sfide della trasformazione digitale*, ESI, Napoli, 2022, 17 ss.

democratici<sup>5</sup>. La questione della protezione dei diritti fondamentali delle persone (almeno) nei sistemi democratici s'impone oramai trasversalmente per i sistemi e le applicazioni ICT per i quali l'approccio *ethics by design* equivale anche al *fundamental right oriented*. Si tratta, tuttavia, di un modello necessario ma non sufficiente, perché segna la primazia delle Carte dei diritti come parametro di regolazione e controllo, ma sembra non fare i conti fino in fondo con le applicazioni sempre più evolute "messe" sul mercato.

## 2. La regolazione pubblica: dalla regolazione della "opportunità" alla regolazione "difensiva"

A distanza di molti decenni dalla comparsa e dalla diffusione delle prime applicazioni di ICT, le forme della regolazione – benché valide sotto il profilo formale – appaiono, dunque, inadeguate.

Una lettura attenta della nostra regolazione multilivello, con uno sguardo speciale per il contesto eurounitario, mostra oggi la fragilità e il disorientamento dei legislatori europei dinnanzi alle modificazioni repentine delle applicazioni tecniche e alla loro penetrazione sociale, peraltro ancora molto disomogenea tra i gruppi sociali e sui territori.

Di qui, sul piano formale, l'opzione, in tempi recenti, sia per una maggiore omogeneità della regolazione (ad es., preferendosi i regolamenti alle direttive, sia per forma di coregolazione, attraverso il confronto con tutti i soggetti attivi nello spazio digitale<sup>6</sup>.

Sul piano sostanziale, anche il quadro è notevolmente mutato da quando la regolazione veniva richiesta per sostenere e indirizzare la digitalizzazione, pubblica e privata, e per garantire l'accesso ai nuovi strumenti ICT, mediante più ampie o nuove forme di tutela ("regolazione dell'opportunità"). È stata quella la stagione delle rivendicazioni di nuovi diritti di accesso alle Rete<sup>7</sup>. A questa è andata affiancandosi e sovrapponendosi una "regolazione difensiva" avente ad oggetto misure di protezione delle persone dagli usi deviati, potenziali o reali, della Rete medesima e delle sue applicazioni da parte di singoli o di operatori commerciali. Proprio in questa seconda fase, i sistemi giuridici democratici con le loro procedure poste a garanzia degli equilibri tra i poteri e dei diritti fondamentali della persona hanno mostrato tutta la loro fragilità, emarginati talvolta da veri e propri sistemi regolatori alternativi riconducibili a privati operatori del mercato.

Tale mutamento di prospettiva è stato favorito in gran parte dalla scarsa capacità di visione dei nostri regolatori dinnanzi alla pervasività e mutevolezza dell'oggetto "regolato", per tacere di una certa arrendevolezza al cospetto dei maggiori operatori di mercato, ai quali di fatto è stato permesso di cogliere le opportunità offerte dalle applicazioni digitali, orientandole al profitto, a scapito, peraltro, di tutele già approntate dagli ordinamenti nazionali o sovranazionali, risultate però inefficaci

---

<sup>5</sup> L'affermazione, d'altro canto, di nuovi modelli regolatori, non di rado al limite del quadro democratico è già sotto i nostri occhi: su iniziativa di soggetti privati, attivi e capaci, è il rapporto pubblico-privato, Stato-non Stato è già profondamente mutato. Sul punto, esemplificativo è il lavoro di J. E. GRAY, *Google Rules. The History and Future of Copyright Under the Influence of Google*, Oxford University Press, 2020, mostra l'impatto che Google ha avuto sulle regole in materia di diritto d'autore, riuscendo nei fatti a modificarle in funzione delle proprie scelte politico-economiche. La questione della protezione dei diritti fondamentali delle persone (almeno) nei sistemi democratici s'impone oramai trasversalmente per i sistemi e le applicazioni ICT per i quali l'approccio *ethics by design* equivale anche al *fundamental right oriented*. Si tratta tuttavia di un modello che di per sé non pare risolutivo, perché segna la primazia delle Carte dei diritti e dello Stato regolatore, ma non fa i conti fino in fondo con le applicazioni sempre più evolute messe sul mercato. Sul punto, v. Y. BAI ET AL., *Constitutional AI: Harmlessness from AI Feedback*, cit.; L. BRENNAN, *AI Ethical Compliance is Undecidable*, in *Hastings Science and Technology Law Journal*, cit.

<sup>6</sup> Si vedano per tutti il recente Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali)

<sup>7</sup> Volendo, v. M. Pietrangeli (a cura di), *Il diritto di accesso a Internet*, Napoli, ESI, 2011.

### 3. I sistemi regolatori alternativi: un nuovo ordine giuridico per lo spazio digitale?

Le grandi piattaforme digitali nascono e crescono sul mercato. Esse non soltanto non hanno mai offerto servizi gratuiti, ma all'opposto hanno rafforzato la propria posizione commerciale anche grazie a condizioni vessatorie imposte surrettiziamente agli utenti ignari o non in grado di (od interessati a) comprendere che la gratuità dell'accesso al servizio (mal)celasse invece un costo elevato e sproporzionato. Un quadro che, sin dal principio, ha escluso che questi nuovi e affollati spazi virtuali potessero di per sé soli allargare lo spazio del dibattito pubblico, vivificando gli ordinamenti democratici o contribuendo ad indebolire quelli non democratici, ma che per i numeri di presenza online e penetrazione sociale diffusa di fatto ha imposto di riconsiderare il fenomeno che tale quadro rappresentava e di farlo nella sua complessità<sup>8</sup>.

È vero che alcune delle applicazioni oggi più diffuse tra la popolazione mondiale, i cd. *social media*, sono state dapprima impiegate a fini esclusivamente comunicativi, favorendo le relazioni interpersonali apparentemente cresciute in quantità e qualità, ma la situazione ha presto assunto contenuti differenti, attraverso forme "evolutive" del progetto commerciale originario. Ciò è potuto accadere, perché quel nuovo mercato delle idee ha consentito di raccogliere ed elaborare dati in gran parte personali, sulla base dei quali aziende hanno ridefinito e riorientato la propria posizione sul mercato, accrescendo in modo esponenziale i propri profitti. In tal modo, però, non è stata messa a rischio solo la libertà di concorrenza, ma anche il quadro democratico nel suo complesso, considerato il carattere "sensibile" delle attività svolte online, tutte riconducibili all'esercizio di libertà fondamentali (espressione, informazione, tutela della riservatezza dei dati personali, ecc.)

In definitiva, sistemi di regolazione autonomi e chiusi, che superano e amministrano di fatto il confine dello spazio privato (ma pubblico allo stesso tempo, visto il numero elevatissimo di persone che lo frequentano), peraltro ontologicamente aperto e interrelato col resto dello spazio digitale, si sono posti come alternativi o supplenti rispetto al quadro regolatorio costituito.

In tal senso, le grandi piattaforme sociali, per esempio, esprimerebbero addirittura un "diritto negativo", cioè un diritto nuovo, presente e insistente nella società, riconducibile tuttavia a un sistema di regole che parrebbe sovrapporsi al diritto positivo.

Ora, una simile coesistenza di sistemi regolatori diversi (positivo e negativo) si è già verificata nel corso della storia moderna, inducendo una rimeditazione dell'esercizio di certe libertà, se non configurandone nuove (si pensi, nel nostro caso, all'accesso ad Internet<sup>9</sup>), ma proprio le piattaforme sociali sembrano aver sortito l'effetto opposto, mutilando lo spazio di esercizio di libertà esistenti.

Come s'intuisce, il diritto positivo allude al diritto dello Stato che sorregge e dirige la società civile, si esprime attraverso istituzioni pubbliche e perdura fintanto che i suoi membri sentono di appartenervi. Il diritto negativo è invece il diritto altro, estraneo di fatto e assiologicamente alla realtà statale, ma altrettanto suscettibile d'esser percepito dai componenti della comunità come produttivo di relazioni interpersonali e di valori.

Se, dunque nella nascente società tecnologica il diritto "negativo" valeva a segnalare nuovi comportamenti o nuovi diritti che avrebbero potuto integrare il diritto positivo, perché espressione della società e rappresentazione di nuove fattispecie giuridiche prima sconosciute<sup>10</sup>, con i *social media* esso invece sembra farsi ostile. Muta, cioè, la natura della negazione, che perde il carattere di collante tra l'esperienza sociale e l'esperienza giuridica, tendendo invece ad annichilire la sponda dialettica, facendosi tiranno, prevaricando sul diritto positivo e specialmente sui diritti della persona.

Con l'obiettivo di rimettere "la persona al centro", una reazione parrebbe arrivare dal contesto eurounitario, che ha adottato una serie di misure per provare a ridurre e ad arginare le posizioni di

<sup>8</sup> V. P. COSTANZO, *La «democrazia digitale» (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto pubblico*, 2019, 71 ss.

<sup>9</sup> Su cui, v. i contributi in M. Pietrangelo (a cura di), *Il diritto di accesso a Internet*, cit.

<sup>10</sup> Per un approfondimento, cfr. V. FROSINI, *Il diritto nella società tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1981, *passim*.

potere economico degli oligopolisti della Rete<sup>11</sup>.

Agendo sul fronte, ad essa peculiare, della libertà di concorrenza, l'Unione è, infatti, intervenuta col regolamento sui mercati digitali, che dovrebbe, appunto, limitare il potere commerciale delle poche grandi imprese, fornitori di punti di accesso, che hanno la capacità di connettere molti utenti commerciali con molti utenti finali attraverso i loro servizi, e di accedere a grandi quantità di dati in molteplici settori di attività<sup>12</sup>.

I cd. *gatekeeper* non sono solo soggetti propensi a pratiche di dubbia lealtà concorrenziale nel mercato interno, ma, con l'imporre le proprie regole sull'economia digitale e sulla società digitalizzata, assumono la veste di legislatori di interi ecosistemi in cui operano a titolo personale o professionale milioni di persone fisiche e giuridiche.

A ben vedere, infatti, questa capacità ha interessato capillarmente i servizi che il nuovo regolamento sussume nella nuova definizione di "servizi di piattaforma di base"<sup>13</sup>, per poter monitorare il controllo del mercato da parte degli oligopolisti, particolarmente, come meglio si vedrà appresso, mediante i criteri del fatturato rilevante e della presenza dei servizi di piattaforma di base in almeno tre Stati dell'Unione<sup>14</sup>.

Come si diceva, nell'ultimo decennio, la regolazione pubblica per lo spazio digitale è cresciuta notevolmente, ma orientandosi non più tanto, come alle origini della Rete, ad organizzare i nuovi "spazi di libertà", quanto soprattutto piuttosto nell'arginare, contrastare o inibire fenomeni compressivi delle libertà personali, come la raccolta abusiva dei dati personali e non personali che transitano sulle grandi piattaforme e la proliferazione di contenuti ostili, violenti o nocivi nei confronti dei minori.

Di fronte ad una simile fenomenologia, ai legislatori è, dunque, toccato di accomodare il diritto positivo vigente, nel senso di fronteggiare i colpi inferti a un sistema di regole riconosciute sempre più fragilizzato, che di fatto pareva arretrare dinanzi a un *altro* sistema di regole (il diritto privato delle cosiddette *big tech*) che si andava imponendo.

Così il *Digital Services Act* (DSA) interviene sulla rimozione dei contenuti illegali sulle piattaforme online, mediante un sistema di notifiche, l'accesso agli algoritmi e un meccanismo di risposta alle crisi, oltre al divieto totale di *dark pattern* e di pubblicità mirata nei confronti dei minori. Il *Digital Markets Act* (DMA) ha, invece, nel mirino i comportamenti abusivi delle grandi aziende del settore digitale, puntando sulle sanzioni finanziarie: le piattaforme *gatekeeper* saranno multate del 10 per cento del fatturato mondiale se non rispetteranno le regole dell'UE su interoperabilità ed equità delle condizioni di mercato. Si tratta, dunque, del tentativo dell'Unione europea di farsi interlocutrice e garante a un tempo sui temi della digitalizzazione, dal mercato ai diritti<sup>15</sup>. Certamente un posto d'elezione è rappresentato poi dal modello della coregolazione, ma parimenti rilevante è la regolazione tecnica, che andrebbe certamente considerata, nella stessa ottica di accettare e condividere lo stato dell'arte dell'attuale ecosistema digitale.

---

<sup>11</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common framework for media services in the internal market (European Media Freedom Act) and amending Directive 2010/13/EU, su cui v. F. DONATI, *Unione europea, libertà e pluralismo dei mezzi di informazione*, in *MediaLaws*, n. 2/2022.

<sup>12</sup> Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

<sup>13</sup> Si tratta di un lungo elenco che comprende, tra gli altri, l'accesso ai servizi di intermediazione online, i motori di ricerca online, i sistemi operativi, i social network, i servizi di piattaforma per la condivisione di video, i servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero, i servizi di cloud computing, gli assistenti virtuali, i browser web e i servizi pubblicitari online.

<sup>14</sup> Cfr. l'articolo 3 del Regolamento (UE) 2022/1925 che reca la "Designazione dei gatekeeper"; e il successivo Capo III relativo alle "Pratiche dei gatekeeper che sono sleali o che limitano la contendibilità".

<sup>15</sup> Sulle strategie dell'Unione europea in comparazione con il diverso approccio statunitense, con uno sguardo specialmente alla regolazione delle applicazioni di intelligenza artificiale, v. E. CHITI, B. MARCHETTI, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2020, 29 ss.; G. RESTA, *Cosa c'è di 'europeo' nella Proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale?* in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2022, 323 ss.

### 5. Il nuovo corso regolatorio e le prospettive future: Internet tra sicurezza e controllo

Occorre, a questo punto, anche sottolineare come gli interventi degli ultimi anni sulla neutralità della Rete abbiano avuto ricadute importanti sul piano democratico globale, prima che su quello meramente commerciale<sup>16</sup>.

I modi e i margini dell'esercizio di alcune libertà in Rete oggi paiono riflettere in definitiva una certa debolezza del diritto positivo (delle regole e del ruolo dei nostri regolatori) e forse anche una qualche difficoltà delle istituzioni democratiche contemporanee, strette per l'appunto dalla crescente presenza di altri pseudo-ordinamenti, minori o settoriali. Una debolezza e una fragilità di cui probabilmente il maggior sintomo è costituito dal disordinato, conflittuale e ridondante quadro normativo. Difficile negare l'impotenza di un sistema delle fonti eroso e cedevole; che inevitabilmente finisce per rafforzare proprio quegli altri ordinamenti alternativi. Una regolazione priva di memoria e di manutenzione che incide negativamente sull'attuazione anche delle prime o più antiche "buone norme" poste a garanzia dell'esercizio dei diritti. Norme dimenticate, ma vigenti. Norme inattuate e ingessate semmai dalla stratificazione successiva, che si accompagnano ad un indebolimento, talvolta sino allo scardinamento, anche di poteri e funzioni dell'apparato istituzionale pubblico che governa le attività in Rete.

In prospettiva diacronica, sono mutati i soggetti, si sono avvicendati nelle funzioni, talvolta si sono moltiplicati e sovrapposti, in definitiva perdendo sempre però in autonomia. A dimostrazione di una fragilità complessiva dell'intero nostro sistema giuridico, a livello nazionale e sovranazionale dentro e fuori degli Stati.

Le novità introdotte di recente dall'Unione europea testimoniano la consapevolezza, a livello istituzionale, dello stallo che si è prodotto anche sotto il profilo regolatorio; e a un tempo dell'urgenza di mutare orientamento anche sul fronte della regolazione medesima. Purtroppo, a mio avviso, resta l'inefficacia del modello adottato, pure se nella forma evoluta o modificata più di recente<sup>17</sup>. L'accelerazione che le applicazioni della tecnica impone alla società, più o meno consapevolmente, in positivo come in negativo, richiedono inevitabilmente oramai un nuovo dialogo tra le parti, che muova dallo stato dell'arte attuale. Fino a qualche anno addietro era ancora pensabile un recupero in corsa da parte delle istituzioni democratiche, come tardivamente esse hanno provato a fare, sia sul fronte della libera concorrenza che su quello della tutela dei diritti. Una accelerazione sul cambio di paradigma e quindi più in generale sulla tenuta democratica dei diversi modelli regolatori già sperimentati è stata impressa anche dai profondi mutamenti di carattere economico e finanziario<sup>18</sup>.

La compenetrazione tra spazio digitale, diretto da pochi attori, e spazio fisico, unitamente alla richiesta di una sempre maggiore digitalizzazione sia pubblica che privata, invoca probabilmente un nuovo patto sociale, per una trasformazione digitale condivisa e collaborativa. Una prospettiva che pare ben attagliarsi anche ai profili di sicurezza, laddove la richiesta pressante di regole e di interventi

<sup>16</sup> Sul ruolo delle norme tecniche nello "spazio digitale" anche in relazione alla tutela delle libertà fondamentali, v. l'interessante riflessione di G. L. CONTI, *Contratto sociale e grundnorm al tempo degli unicorni*, in L. Abba, A. Lazzaroni, M. Pietrangelo (a cura di), *La Internet Governance e le sfide della trasformazione digitale*, cit., 99 ss.

<sup>17</sup> Cfr. il caso del *Guidance on Strengthening the code of practice on disinformation*, adottata dalla Commissione UE il 26 aprile 2021, su cui v. O. POLLICINO, *I Codici di condotta tra self-regulation e hard law: esiste davvero una terza via per la regolazione digitale? Il caso della strategia europea contro la disinformazione online*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2022, 1050 ss.

<sup>18</sup> Sul modello del "diritto privato regolatorio" (inteso come il diritto privato usato dallo Stato per regolare i mercati, v. le interessanti considerazioni di R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Rivista della regolazione e dei mercati*, 1, 2020, 134 ss., il quale ne esamina le strutture portanti e i punti di crisi. Scrive l'A.: "Nei periodi di transizione, qual è indubbiamente quello in corso, più che in fisionomie definite è facile imbattersi in sistemi ibridi, in cui pezzi di vecchio si mischiano con pezzi di nuovo: così, se da un lato tanti ritengono che, dopo una prima reazione – lo Stato salvatore – dettata da motivazioni contingenti, il ruolo dello Stato regolatore sia uscito addirittura rafforzato dalla crisi, poiché l'ambito geografico di intervento degli organismi regolatori si sarebbe ampliato, estendendosi a livello sovranazionale (...) alcune vicende recenti aprono alla suggestione che anche il diritto privato, come lo Stato, possa assumere in taluni casi i panni del salvatore, rimediando ex post a fallimenti del mercato cui, ex ante, non erano state in grado di porre rimedio le authorities" (145).

per arginare "attacchi informatici" ai singoli e agli Stati andrebbe egualmente ponderata, senza ignorare i rischi di uno sbilanciamento in favore delle esigenze di sicurezza, derivanti anche da una governance verticale, sottratta al controllo democratico degli organi rappresentati e, se possibile, al controllo diffuso della collettività. Su questo occorrerebbe aprire subito una riflessione partecipata, che medi tra le opposte esigenze, e che faccia tesoro degli errori e dei voti dei decenni trascorsi.

Forse solo in tal modo sarà possibile ricondurre nell'alveo delle garanzie democratiche, almeno in quella parte di mondo fisico che è nel nostro orizzonte, tutti i *fenomeni digitali* (compresi i sottosistemi giuridici che di fatto esprimono), in perenne frizione con esso.

**Antonio Ruggeri**  
**Pace e dignità, nella *Pacem in terris* e secondo Costituzione\***

**ABSTRACT:** *After recognizing that the value of peace is not exclusively limited to the international context, as might be inferred from Article 11 of the Constitution, but also holds significant importance within the domestic context, the text emphasizes the interdependence of peace and dignity, to the extent that they ultimately merge into a single concept in human experience.*

*Consequently, the text firmly condemns instances of constitutional discontinuity within “Pacem in Terris” and underscores the essential role of the right-duty of resistance in upholding allegiance to the Republic. Finally, it underscores that the essence of dignity is most profoundly appreciated through the lens of solidarity, particularly as it evolves into brotherhood. This leads to the realization that the genuine and profound significance of dignity is best understood, above all, in relation to peace, just as the meaning of peace becomes clear in the light of dignity.*


SOMMARIO: 1. La ragione per cui della pace si fa parola nell’art. 11 della Carta e il doppio volto dalla stessa esibito verso l’esterno e verso l’interno dell’ordinamento. – 2. La dignità come strumento della pace e la pace come strumento della dignità, a salvaguardia dei diritti inviolabili della persona. – 3. L’articolazione dei pubblici poteri e la ferma condanna dei fatti di discontinuità costituzionale nella *Pacem in terris* e il diritto-dovere di resistenza quale risorsa preziosa al servizio della fedeltà alla Repubblica. – 4. Il volto luminoso della dignità quale si rende visibile e si apprezza per il tramite della solidarietà, specie nel suo farsi fraternità, e l’attività dei pubblici poteri come *servizio* costantemente reso alla comunità, a presidio dei diritti inviolabili e, con essi, della dignità e della pace. – 5. Al tirar delle somme: la conferma che il genuino e profondo significato della dignità si coglie anche (e soprattutto) dal punto di vista della pace, così come questo alla luce di quello.

1. *La ragione per cui della pace si fa parola nell’art. 11 della Carta e il doppio volto dalla stessa esibito verso l’esterno e verso l’interno dell’ordinamento*

Confesso che la rilettura operata di recente di alcuni documenti ecclesiali (e, segnatamente, della [Pacem in terris](#), cui qui si farà specifico riferimento) mi ha portato a rivedere sotto una luce diversa alcune indicazioni della Carta costituzionale, pure fatte oggetto di studio in plurime occasioni e sotto aspetti diversi, a scoprire cioè in esse alcune potenzialità espressive che mi erano dapprima sfuggite e che mi parrebbero bisognose di ulteriore approfondimento.

Le notazioni che seguono si appuntano su quello che a me sembra per vero essere il *punctum crucis* della questione costituzionale, in relazione ad uno dei valori fondamentali, anzi ad un valore – si è detto altrove<sup>1</sup> – “supercostituzionale”, la dignità della persona umana, portando allo scoperto alcuni fili nascosti che lo legano ad un altro valore fondamentale, quello della pace, comunemente considerato dal primo nettamente distinto ma, in realtà, come si tenterà di mostrare, ad esso strutturalmente connesso, al punto da fare tutt’uno e da rendersi entrambi, a conti fatti, reciprocamente indistinguibili. E che le cose stiano così è rimarcato con esemplare chiarezza proprio dalla enciclica papale qui specificamente presa in esame che offre una esemplare testimonianza del carattere internamente composito del valore della pace, della sua idoneità a proiettare un fascio di luce su ogni individuo e sulla intera comunità di appartenenza, del suo coinvolgere le più salienti esperienze di vita. Tutt’all’inverso – va subito chiarito – di ciò che comunemente si pensa da quanti hanno fin qui puntato (e seguitano a puntare) lo sguardo sulla Costituzione, assumendo che la stessa conferisca rilievo alla pace unicamente per ciò che ne dice all’art. 11, a riguardo cioè del ripudio della guerra e

---

\*  Lo scritto, aggiornato a fine luglio 2023, fa parte del volume dal titolo *Lettera enciclica di Giovanni XXIII. Pacem in terris. Costituzioni e Carte dei diritti 1963-2023*, a cura di M. Bertolissi, Jovene, Napoli 2023, 385 ss. Si ringrazia il curatore per averne concesso la ripubblicazione.

<sup>1</sup> A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in AA.VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini, Giappichelli, Torino 1992, 221 ss. e, già, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss. Ulteriori precisazioni, più di recente, nel mio [La dignità dell’uomo e il diritto di avere diritti \(profili problematici e ricostruttivi\)](#), in questa [Rivista](#), 2018/II, 392 ss.

delle limitazioni della sovranità dello Stato giustificate dal fine di fugare il rischio che essa possa nuovamente (e, con ogni probabilità, in modo definitivo<sup>2</sup>) deflagrare. La pace è, insomma, usualmente vista come condizione di “non guerra” tra gli Stati: un bene-valore indisponibile, sì da meritare di essere annoverato tra i principi fondanti la Repubblica, il cui significato complessivo resterebbe nondimeno circoscritto al solo ambito cui fa esplicito riferimento il disposto sopra richiamato.

Le cose non stanno, tuttavia, a mia opinione, così. Si tratta, infatti, di una indebita delimitazione del raggio di azione del valore in parola, della sua capacità cioè di escursione di campo, che però fatalmente ne comporta un complessivo impoverimento concettuale foriero di gravi inconvenienti, il più rilevante dei quali è dato dalla messa in ombra proprio del legame assai stretto, inscindibile, che lega la pace, per un verso, all’idea stessa di ordinamento, al suo essere e divenire, e, per un altro verso, all’idea di persona, il cui cuore pulsante è appunto dato dalla dignità che le è propria per il fatto stesso di radicarsi nella *humanitas* di ogni soggetto: un legame, quest’ultimo, che è invece disvelato con esemplare chiarezza dal documento ecclesiale qui specificamente preso in esame.

Con riguardo al primo aspetto, non occorre far qui luogo ad un lungo discorso per metterne in chiaro i tratti maggiormente espressivi e qualificanti. Ogni ordinamento, infatti, da quando l’uomo è apparso sulla faccia della terra ed ha preso consapevolezza della necessità di riunirsi in comunità ora più ed ora meno estese ed organizzate in vista dell’appagamento dei propri più impellenti ed elementari bisogni, si è sempre costituito al fine di fugare il rischio mirabilmente rappresentato nella nota formula hobbesiana del *bellum omnium contra omnes*, vale a dire di assicurare una pacifica coesistenza tra i consociati. È poi vero che l’obiettivo, a seconda degli ordinamenti e dei tempi, è stato (ed è) non di rado assicurato facendo ricorso all’uso della forza, com’è proprio ad es. dei regimi autoritari ed illiberali. La qual cosa dimostra che il valore della pace è *quodammodo* invariante rispetto ai modelli istituzionali di volta in volta adottati, ponendosi comunque quale preconditione dell’affermazione dei valori restanti, posti a base dell’ordinamento, per la elementare ragione che senza la pace in seno alla comunità non potrebbe sussistere l’ordine giuridico che la governa e ne consente la trasmissione nel tempo. La pace imposta con la forza è, tuttavia, cosa assai diversa da quella che si ha in ordinamenti, quale il nostro, informati a valori che ruotano attorno al perno fisso della centralità della persona umana, dei suoi diritti inviolabili, della sua dignità.

La storia, peraltro, insegna che la pace di cui si ha riscontro negli ordinamenti della prima specie ha un orizzonte temporale ed un respiro corto, affannoso, non riuscendo sovente a portarsi oltre la vita fisica del dittatore di turno, diversamente dalla pace fondata sul consenso reale, convinto e profondamente radicato nel corpo sociale, di cui beneficiano i governanti nei Paesi di tradizioni liberal-democratiche. La qual cosa, per la sua parte, conferma *per tabulas* che ogni valore fondamentale positivizzato “reagisce” con i valori restanti e che la pace si nutre e rigenera attingendo alle sollecitazioni venute dalla *coppia assiologica fondamentale* – come a me piace chiamarla – di libertà ed eguaglianza<sup>3</sup> (e, in ultima istanza, dignità, di cui esse sono esemplare espressione), così come queste ultime, per la loro parte, traggono costante alimento e sostegno dalla pace. Ogni valore, insomma, offre ai valori restanti e, allo stesso tempo, da questi riceve un fascio internamente composito di suggestioni ed indicazioni idonee a lasciare un segno profondo nella struttura dell’ordinamento, sì da determinarne la incessante riconformazione complessiva.

Diversa è, dunque, la pace e diversa pure la persona nel passaggio da una “tipo” di ordinamento all’altro: obbligata, infatti, quest’ultima a patire un *vulnus* grave nella propria dignità in taluni contesti imbevuti di autoritarismo e persino misconosciuta come tale<sup>4</sup>, promossa e valorizzata invece in altri,

<sup>2</sup> Si è soliti imputare ad A. Einstein il pensiero secondo cui, qualora dovesse aversi una terza guerra mondiale, la quarta si farebbe con la clava e le pietre...

<sup>3</sup> ... sulle cui mutue implicazioni, v., sopra tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009.

<sup>4</sup> Non si dimentichi che anche da noi, in un passato ormai fortunatamente remoto (e, però, tuttora in altri luoghi), alcune persone erano private della soggettività, tenute in stato di schiavitù e trattate come oggetti di diritti altrui. L’incondizionato ripudio di questo scenario, dalla Carta giudicato non più, in alcun caso o modo, riproponibile, può infatti vedersi nel riferimento, fatto nell’art. 22, alla capacità giuridica, di cui nessuno può ormai più essere privato, nonché ai tratti restanti che connotano l’identità della persona e la sua appartenenza alla comunità, cittadinanza e nome.



col fatto stesso di essere dotata di diritti inviolabili e, a un tempo, gravata di doveri inderogabili di solidarietà<sup>5</sup>, secondo la mirabile, per sintesi ed efficacia espressiva, formula della nostra Carta<sup>6</sup>.

Senza indugiare oltre in svolgimenti sul punto che, seppur meritevoli di considerazione, non appaiono qui necessari, può dunque considerarsi ormai provata la struttura composita del valore della pace che, al pari di Giano bifronte, ha un volto orientato verso l'esterno ed un altro che guarda invece verso l'interno dell'ordinamento; ed è proprio a quest'ultimo che va assicurata la priorità concettuale ed assiologico-positiva, dal momento che senza la pace interna non può esservi – come si è venuti dicendo – né comunità politicamente organizzata né relazioni da questa intrattenute con altre comunità, quale che ne sia la complessiva caratterizzazione.

La Carta repubblicana si è fatta cura di dire specificamente di queste ultime per ragioni di ordine storico-politico a tutti note, memore di un non lontano passato segnato da aggressioni compiute dal nostro Stato nei riguardi di altri popoli, nello sciagurato intento di rifondare un impero che ormai era (ed è) da considerare definitivamente sepolto. Non ha, invece, ritenuto – a mia opinione, non a torto – di dover far parola della pace interna – se così vogliamo chiamarla – considerata insita nell'idea stessa di ordinamento. Ciò non toglie, tuttavia, che sia opportuno metterne nel dovuto risalto i connotati, il suo modo di essere e di divenire; la qual cosa – come si viene dicendo – rimanda naturalmente ai valori restanti, con i quali quello della pace fa “sistema”, ciascuno di essi concorrendo, per la propria parte, alla finale conformazione dei tratti strutturali qualificanti l'ordine repubblicano.

Al tirar delle somme, la circostanza per cui della pace si faccia esplicita menzione nell'art. 11 non è, dunque, affatto una conferma – come, invece, comunemente si pensa – del rilievo da essa posseduto esclusivamente nell'*hortus conclusus* i cui confini sono segnati dall'enunciato in parola. Non è, d'altronde, per mero accidente che se ne dica in coda ai principi fondamentali (perlomeno a quelli in modo esplicito così etichettati<sup>7</sup>), restando quindi demandata al disposto relativo alla bandiera<sup>8</sup> l'espressione di sintesi, graficamente efficace, della nostra identità costituzionale ed ordinamentale<sup>9</sup>. La pace, nel suo fare tutt'uno con la giustizia tra le nazioni<sup>10</sup>, non è, infatti, unicamente un valore fondamentale di chiusura ma – per come io la vedo – possiede una formidabile capacità generativa di sensi, idonea a distendersi per l'intero campo costituzionale, anche dunque laddove si esprimono e fanno valere i valori restanti, sovrapponendosi a questi e con essi, a conti fatti, confondendosi<sup>11</sup>.

Se ne ha conferma – come si segnalava poc'anzi – già a tenere presente la ragione storico-politica che ha portato alla previsione costituzionale in parola. Si avvertiva al tempo, infatti, il bisogno di chiudere definitivamente con un passato tragico, che aveva causato al Paese macerie materiali e soprattutto morali, innumerevoli vite umane spezzate, bisogni elementari della persona umana sacrificati; e, anzi, proprio la persona *ut sic*, portatrice di dignità e di diritti inviolabili, era stata

---

<sup>5</sup> ... in merito ai quali, di recente, tra gli altri, G. ALPA, *Solidarietà. Un principio normativo*, Il Mulino, Bologna 2022, e S. GIUBBONI, *Solidarietà. Un itinerario di ricerca*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022.

<sup>6</sup> Si faccia caso alla circostanza per cui i doveri sono, sì, obiettivamente un peso ma sono anche fonte di valorizzazione della persona, gratificata – secondo modello costituzionale – nella sua personalità, per l'opportunità datale di offrire il proprio concorso a risollevare la condizione dei meno fortunati, con ciò stesso partecipando alla crescita dell'intera comunità di appartenenza (ma v. gli ulteriori svolgimenti che subito seguono a riguardo delle potenzialità racchiuse nei doveri di solidarietà, specie nel loro fare “sistema” con quello di fedeltà alla Repubblica).

<sup>7</sup> Si fa, infatti, questione – come si sa – della esistenza di ulteriori principi fondamentali enunciati più avanti nella Carta, come pure di principi privi di esplicito riscontro (per tutti, la separazione dei poteri). Di tutto ciò, nondimeno, in altri luoghi.

<sup>8</sup> ... a riguardo del quale, v., almeno, M. LUCIANI, *Art. 12 Costituzione italiana*, Carocci, Roma 2018.

<sup>9</sup> Nel tricolore trova, infatti, emblematica rappresentazione l'identità costituzionale, risultante da un fascio di valori fondamentali positivizzati che hanno, appunto, nei principi in parola la loro prima e più genuina traduzione positiva, e, allo stesso tempo, l'identità dell'intero ordinamento poggiante sui principi stessi, dai quali quindi ricevono luce ed orientamento le più salienti dinamiche che hanno in esso forma e svolgimento.

<sup>10</sup> Sovente trascurate, infatti, le mutue implicazioni che si intrattengono tra i due valori in parola, essi pure – come si vedrà a momenti – integrati sia *inter se* che con i valori restanti.

<sup>11</sup> Raggiugli sul punto di cruciale rilievo, di recente, nel mio [Verità religiose e verità costituzionali a confronto: il profondo significato per la teoria giuridica di talune sostanziali convergenze](#), in questa [Rivista](#), [2023/II](#), 504 ss.

mortificata da un regime autoritario ed illiberale, resosi responsabile di una guerra rovinosa. L'uso del termine "ripudia", con la formidabile carica concettuale ed assiologica che gli è propria, intende riassumere in sé e vigorosamente ribadire il carattere definitivo ed irreversibile del rifiuto della guerra di offesa ad altri popoli e, allo stesso tempo – ciò che è qui di specifico interesse –, affermare con la massima chiarezza che la democrazia, il riconoscimento dei diritti inviolabili, l'eguaglianza e ogni altro tratto caratterizzante la Repubblica nella sua essenza hanno bisogno della pace, anzi *fanno o sono* la pace nella sua piena, particolarmente qualificante accezione.

## 2. *La dignità come strumento della pace e la pace come strumento della dignità, a salvaguardia dei diritti inviolabili della persona*

Il rapporto tra la dignità e la pace, una volta che sia rivisto nella sua giusta dimensione, è davvero rivelatore di quanto si viene ora dicendo.

Per un verso, la salvaguardia della dignità della persona è, infatti, strumento di pace, si pone al servizio di questa e, giorno dopo giorno, l'alimenta e rafforza. Per un altro verso, è però parimenti vero che la pace è, a sua volta, condizione necessaria, seppur da sola – com'è chiaro – insufficiente, per l'affermazione di quella. Ciascuno dei termini della relazione in parola è, insomma, causa ed effetto allo stesso tempo dell'altro; e la circolarità della relazione stessa avvalora la loro mutua integrazione e, anzi, la stessa immedesimazione.

Ecco perché, se è vero (e, a mia opinione, lo è) che la dignità è un valore assoluto o – come pure si è detto da un'accreditata dottrina<sup>12</sup> – la "bilancia" su cui si dispongono i beni della vita bisognosi di essere reciprocamente ponderati, parimenti assoluto non può che essere il valore della pace<sup>13</sup>, e naturalmente viceversa<sup>14</sup>.

Di questa consapevolezza è avvertita anche la Chiesa che ha, in più documenti ed in modo particolarmente insistito, ribadito il concetto secondo cui pace e dignità della persona non possono andare, in alcun caso o modo, disgiunte. La *Pacem in terris* emblematicamente ed efficacemente riassume questo pensiero. Lo fa, in particolare, sin dal suo titolo laddove sono racchiusi i quattro pilastri portanti sui quali poggia la pace e che della stessa consentono di cogliere l'essenza: verità, giustizia, amore e libertà<sup>15</sup>. E lo fa anche in chiusura, laddove con sintesi mirabile si rileva che "la pace rimane solo suono di parole, se non è fondata su quell'ordine che il presente documento ha tracciato con fiduciosa speranza: ordine fondato sulla verità, costruito secondo giustizia, vivificato e integrato dalla carità e posto in atto nella libertà" (89).

La centralità della persona è, infatti, il perno attorno al quale ruota ogni umana esperienza, individuale o comunitaria che sia; e il cuore pulsante della persona è – come si diceva – la sua dignità che si fonda sulla verità ed è a, a sua volta, fondamento di ogni diritto e dovere.

Particolarmente densa e gravida d'implicazioni è l'affermazione secondo cui si ha il dovere di far valere i diritti "come esigenza ed espressione della dignità" (24).

Si rinviene qui un'assonanza, meritevole di essere vigorosamente rimarcata, con l'idea, a mia opinione costituzionalmente fondata, secondo cui ogni diritto fondamentale, proprio perché tale, esprime una carica deontica. Ciò che risponde ad un duplice, indisponibile bisogno: dal punto di vista individuale, di rendere costante, eloquente e limpida testimonianza della salvaguardia della dignità e, dal punto di vista comunitario, di offrire – ciascuno per la propria parte e secondo le forze di cui dispone – un servizio indispensabile alla integra trasmissione dell'ordinamento nel tempo.

---

<sup>12</sup> Il riferimento – com'è chiaro – è a G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, al sito dell'[AIC](#), 14 marzo 2008.

<sup>13</sup> In questi termini se ne discorre nel mio editoriale [La pace come bene assoluto, indisponibile e non bilanciabile, il diritto fondamentale a godere e il dovere di preservarla ad ogni costo](#), in questa [Rivista](#), 27 febbraio 2022.

<sup>14</sup> Non importa, infatti, da quale valore si parte lungo il circuito in cui entrambi si dispongono, dal momento che si finisce poi con l'incontrare pur sempre l'altro, come pure ogni altro valore fondamentale.

<sup>15</sup> *Litt. Enc. Pacem in terris de pace omnium gentium in veritate, iustitia, caritate, libertate constituenda.*

Come ho tenuto in più occasioni a rimarcare, infatti, la rinuncia all'esercizio dei diritti fondamentali, specie nelle più salienti esperienze di vita, rischia di alimentare pratiche imitative degeneri che, alla lunga, possono portare allo sfilacciamento del tessuto sociale ed alla stessa disintegrazione del gruppo sociale, allo smarrimento cioè della sua identità costituzionale ed ordinamentale.

Le vicende belliche costituiscono un banco di prova altamente istruttivo a riguardo di quanto si viene ora dicendo. La resistenza organizzatasi, da noi come altrove, in occasione della seconda grande guerra, al pari della eroica combattività oggi dimostrata dal popolo ucraino davanti all'aggressione patita dalla Russia, danno ulteriore, lampante conferma dell'indicazione teorica appena data: del dovere, cioè, di non cedere mai, fino all'ultimo, al nemico, difendendo la Patria e, allo stesso tempo, conferendo forma e significato al dovere di fedeltà alla Repubblica, in vista della salvaguardia dei valori che di quest'ultima sono a fondamento, anche a beneficio delle generazioni che verranno<sup>16</sup>. E non è inopportuno qui rimarcare di sfuggita che il riferimento a queste ultime, ora esplicitato – come si sa – nella Carta con specifico riguardo alla salvaguardia dell'ambiente, è nondimeno da considerare implicito nell'idea stessa di ordinamento, come di ciò che è *ordinato* e che si va incessantemente *ordinando* (o, diciamo pure, *riordinando*)<sup>17</sup>, sì da potersi trasmettere integro nel tempo, restando quindi demandata a coloro che verranno dopo di noi la salvaguardia e – per quanto possibile – l'ulteriore valorizzazione del patrimonio assiologico che, a nostra volta, abbiamo ricevuto in custodia dai fondatori della Repubblica.

Ebbene, è proprio qui che entrano in campo con centralità di posto i doveri, partecipi di un "gioco" senza fine con i diritti inviolabili della persona.

Riguardati infatti questi ultimi dal punto di vista della dignità e della strutturale vocazione dell'ordinamento a durare nel tempo, restando nondimeno fedele a se stesso ed ai valori che ne sono alla base, si ha conferma della naturale attitudine dei diritti stessi a convertirsi ed a risolversi in doveri, e viceversa: di questi a tradursi in quelli o, come che sia, ad operare per la loro ottimale salvaguardia, alle condizioni oggettive di contesto.

La crisi che da tempo affligge la categoria degli *status*, sotto più aspetti rilevata da studiosi di varia sensibilità ed estrazione<sup>18</sup>, si coglie con particolare nitore al piano costituzionale, avuto cioè riguardo ai diritti inviolabili ed ai doveri inderogabili di solidarietà. E la ragione è presto detta, riportandosi, per un verso, al bisogno diffusamente ed intensamente avvertito in seno al corpo sociale di preservare la dignità di ciascun individuo e di tutti assieme, e, per un altro verso (e allo stesso tempo), di dar

---

<sup>16</sup> Al dovere in parola è da assegnare, per la ricostruzione qui tentata, centralità di posto nelle più rilevanti vicende dell'ordine repubblicano, tanto nei momenti cruciali in cui dovesse esserne messa a rischio la identità e continuità quanto in quelli di fisiologico svolgimento, nei quali cioè la pace e la dignità non siano fatte oggetto di attacchi da forze esterne o interne volte a pregiudicarne l'ottimale affermazione. Merita, in particolare, di essere segnalato sin d'ora (e con riserva di approfondimenti a breve) che il dovere medesimo appare essere una sorta di miniera inesauribile: più, infatti, se ne attinge e più ancora appare essere dotata di risorse concettuali e positive dalle quali l'ordinamento può trarre alimento nel corso del proprio incessante divenire. Su di esso, tra gli studi maggiormente accurati della nostra dottrina, v., part., quelli di A. MORELLI che ne ha trattato nel modo più organico nel suo *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013.

<sup>17</sup> Va da sé, poi, che varia dall'uno all'altro ordinamento e dall'uno all'altro contesto in cui ciascuno di essi s'inscrive e svolge, la "misura" – se così può dirsi – di ciò che è già ordinato e di ciò che deve ancora ordinarsi, a seconda cioè della integrazione raggiunta tra gli elementi di cui si compone la struttura di ciascuno di essi e del bisogno dagli stessi avvertito di portarsi ancora oltre, in vista di un più solido radicamento nell'esperienza.

Si ponga, ad es., a raffronto la vicenda di uno Stato, quale il nostro, che ha ormai acquisito una fisionomia ben definita, all'insegna dei valori che ne sono a fondamento, con quella dell'Unione europea che appare invece essere un ordinamento *in progress*, ad oggi vistosamente oscillante, dal momento che a seconda delle congiunture appare ora avanzare ed ora regredire lungo la via della piena integrazione. Ed è di tutta evidenza che talune esperienze e tendenze maturate in seno agli Stati membri, in ispecie ad alcuni di essi, non restano al riguardo prive di effetti, spingendo per la loro parte ora nell'uno ed ora nell'altro verso. Particolare rilievo – com'è chiaro – va al riguardo assegnato all'affermazione di movimenti politici e di maggioranze di governo dalla marcata connotazione nazionalista, di cui si ha sempre più diffuso e vistoso riscontro.

<sup>18</sup> V., part., tra i civilisti, C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e "status" della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2015, 7 ss.

modo all'intero ordinamento di trasmettersi anche alle generazioni a venire: in breve e riassuntivamente, di mettere la pace al riparo di insidie che potrebbero minarla, con pregiudizio grave (forse, persino irreparabile) per il fisiologico svolgimento della vita di relazione in seno alla comunità organizzata.

### *3. L'articolazione dei pubblici poteri e la ferma condanna dei fatti di discontinuità costituzionale nella Pacem in terris e il diritto-dovere di resistenza quale risorsa preziosa al servizio della fedeltà alla Repubblica*

Si spiegano in questa luce alcune indicazioni date dalla *Pacem in terris* a riguardo dei doveri dei pubblici poteri e della loro articolazione interna, come pure della partecipazione dei singoli alla vita pubblica (spec. 76 ss.). Indicazioni che, una volta di più, presentano straordinarie assonanze con quelle che si hanno dalla Costituzione e che rinvengono nel valore democratico la fonte della loro ispirazione e, allo stesso tempo, il fine cui alcune delle più rilevanti esperienze di vita comunitaria devono risolutamente, senza tentennamento alcuno, tendere.

L'enciclica papale qui fatta oggetto di specifico riferimento si schiera, infatti, decisamente dalla parte delle liberal-democrazie, rimarcando il bisogno di rendere viepiù salde le basi portanti sulle quali si reggono. Non è, d'altronde, senza significato che in essa si dica che il principio di divisione dei poteri risponde ad "esigenze insite nella stessa natura degli uomini" e che è, pertanto, necessario che "il potere legislativo si muova nell'ambito dell'ordine morale e della norma costituzionale" (41 s.).

Una ferma condanna è poi espressa, da un angolo visuale di ancora più largo raggio, per ogni forma di rottura – diremmo, con il linguaggio per noi usuale, di discontinuità costituzionale –, patrocinandosi piuttosto la gradualità nella evoluzione ordinamentale, sempre e soltanto al servizio della verità e, per ciò pure, della pace, nella densa e composita accezione dietro indicata<sup>19</sup>. Pacifica ha, infatti, da essere la "evoluzione" dell'ordinamento<sup>20</sup>, lungo la vita dallo stesso segnata nei suoi principi fondanti e in vista della crescita della persona *ut sic*, in primo luogo dell'appagamento dei suoi bisogni primari e, dunque, dei diritti inviolabili che ad essa fanno capo, a partire appunto da quello della dignità che – come si è tenuto a rimarcare in altri luoghi – è esso stesso oggetto del primo dei diritti inviolabili e fondamento di ogni altro. È solo attraverso un "moto" pacifico<sup>21</sup>, dunque, che la Costituzione nella sua interezza può trasmettersi nel tempo, essere nel suo divenire, mantenendosi nondimeno sempre identica a sé pur nei continui mutamenti e le vere e proprie trasformazioni cui può andare soggetta in ragione di nuovi contesti nei quali s'iscrive e faccia valere<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> "Non si dimentichi – leggiamo al punto 86 – che gradualità è la legge della vita in tutte le sue espressioni; per cui anche nelle istituzioni umane non si riesce ad innovare per il meglio che agendo dal di dentro di esse gradualmente".

<sup>20</sup> Di essa ha, nella nostra dottrina, a più riprese trattato A. SPADARO: con specifico riguardo alle esperienze della giustizia costituzionale, in *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss., e, per ciò che attiene alle dinamiche della forma di governo, in *L'evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 17 settembre 2018, nonché in *Sui caratteri del parlamentarismo "all'italiana": o doppia fiducia o doppia maggioranza*, in *Scritti in onore di Roberto Bin*, Giappichelli, Torino 2019, 348 ss. In tema, di recente, v. pure, volendo, il mio *Vicende salienti della forma di governo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e della tutela dei diritti fondamentali*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2023, 14 luglio 2023, 631 ss.

<sup>21</sup> ... del quale ha discusso M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in [Rivista AIC](#), 1/2013, 1° marzo 2013.

<sup>22</sup> Copiosa – come si sa – è la letteratura, antica e recente, in tema di modifiche tacite e di trasformazioni in genere della Costituzione: riferimenti, *ex plurimis*, in A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir., Ann.*, VIII (2016), 263 ss.; S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in [Rivista AIC](#), 1/2019, 23 marzo 2019, 335 ss.; M.P. IADICICCO, *Dinamiche costituzionali. Spunti di riflessione sull'esperienza italiana*, in [Costituzionalismo.it](#), 3/2019, 20 gennaio 2020, e, della stessa, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, 231 ss.; pure *ivi*, se si vuole, può vedersi

Dal punto di vista della teoria costituzionale, i fattori di discontinuità costituzionale e i veri e propri salti ordinamentali sono, ovviamente, da mettere in conto, checché se ne dica da parte di pur accreditati studiosi dichiaratisi dell'avviso che quella di potere costituente sia una nozione ormai storicamente "esaurita"<sup>23</sup>. Il punto è, però, che, per effetto della cesura costituzionale, risulterebbe fatalmente alterata l'identità costituzionale, l'intera tavola dei valori che la compongono e qualificano patendo un pregiudizio grave, riparabile unicamente grazie ad un ulteriore fatto costituente volto al ripristino della democrazia e, in genere, di ogni altro valore originario.

Dalla prospettiva specificamente interessante per lo studio che si va ora facendo, dal momento che ogni valore fondamentale risulta indissolubilmente legato agli altri, tutti dando vita ad un fascio unico ed irripetibile, pur nella comune appartenenza alla medesima "famiglia" ordinamentale delle liberal-democrazie, l'eversione costituzionale in un sol colpo colpisce la pace e la dignità della persona, ciascuna di esse nel suo specchiarsi nell'altra.

C'è un solo modo per tentare di arginarla e contenerne – fin dove possibile – i devastanti effetti: l'esercizio di quel diritto che – come si è veduto – è anche (e soprattutto) un dovere, individuale e collettivo, di resistenza. Facendolo valere, alle condizioni e nei modi consentiti dalle circostanze, si offre un servizio alla propria dignità e, allo stesso tempo, alla pace e ad ogni altro valore; il che è lo stesso che dire: alla Costituzione.

D'altronde, è solo così che si rende testimonianza della fedeltà alla Repubblica nei cruciali momenti in cui dovesse essere fatta oggetto di attacchi, da parte di forze esterne come pure interne, idonei a pregiudicarne l'identità e il suo lineare e fisiologico svolgimento.

La fedeltà alla Repubblica, nondimeno, porta ad emersione con esemplare chiarezza quella componente deontica dei diritti inviolabili, di cui si diceva. La fedeltà è, infatti, un dovere da cui si alimenta ogni altro dovere e, con essi, parimenti si alimentano e incessantemente rigenerano i diritti inviolabili le cui sorti possono trovarsi a dipendere, specie in talune drammatiche circostanze, proprio dall'ottimale riscontro della fedeltà e, dunque, dal felice esito del suo adempimento.

La pace e la dignità – come si venuti dicendo – sono al cuore di questo processo e delle più salienti vicende che in esso si radicano e svolgono.

*4. Il volto luminoso della dignità quale si rende visibile e si apprezza per il tramite della solidarietà, specie nel suo farsi fraternità, e l'attività dei pubblici poteri come servizio costantemente reso alla comunità, a presidio dei diritti inviolabili e, con essi, della dignità e della pace*

Un punto, nondimeno, merita più di ogni altro di essere rimarcato in modo fermo e chiaro; ed è che l'eversione costituzionale, specie laddove sia opera di forze interne, può (e deve) essere – fin dove possibile – prevenuta a mezzo dell'esercizio corale da parte dei componenti la comunità sia dei diritti che dei doveri, al massimo di rendimento loro consentito dalle circostanze.

Non ho dubbio alcuno, in particolare, a riguardo del fatto che il volto luminoso della dignità si colga ed apprezzi nel momento in cui la stessa si traduce in comportamenti diffusi ed efficienti di

---

il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, 415 ss.; AA.VV., *Mutamenti costituzionali*, a cura di A. Mangia - R. Bin, in *Dir. cost.*, 1/2020; Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021 e, della stessa, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2021, 21 maggio 2021, 40 ss.; A. MANGIA, *Mutamento costituzionale e dogmatica giuridica*, in *Lo Stato*, 19/2022, 61 ss.; V. BALDINI, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Cacucci, Bari 2023.

<sup>23</sup> Indicazioni in M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Editori Riuniti, Roma 1991, 8 s. e *passim*, e, dello stesso, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., spec. 136 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale*, in AA.VV., *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, a cura di E. Ripepe e R. Romboli, Giappichelli, Torino 1995, 29; M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1/1995, 7 ss. e, più di recente, in prospettiva comparata, M. CALAMO SPECCHIA, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia "militante" all'autodifesa costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2021, 91 ss., spec. 109 ss.

solidarietà, convertendosi in fraternità autenticamente vissuta e gratuitamente data<sup>24</sup>. È questo, d'altronde, il senso più genuino e profondo della carità cristiana, testimonianza tangibile di amore verso il prossimo e verso Dio<sup>25</sup>.

Gli organi di apparato, specie quelli chiamati a responsabilità di governo, possono (e devono) al riguardo fare tutta quanta la loro parte, intendendo e portando ad effetto *magis ut valeant* i poteri di cui dispongono, convertendoli in *servizio* assicurato alla comunità, specie nella sua fascia – ahimè, crescente – composta da persone particolarmente bisognose e vulnerabili, in linea peraltro con la magistrale indicazione data dagli artt. 2 e 3 nel loro fare “sistema” tanto *inter se* quanto con i valori fondamentali restanti<sup>26</sup>.

Laddove, dunque, sia positivamente valutato lo sforzo prodotto dai governanti, pur in condizioni oggettivamente sfavorevoli e a volte persino proibitive, il rischio della eversione costituzionale è, il più delle volte, parato sul nascere e, con esso, dunque preservata la pace interna. Di contro, è l'acclarata incapacità del ceto politico, afflitto da carenze culturali e di ordine etico viepiù evidenti e marcate<sup>27</sup>, in ordine ad un'adeguata progettazione dello sviluppo sociale nel suo complesso ad esporre

---

<sup>24</sup> Sulla fraternità si è, a più riprese, intrattenuto spec. F. PIZZOLATO, del quale v., almeno, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova, Roma 2012. V., inoltre, utilmente, AA.VV., *The Role of Fraternity in Law. A comparative Legal Approach*, a cura di A. Cosseddu, Routledge-Giappichelli, Torino 2021.

<sup>25</sup> Ricordiamo tutti la mirabile rappresentazione che ne dà Paolo, 1Cor 13, 4-7: “La carità è magnanima, benevola è la carità; non è invidiosa, non si vanta, non si gonfia d'orgoglio, non manca di rispetto, non cerca il proprio interesse, non si adira, non tiene conto del male ricevuto, non gode dell'ingiustizia ma si rallegra della verità. Tutto scusa, tutto crede, tutto spera, tutto sopporta. La carità non avrà mai fine. Le profezie scompariranno, il dono delle lingue cesserà e la conoscenza svanirà. Infatti, in modo imperfetto noi conosciamo e in modo imperfetto profetizziamo. Ma quando verrà ciò che è perfetto, quello che è imperfetto scomparirà. Quand'ero bambino, parlavo da bambino, pensavo da bambino, ragionavo da bambino. Divenuto uomo, ho eliminato ciò che è da bambino. Adesso noi vediamo in modo confuso, come in uno specchio; allora invece vedremo faccia a faccia. Adesso conosco in modo imperfetto, ma allora conoscerò perfettamente, come anch'io sono conosciuto. Ora dunque rimangono queste tre cose: la fede, la speranza e la carità. Ma la più grande di tutte è la carità!”.

Luminosa espressione della fraternità si ha nella enciclica *Fratelli tutti*, di recente fatta oggetto di attenta rilettura da G. BRUNELLI, *Diritti umani e popolo in Fratelli tutti. Una lettura costituzionalistica dell'enciclica di Francesco*, in *Quad. cost.*, 1/2022, 189 ss.

<sup>26</sup> Il concetto di vulnerabilità è dotato di una intrinseca ed accentuata carica di polisemia. Non a caso, se ne discorre tanto in termini generali (e specificamente in relazione a condizioni di particolare bisogno economico) quanto con particolare riguardo al campo della salute. Riferimenti ed indicazioni in R. FATTIBENE, *Povertà e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020 e, più di recente, P. SCARLATTI, *Soggetti deboli, Costituzione ed istanze della vulnerabilità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2023, 30 aprile 2023, 266 ss., e, dello stesso, già, *I diritti delle persone vulnerabili*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022. Con specifico riguardo alle esperienze di fine-vita, cui tuttavia non può ora farsi cenno alcuno, nella ormai copiosa lett., v., almeno, M. GENSABELLA FURNARI, *Vulnerabilità e cura. Bioetica ed esperienza del limite*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2008, e, della stessa, *Il paradosso della vulnerabilità*, in *Medicina e Morale*, 4/2022, 9 dicembre 2022, 425 ss. e *Lineamenti di una bioetica della cura. Ripensando l'esperienza della pandemia*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2023, nonché, tra gli altri, V. LORUBBIO, *La tutela dei soggetti vulnerabili*, in *DPCE Online*, 2020, 20 aprile 2020, 661 ss.; B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Giappichelli, Torino 2021; P.F. BRESCIANI, *Chi sono i “vulnerabili” che l'art. 579 c.p. deve proteggere?* in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2022, 45 ss.; B. MAGRO, *A proposito di tutela delle “altre” situazioni di vulnerabilità da tutelare: un raffronto tra Corti costituzionali*, in *Giustizia Insieme*, 28 aprile 2022; C. EQUIZI, *Il limite delle risorse disponibili nella tutela dei diritti delle persone vulnerabili*, e A. FONZI, *Il diritto all'istruzione dei disabili fra discriminazione e tagli di bilancio. Esiste un diritto alla differenza?*, entrambi in *Dirittifondamentali.it*, 2/2023, 21 luglio 2023, rispettivamente, 690 ss. e 709 ss.

<sup>27</sup> Della crisi della rappresentanza politica, in ispecie, si è innumerevoli volte discusso, sotto più aspetti ed ai fini teorico-ricostruttivi i più varî [riferimenti, tra gli altri, in AA.VV., *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità Rappresentanza Territorio*, Jovene, Napoli 2017; G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in questa *Rivista*, 2019/II, 249 ss., e P. LOGROSCINO, *Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti. Note in tempo di pandemia*, in questa *Rivista*, 2021/II, 406 ss.; M.G. RODOMONTE, *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?*, in *Nomos*, 3/2021, 1 ss.; I. CIOLLI, *La rappresentanza politica. Recenti trasformazioni di una categoria ineludibile*, in *Lo Stato*, 18/2022, 129 ss., e, se si vuole, i miei *Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica*, in questa

la comunità al rischio della cesura costituzionale e della involuzione ordinamentale. Un rischio che confesso di giudicare da noi non meramente irrealista sol perché il nostro Paese dispone di una collocazione di relativa sicurezza nello scacchiere internazionale, specie per la sua appartenenza alla NATO ed all'Unione Europea. La storia, infatti, ci consegna plurime testimonianze di casi di discontinuità costituzionale pur laddove nessun segno dapprima si desse (o, meglio, fosse stato colto) del loro possibile accadimento. Occorre, dunque, non abbassare la guardia e indulgere alla tentazione di sentirci al sicuro sol perché da oltre settant'anni il nostro Paese ha allontanato da sé la guerra e il regime autoritario che se n'era reso responsabile. La vicenda dell'aggressione patita dall'Ucraina per mano della Russia insegna che il bene prezioso della pace può andare smarrito in un breve lasso di tempo; e così pure è per l'assetto ordinamentale d'ispirazione liberal-democratica. Ed è chiaro che, in presenza di eventi funesti quali quelli ora evocati, verrebbero smarriti alcuni diritti che tutti consideriamo indisponibili e, con essi, risulterebbe gravemente offesa la dignità della persona.

*5. Al tirar delle somme: la conferma che il genuino e profondo significato della dignità si coglie anche (e soprattutto) dal punto di vista della pace, così come questo alla luce di quello*

Siamo ora in grado di trarre alcune prime conclusioni dall'analisi fin qui compiuta, in attesa peraltro di ulteriori approfondimenti che potranno in altri luoghi aversi, tornando a riguardare alla questione qui trattata da angoli prospettici diversi.

La prima (e più rilevante) di esse è di ordine metodico, prima (e più ancora) che teorico-ricostruttivo; ed attiene al modo con cui intendere e far valere la dignità della persona. Non pochi, accreditati studiosi si sono, infatti, dichiarati dell'idea che essa sia da considerare per intero rimessa al libero volere della persona stessa, finendo dunque con il risolversi nella sua piena ed insindacabile autodeterminazione<sup>28</sup>. Al corno opposto rispetto a quello in cui si situa l'accezione soggettiva della dignità si dispone quella oggettiva, assumendosi pertanto che la stessa prescinda dai progetti di vita messi a punto da ciascun individuo.

In altri luoghi di riflessione scientifica mi sono dichiarato dell'avviso che entrambi i modi d'impostare la questione siano affetti da radicalismo esasperato e che piuttosto occorra tentare di far luogo alla loro mutua integrazione o – se più piace dire – al loro mutuo “bilanciamento”. E ciò, ove si convenga, come devesi, che l'autonomia del soggetto è, di certo, in un ordinamento quale il nostro di tradizioni liberal-democratiche, un bene prezioso, meritevole di essere – fin dove possibile – salvaguardato. Allo stesso tempo, tuttavia, non va perso di vista, neppure per un momento, che ciascun individuo componente il corpo sociale è gravato di doveri di solidarietà, specie nei riguardi di coloro che versano in condizioni di particolare bisogno, oltre che verso la comunità, tutti essendo chiamati a concorrere alla sua integra trasmissione nel tempo. La qual cosa, poi, depono, per la sua parte, per un'accezione *anche* (e specificamente) oggettiva della dignità, di cui – come si è detto altrove – si ha emblematica rappresentazione nell'art. 36, I c., della Carta a riguardo della commisurazione della retribuzione spettante al lavoratore al fine di consentire allo stesso ed alla sua famiglia di condurre un'esistenza “libera e dignitosa”<sup>29</sup>.

Di lampante evidenza ai miei occhi appare la circostanza per cui, se ciascun individuo, intendendo in un certo modo la propria dignità, dovesse rivendicare, con carattere di absolutezza, il diritto a farla incondizionatamente valere nei modi dallo stesso stabiliti, se ne potrebbe avere un pregiudizio grave, irreparabile per la pace in seno al corpo sociale. La qual cosa poi – è bene che se ne abbia piena

---

[Rivista, 2021/I](#), 124 ss. e *Le revisioni costituzionali e il nodo (non scioglibile?) del degrado culturale della rappresentanza politica (prime notazioni)*, in [Ordine internazionale e diritti umani](#), 2/2023, 15 maggio 2023, 216 ss.

<sup>28</sup> Maggiori ragguagli, volendo, nel mio *Autodeterminazione (principio di)*, in *Dig./Disc. Pubbl.*, VIII Agg. (2021), 1 ss.

<sup>29</sup> È chiaro, infatti, che la “misura” in parola non può essere interamente ed esclusivamente rimessa all'autodeterminazione del lavoratore stesso, così come invece vorrebbe l'accezione meramente soggettiva di dignità, una volta portata fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni.

avvertenza – ridonderebbe a mo' di *boomerang* in un pregiudizio per la stessa... *dignità*, dal momento che – come si è veduto – la sua ottimale salvaguardia può realizzarsi unicamente in un quadro complessivo governato dalla pace, non già in uno caratterizzato da gravi tensioni e contraddizioni sociali o, addirittura, aperti conflitti, come si ha in Paesi segnati da guerre civili, episodi ricorrenti di terrorismo interno, gravi disordini sociali.

Insomma, pace e dignità, più ancora che darsi mutuo alimento e sostegno, sono naturalmente votate a reciprocamente integrarsi, a saldarsi stabilmente sia *inter se* che con i valori fondamentali restanti. A tal fine, com'è ormai chiaro, possono (e devono) ammettersi limiti, a volte anche particolarmente consistenti, all'autodeterminazione, giustificati in vista dell'affermazione – la massima possibile, alle condizioni di contesto – dei diritti inviolabili della persona e, dunque, della stessa dignità.

Si dà, dunque, un punto ottimale di sintesi tra l'accezione soggettiva e quella oggettiva di dignità, sì da dar modo sia a quest'ultima che alla pace di potersi far valere al meglio di sé, in ragione delle circostanze.

Ancora una volta, davvero illuminante è il punto di vista della Chiesa, quale mirabilmente espresso dalla *Pacem in terris* (e ulteriormente precisato da altri documenti ecclesiali). Come si ricorderà, infatti, l'enciclica papale annovera la libertà quale componente necessaria e particolarmente espressiva della pace. Ma la libertà di cui è stato fatto dono al *christifidelis* discende pur sempre dalla verità e verso questa, per sua indeclinabile, strutturale vocazione, tende, solo in essa appagandosi ed affermandosi al meglio di sé<sup>30</sup>.

Anche la *pax constitutionalis* discende da (e stabilmente poggia su) verità incontrovertibili, cui dà voce la Carta, tutte gravitando attorno al perno fisso della centralità della persona ed in vista della sua ottimale affermazione. Verità rivelate e trascendenti quelle aventi natura religiosa, verità terrene e, tuttavia, ugualmente indisponibili, siccome racchiuse in valori fondamentali non rimuovibili per via legale<sup>31</sup>, quelle iscritte nella Carta: le une e le altre, peraltro, convergenti nel disporsi al servizio della persona, dei suoi più avvertiti bisogni, della sua dignità appunto<sup>32</sup>.

Insomma, pace e dignità o stanno assieme oppure non stanno, anzi – a dirla tutta – non sono, per la elementare ragione che – come si è veduto – ciascuna di esse è causa ed effetto allo stesso tempo dell'altra, ciascuna componente essenziale della struttura dell'altra. E così è pure per ogni altro valore fondamentale dell'ordinamento che prende e dà luce unicamente in relazione all'intero sistema cui tutti appartengono.

Farli valere, tutti assieme e tutti nella medesima misura, equivale a far valere la Costituzione nella sua essenza, a darle senso e, con esso, a dare senso alla stessa esistenza umana che – come si è venuti dicendo – si afferma al meglio di sé, alle condizioni di contesto, nel suo farsi dono generoso, in spirito di autentica fraternità, alla comunità in cui ciascun individuo vive la propria esperienza terrena.

---

<sup>30</sup> Ci rammenta la *Centesimus annus*, 46, che solo dall'accettazione della verità può aversi il pieno appagamento della libertà.

<sup>31</sup> Viene qui in rilievo l'annosa questione concernente i limiti alla revisione costituzionale, cui nondimeno non può ora riservarsi neppure un cenno (riferimenti, per tutti, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, cit.).

<sup>32</sup> Delle assonanze tra le due specie di verità ho trattato nel mio *Verità religiose e verità costituzionali a confronto: il profondo significato per la teoria giuridica di talune sostanziali convergenze*, cit., da cui possono, dunque, volendo, aversi maggiori ragguagli.



**Pasquale Costanzo**  
**L'Enciclica *Pacem in terris* come Carta dei diritti**  
**(spunti per una riflessione)\***

**ABSTRACT:** *The paper examines the structure and content of a genuine and contemporary charter of rights within the Encyclical "Pacem in Terris." It underscores certain similarities with the French Declaration of 1789 and, most notably, with the UN Charter of 1948. However, the paper also emphasizes the profound ontological differences between the Pontifical document and the two secular charters.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Delimitazione del tema. – 3. Il catalogo dei diritti della *Pacem in terris* (alcune premesse di metodo e di merito). – 4. (*Segue*) (la struttura). Quale libertà religiosa. – 5. I diritti umani: dalla Dichiarazione rivoluzionaria del 1789... – 6. (*Segue*) ...alla Dichiarazione universale del 1948. – 7. Osservazioni conclusive.

### 1. Premessa

Lo sguardo del giurista sul testo dell'Enciclica papale, di cui celebriamo il sessantennale della pubblicazione<sup>1</sup>, è di necessità diverso da quello del teologo, dello studioso della morale e dell'etica o, ancora, dello storico delle religioni. Non sempre, d'altro canto (è almeno il caso di chi scrive), egli possiederebbe gli strumenti culturali e concettuali idonei per assolvere appieno a tali delicati compiti.

Felicemente, tuttavia, l'Enciclica addita, tra i quattro pilastri su cui la pacifica convivenza deve fondarsi, anche quelli della giustizia e della libertà: termini, per così dire, familiari, che incoraggiano anche cultori del diritto positivo a cimentarsi col documento pontificio. Del resto, senza dover ricorrere a dimostrazioni più complesse, non è in questo binomio che potrebbe sintetizzarsi la stessa evoluzione, dalla fase liberale a quella sociale, dello Stato moderno? Non è ad esso che le costituzioni, almeno quelle radicate sulla tradizione costituzionale occidentale, fundamentalmente si ispirano e si improntano?


Ciò premesso, una riflessione a tutto campo sulla *Pacem in terris* potrebbe sempre rivelarsi un'impresa ardua per chiunque, considerata la vastità delle tematiche che vi vengono in considerazione, quali, esemplarmente, quelle sottese ai c.d. "segni dei tempi", specie la promozione delle classi lavoratrici, l'accesso delle donne nella vita pubblica e l'emancipazione dei popoli storicamente dominati; il principio di sussidiarietà nell'organizzazione politica di ogni livello; la distensione ed il disarmo internazionale; quasi profeticamente l'avvento della globalizzazione; e, *last but not least*, la cultura della pace da erigersi su una cittadinanza mondiale e da garantirsi mercé un'autorità moralmente e culturalmente legittimata di livello mondiale (rendendo controvertibile la concezione di un potere illimitato degli Stati nazionali).

Su un altro versante, un'analisi non meno impegnativa richiederebbero, poi, sia la contestualizzazione storica del documento (la c.d. guerra fredda con i molteplici focolai mondiali di guerra calda), sia, in particolare, e ancora su un diverso piano, la sua destinazione, atteso che, per la prima volta, un'Enciclica papale venne indirizzata non solo ai *fideles*, ma "a tutti gli uomini di buona volontà" e, di converso, la sua straordinaria recezione nell'opinione pubblica mondiale.

In questo quadro, più limitatamente (ma quanto?), si preferisce portare alcune brevi riflessioni, tra le inesauribili che l'Enciclica propone, su una specifica prospettiva: quella dei diritti e dei doveri umani, quale appunto, si dispiega all'incrocio tra le già evocate giustizia e libertà

Conforta la nostra scelta soprattutto il brano seguente: "La convivenza fra gli esseri umani è quindi

---

\*  Lo scritto fa parte del volume dal titolo *Lettera enciclica di Giovanni XXIII. Pacem in terris. Costituzioni e Carte dei diritti*, a cura di M. Bertolissi, Jovene, Napoli 2023, 163 ss. Si ringrazia il curatore per averne concesso la ripubblicazione.

<sup>1</sup> *Litt. enc. Pacem in terris de pace omnium gentium in veritate, iustitia, caritate, libertate constituenda*, 11 aprile 1963.

ordinata, feconda e rispondente alla loro dignità di persone, quando si fonda sulla verità, conformemente al richiamo dell'apostolo Paolo: 'Via dunque da voi la menzogna e parli ciascuno col suo prossimo secondo verità, poiché siamo membri gli uni degli altri' (Ef 4, 25). Ciò domanda che siano sinceramente riconosciuti i reciproci diritti e vicendevoli doveri. Ed è inoltre una convivenza che si attua secondo giustizia o nell'effettivo rispetto di quei diritti e nel leale adempimento dei rispettivi doveri; che è vivificata e integrata all'amore, atteggiamento d'animo che fa sentire come propri i bisogni e le esigenze altrui, rende partecipi gli altri dei propri beni e mira a rendere sempre più vivida la comunione nel mondo dei valori spirituali; ed è attuata nella libertà, nel modo cioè che si addice alla dignità di esseri portati dalla loro stessa natura razionale ad assumere la responsabilità del proprio operare"<sup>2</sup>.

Ma cos'è, dunque, questa giustizia? Il brano soccorre subito nel fornire la risposta: essa si sostanzia nell'effettivo rispetto dei reciproci diritti e nel leale adempimento dei rispettivi doveri.

E cosa, invece, questa libertà? L'operare nel modo che si addice alla dignità di esseri portati dalla loro stessa natura razionale ad assumere la responsabilità del proprio operare, quindi, ancora, nella consapevolezza dei limiti generati dall'osservanza dei doveri"<sup>3</sup>.

## 2. Delimitazione del tema

La latitudine della prospettiva prescelta impedisce, tuttavia, ancora, all'evidenza, che il discorso si dipani in questa sede con la necessaria completezza, sicché, nella valutazione dei diritti e dei doveri a cui l'Enciclica presta attenzione, si farà, ancora più particolare riferimento solo ai primi, consapevoli, peraltro, di operare in tal modo un rischioso rovesciamento assiologico della metodica dell'Enciclica, che perviene, in principio, a ragionare di diritti in stretta corrispondenza dei doveri, se non addirittura in rapporto di preminenza dei secondi sui primi. Ciò che, di per sé, basterebbe a battere in breccia ogni meccanica omologazione del documento papale con le più note Carte liberali dei diritti, a cui la stessa Enciclica, peraltro, guarda favorevolmente per la funzione che esse hanno esercitato fuori e nell'ambito di una Costituzione formale nell'evoluzione dello Stato moderno, ma di cui si confuta la configurazione come "fonte prima ed unica donde scaturiscono diritti e doveri"<sup>2</sup>.

Resta, tuttavia, che, quantomeno a livello sistematico, la suggestione operata da altre Carte non sia difficile da percepire nell'impianto dell'Enciclica, che, quasi al suo esordio (I - *L'ordine tra gli esseri umani*), presenta un vero e proprio catalogo di spiccato *drafting* costituzionale, enumerante molteplici situazioni soggettive di vantaggio da riconoscere e garantire universalmente<sup>4</sup>.

Di quali diritti si tratta, dunque? Ed è possibile riconoscerne, accanto al riferimento teologico e morale, qualche fonte più propriamente laica? Si potrebbe addirittura dire che, con l'Enciclica, la Chiesa cattolica, ergendosi, a livello planetario, a difensore dei diritti umani, abbia metabolizzato (certo non tutt'a un tratto, ma in esito ad un tormentato e secolare percorso) il prodotto giuridico più cospicuo della cultura e della rivoluzione illuministe, ossia il riconoscimento in capo da ogni essere umano di diritti inalienabili, naturali, imprescrittibili, preziosi, sacri e garantiti (argom. ex Preambolo, artt. 2, 4, 11, 16 e 17, Dichiarazione del 1789)?

Anche se è comprensibile che il grande iato che ha caratterizzato la Rivoluzione francese e la Chiesa cattolica non sia o non possa essere del tutto colmato, all'ultimo quesito ci si sente di riservare fin d'ora un'accoglienza cautamente positiva, tenendo presente la filogenesi storica ed ideale di un'altra Carta a cui, invece, l'Enciclica destina parole di elogio, quasi incondizionato, ossia la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata in dall'Assemblea generale dell'ONU il 10 dicembre 1948. Laddove si comprende come il positivo riscontro di tale Carta appaia maggiormente agevolato, a monte, dalla sua origine universale e dalla sua immunità da valenze laiciste e, a valle,

<sup>2</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 18.

<sup>3</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 45.

<sup>4</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, nn. 5-13

del suo agevole coniugarsi con l'auspicio formulato nel documento pontificio stesso del formarsi di un'organizzazione giuridico-politica della comunità mondiale<sup>5</sup>.

### 3. *Il catalogo dei diritti della Pacem in terris (alcune premesse di metodo e di merito)*

Prima di tentare alcune comparazioni di contenuto tra Carte, occorre, per , dare conto di una pregevole singolarità del catalogo pontificio.

Va, infatti, notato come non solo le persone, ma anche le comunità politiche sono costituite dalla *Pacem in terris* “le une rispetto alle altre [come] soggetti di diritti e di doveri; per cui anche i loro rapporti vanno regolati nella verità, nella giustizia, nella solidarietà operante, nella libertà. La stessa legge morale, che regola i rapporti fra i singoli esseri umani, regola pure i rapporti tra le rispettive comunità politiche”<sup>6</sup>.

La circostanza dovrebbe bastare, dunque, a scongiurare nei rapporti interstatali logiche di (pre)potenza o anche solo di spregiudicatezza: “I rapporti fra le comunità politiche vanno (...) regolati secondo giustizia: il che comporta, oltre che il riconoscimento dei vicendevoli diritti, l'adempimento dei rispettivi doveri. Le comunità politiche hanno il diritto all'esistenza, al proprio sviluppo, ai mezzi idonei per attuarlo: ad essere le prime artefici nell'attuazione del medesimo; ed hanno pure il diritto alla buona riputazione e ai debiti onori: di conseguenza e simultaneamente le stesse comunità politiche hanno pure il dovere di rispettare ognuno di quei diritti; e di evitare quindi le azioni che ne costituiscono una violazione. Come nei rapporti tra i singoli esseri umani, agli uni non è lecito perseguire i propri interessi a danno degli altri, così nei rapporti fra le comunità politiche, alle une non è lecito sviluppare se stesse comprimendo od opprimendo le altre. Cade qui opportuno il detto di sant'Agostino: ‘Abbandonata la giustizia, a che si riducono i regni, se non a grandi latrocini?’”<sup>7</sup>.

Ma anche una seconda premessa s'impone: quella che vuole avvertire della fallacia metodica che sarebbe alla base di un confronto tra Carte che pretenda di andare oltre il piano descrittivo. Il catalogo dei diritti recato dall'Enciclica ammette, del resto, esplicitamente per se stesso un puro valore ricognitivo, dato che “In una convivenza ordinata e feconda va posto come fondamento il principio che ogni essere umano è persona cioè una natura dotata di intelligenza e di volontà libera; e quindi è soggetto di diritti e di doveri che scaturiscono immediatamente e simultaneamente dalla sua stessa natura: diritti e doveri che sono perciò universali, inviolabili, inalienabili”<sup>8</sup>.

Sarebbe, pertanto, il diritto naturale a pre-disporre a favore dei singoli i diritti menzionati nell'Enciclica: ma – si badi – sarebbe fuorviante ascrivere tale diritto ad una dimensione immanente nell'uomo e non, invece, trascendente in ragione della sua origine divina. Una “naturalità”, quindi, affatto diversa da quella che sembra caratterizzare il catalogo della Dichiarazione ONU del 1948 quale frutto del consenso generale su ciò che è razionale e “giusto”, e che, pur tuttavia, come dimostra l'incerta forza giuridica della stessa Dichiarazione, risulta inidonea, di per sé, a fondare niente più che un *soft law*. Ancora diversamente, può intendersi la “naturalità” a cui allude in taluni passi la Dichiarazione francese del 1789, apprendovi essa “solo” come il presupposto assiologico della volontà espressa positivamente e (questa volta, sì) imperativamente dai nomoteti rivoluzionari.

### 4. *(Segue) (la struttura). Quale libertà religiosa*

Venendo, finalmente, ad esaminare qualche contenuto specifico del catalogo pontificio dei diritti<sup>9</sup>, sembra opportuno considerarne preliminarmente la struttura.

<sup>5</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 75.

<sup>6</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 47.

<sup>7</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 51.

<sup>8</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 5.

<sup>9</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, nn. 6-13.

Si tratta di una scansione che probabilmente non autorizza la deduzione di una sorta di “graduatoria” valoriale, non foss’altro perché parrebbe singolare che “Il diritto di onorare Dio secondo il dettame della retta coscienza” fosse posto in coda ad altri diritti. È possibile, per , intuirne una certa logica compositiva che mette ai primi posti la persona e, attraverso cerchi concentrici sempre più larghi, arriva infine ad occuparsi del *citoyen situé*.

L’essere umano è, quindi, riguardato dapprima, nella sua stessa *esistenza* con le condizioni che rendono la vita un percorso accettabile e dignitoso<sup>10</sup>. Segue il fascio dei diritti attinenti alla *personalità*, il cui sviluppo, anche nelle relazioni con i simili, deve essere assicurato in modo moralmente e culturalmente appagante<sup>11</sup>. Viene, poi, in rilievo, ma di non minore importanza, la *spiritualità* dell’uomo<sup>12</sup>. È il turno, infine, dei cerchi della *socialità*: famiglia<sup>13</sup>, mondo economico<sup>14</sup>, libertà collettive<sup>15</sup>, comunità politica e mondiale<sup>16</sup>.

Si è consci di quanto questo tentativo ricostruttivo dogmatico si mostri imperfetto e tendenziale: ma il suo scopo precipuo (che si spera in qualche modo attinto) è quello di persuadere già subito della qualità e dell’ampiezza dell’ottica con la quale sono traguardati i diritti umani, osservando, inoltre, come l’anelito alla libertà si affacci in altre parti dell’Enciclica<sup>17</sup>.

Date le peculiari caratteristiche della fonte e richiamata la destinazione universale del suo messaggio, non sembri arbitraria una considerazione a parte (e preliminare) del trattamento riservato alla libertà religiosa ampiamente proclamata, anch’essa, nelle sue varie declinazioni, dalla Dichiarazione universale del 1948 e sottintesa, sia pure in una versione più intimista, dall’art. 10 della Dichiarazione del 1789.

Un riferimento esplicito a tale libertà religiosa manca, per vero, nel documento pontificio. Come già accennato, tuttavia, vi si proclama *il diritto di onorare Dio secondo il dettame della retta coscienza; e quindi il diritto al culto di Dio privato e pubblico*. Se la formulazione appare, per un verso anelastica, lasciando chiaramente intendere il rigetto di un correlato diritto all’agnosticismo e all’ateismo in quanto fuori dal campo di azione di una retta coscienza, essa si rivelerà, invece, presto abbastanza elastica per consentire ed imporre quantomeno il rispetto degli altri culti religiosi, dando i suoi frutti più cospicui nei lavori e negli esiti del Concilio Vaticano II, ed orientando ancora attualmente la delicata questione. Restando, per , chiarito come si vada, qui, oltre il concetto di una neutrale “laicità positiva”, poiché è fermo l’invito ai poteri pubblici di adoperarsi attivamente per garantire condizioni idonee per la vita religiosa<sup>18</sup> ed è, soprattutto, vibrante l’auspicio che, nell’intento di ricomposizione unitaria negli stessi credenti tra fede e contenuti temporali, procedano di pari passo l’istruzione scientifica e l’istruzione religiosa<sup>19</sup>.

##### 5. I diritti umani: dalla Dichiarazione rivoluzionaria del 1789...

Esaminato a parte il profilo che, del tutto prevedibilmente, registra il maggior scarto tra Enciclica e altri modelli di raffronto, possiamo ora considerare quale sia l’atteggiamento ecclesiale sul piano degli altri diritti, e in ispecie quelli di c.d. prima generazione il cui DNA liberale non sembrerebbe a prima vista conciliarsi perfettamente con prospettive portatrici di visioni non negoziabili della vita e del mondo, come, del resto, la stessa storia della Chiesa del XIX secolo ha spesso ha dimostrato.

<sup>10</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 6.

<sup>11</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 7.

<sup>12</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 8.

<sup>13</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 9.

<sup>14</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 10.

<sup>15</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 11.

<sup>16</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 12-13.

<sup>17</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, nn. 14, 18, 20, 21, 25, 31, 40, 47, 57, 64, 66, 75, 78, 87, 89.

<sup>18</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 39.

<sup>19</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, nn. 79-80.

Si tratta di un tema enorme che qui non si può che sfiorare: ed allora, senza dover chiamare in causa il magistero di Leone XIII che, in un certo senso, chiude quel periodo ed il pensiero di Jacques Maritain sulla possibilità stessa di “una società liberale e democratica, cristianamente ispirata”, non sembra dubbio che sia nella *Pacem in terris* che si codificano chiaramente i diritti umani come espressione essenziale di quelle stesse libertà e dignità della persona che identificano il buon cristiano (irrisolto restando, per , il problema se tale solenne sussunzione valga ad attribuire a tutti i diritti una matrice od una compatibilità trascendenti).

Comunque sia, il documento pontificio cita esplicitamente, tra i diritti di estrazione liberale, la libertà di manifestazione del pensiero, il diritto di libera iniziativa in campo economico, il diritto di proprietà privata, il diritto di riunione e di associazione, la libertà di movimento e di dimora, il diritto di prender parte attiva alla vita pubblica, assortendo tali diritti di taluni limiti o configurazioni. Così è, ad es., per i diritti che più direttamente mettono in relazione l’Enciclica con la Dichiarazione del 1789: la manifestazione del pensiero e il diritto di proprietà; laddove la prima incontra limiti logici come l’ordine morale e il buon costume (analogamente è detto dell’arte per cui valgono i limiti della morale e del bene comune<sup>20</sup>), assolutamente presupposti<sup>21</sup> e non rilasciati alla discrezionalità del legislatore<sup>22</sup>; ed il secondo, per quanto scaturente “dalla natura dell’uomo”, deve pur sempre assicurare una funzione sociale<sup>23</sup>, con ciò marcando un tratto evolutivo rispetto alla semplice previsione di un’espropriabilità condizionata dall’indennizzo<sup>24</sup>.

Certo, anche altri punti delle due Carte concorrono a costituire un comune denominatore. Si pensi al concetto di sicurezza giuridica<sup>25</sup>, al comune accento posto sia sulla separazione dei poteri<sup>26</sup>, sia sulla qualità democratico-rappresentativa dell’ordinamento<sup>27</sup> e financo al diritto di resistenza all’oppressione, che nella Dichiarazione<sup>28</sup> si manifesta conculcando i diritti naturali e imprescrittibili dell’uomo (precisamente quelli ivi declamati), e, nel documento papale<sup>29</sup>, imponendo leggi o autorizzazioni in contrasto con l’ordine morale che deriva da Dio (tali atti non avrebbero la forza di obbligare la coscienza). Quasi spontaneo rilevare, *per incidens*, che non siamo – è vero – ancora nella dottrina del tirannicidio, ma nulla è detto circa gli strumenti leciti del diritto-dovere di resistenza (due anni dopo l’Enciclica in parola, nella Costituzione pastorale del Consiglio Vaticano II, *Gaudium et Spes*, si scriverà un po’ anodinamente “Dove i cittadini sono oppressi da un’autorità pubblica che va al di là delle sue competenze, essi non ruscino di fare quelle cose che sono oggettivamente richieste dal bene comune e sia perciò lecito difendere i propri diritti contro gli abusi dell’autorità”<sup>30</sup>).

Una comunanza di principi, per concludere sul punto, benché multiforme, di tutto rispetto, ma, a ben vedere, omologabile senza eccessivo costrutto perché è proprio sulla nozione di libertà che i due testi profondamente divergono (meno rilevante sembra la differenza di contenuti ascrivibile alle epoche diverse di concepimento dei testi).

Nella Dichiarazione francese, rileva, infatti, il noto paradigma che identifica per la libertà uno spazio innominato di cui sono noti solo i limiti rappresentati dalla possibilità per gli altri di esercitare i medesimi diritti dell’agente (quelli, peraltro, posti dal legislatore); nell’Enciclica la libertà – lo si è notato già in premessa – è risolta assiologicamente definendo degno di questo nome l’operare nel modo che si addice alla dignità di esseri portati dalla loro stessa natura razionale ad assumere la responsabilità di questo stesso operare. Ciò che rinvia all’evidenza ad un agire moralmente connotato e coerente con i valori sottesi (limiti, quindi, posti *ab extra*) alla stessa derivazione divina dell’agente.

<sup>20</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 7.

<sup>21</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 7.

<sup>22</sup> Art. 11, Dich. 1789.

<sup>23</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 10.

<sup>24</sup> Art. 17, Dich. 1789.

<sup>25</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 13 e *passim*, Dich. 1789

<sup>26</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 12 e art. 16, Dich. 1789

<sup>27</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 31 e art. 13, Dich. 1789.

<sup>28</sup> Art. 2, Dich. 1789.

<sup>29</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 30.

<sup>30</sup> PAOLO VI, *Gaudium et spes*, n. 74.

Se, quindi, il versante della *Liberté* può fornire questo tipo di riflessioni e quello della *Fraternité* potrebbe in principio costituire un ulteriore substrato comune (salvo precisare che, nell'un caso: la Dichiarazione, la fratellanza è nella sostanza un programma politico e sociale, e, nell'altro: l'Enciclica, la conseguenza della comune filiazione dallo stesso Padre celeste), resta il nodo cruciale dell'*Égalité*.

Qui qualche dissonanza appare innegabile, se è vero che, per l'art. 1, Dich., le distinzioni sociali non potrebbero fondarsi se non sull'utilità comune (sia pure in certo modo contraddetto dall'art. 17 che provvede a normalizzare la fondamentale e decisiva distinzione tra proprietari e non), mentre, nel documento di cui qui si ragiona, si tralascia di adottare principi generali e radicali al proposito, badando piuttosto alle particolari situazioni nelle quali la condizione di eguaglianza è richiesta (*id est*: postulata ontologicamente) dal corrispondente diritto (espressamente, almeno dignità, etnia, sesso, ma implicitamente anche ovunque si perori la parità di diritti e di doveri). Sicché restano impregiudicate le disuguaglianze ritenute non lesive della dignità umana in quanto assunte come conformi ad un superiore disegno, che – non sarebbe nemmeno il caso di ricordarlo – fa della povertà materiale una virtù e del talento personale e della ricchezza facoltà di cui dover rendere conto.

#### 6. (Segue) ...alla Dichiarazione universale del 1948

Più fruttuoso, allora, oltre che meglio aggiornato e meno intralciato da presupposti ideali e ideologici, si rivela il parallelo con la Dichiarazione ONU del 1948, con la quale – anche questo è stato ricordato – la *Pacem in terris* esplicitamente si confronta, talvolta anche con un vero e proprio rispecchiamento letterale.

Esemplarmente, è il caso del punto 6 dell'Enciclica rispetto alle formule impiegate nell'art. 25 della Dichiarazione precisata (per quanto riguarda un tenore di vita dignitoso), del punto 7, Enc., rispetto all'art. 26, Dich. 1948 (con riferimento al diritto all'istruzione), del punto 9, Enc. rispetto all'art. 16, Dich. 1948, del punto 10 rispetto all'art. 23, Dich. 1948 (lavoro e retribuzione), ma anche di altri passi dei due documenti che qui si omettono per brevità.

Mette conto, ci sembra, segnalare, invece, determinati punti dell'Enciclica che spiccano per particolare rispondenza alle sensibilità attuali anche rispetto ad altre Carte pur famose.

Si tratta, in primo luogo, del plesso delle facoltà informative considerate ben oltre la pura libertà di pensiero e di diffusione dello stesso. Si afferma, infatti, da un lato, il diritto all'informazione obiettiva<sup>31</sup>, e, dall'altro, la libertà nella ricerca del vero. Ora, non sfugge come le varie declinazioni della libertà d'informazione siano già state prese nel dovuto conto dalla stessa Dichiarazione ONU<sup>32</sup>, ma non risulta che ne sia predicata la funzionalizzazione richiesta dall'Enciclica, ben sapendo quanto sia labile il discrimine tra notizia ed opinione e come si rimetta, in ultima analisi, al ricettore la ricerca del vero in un mercato delle idee che deve essere garantito nel suo massimo pluralismo. Ebbene, il documento pontificio esorta a che l'informazione non abdichi in nessun modo al suo compito in un quadro di sostanziale relativismo.

Il secondo rilievo che sembra assolutamente non trascurabile riguarda il livello mondiale a cui spesso ci si richiama nella fruizione e nella garanzia dei vari diritti. E vale qui soprattutto quanto proclamato al n. 12, ossia che “Per il fatto che si è cittadini di una determinata comunità politica, nulla perde di contenuto la propria appartenenza, in qualità di membri, alla stessa famiglia umana; e quindi l'appartenenza, in qualità di cittadini, alla comunità mondiale” e, ancora, che incombe alle comunità politiche economicamente sviluppate di contribuire “alla formazione di una comunità mondiale nella quale tutti i membri siano soggetti consapevoli dei propri doveri e dei propri diritti, operanti in rapporto di uguaglianza all'attuazione del bene comune e universale”<sup>33</sup>, mentre “i poteri

<sup>31</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 31 e art. 19, Dich. 1948.

<sup>32</sup> Art. 19, Dich. 1789.

<sup>33</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 66.

pubblici della comunità mondiale stessa devono proporsi come obiettivo fondamentale il riconoscimento, il rispetto, la tutela e la promozione dei diritti della persona: con un'azione diretta, quando il caso lo comporti; o creando un ambiente a raggio mondiale in cui sia reso più facile ai poteri pubblici delle singole comunità politiche svolgere le proprie specifiche funzioni”<sup>34</sup>. Valorizzandosi, dunque, anche nella prospettiva dei diritti, la missione della *Καθολικη Εκκλησια* nel flusso (per dirla con Edgar Morin e Teilhard de Chardin) dell'inarrestabile “planetizzazione” in atto.

### 7. Osservazioni conclusive

Sempre che sia possibile dare una chiusa al discorso precedente, dettato, più che dal necessario approfondimento, dall'ammirazione che, ancora, dopo tanto tempo, il documento pontificio suscita, si vorrebbe operare un ulteriore collegamento che la ricorrenza di un altro coincidente anniversario suggerisce.

Si tratta del c.d. Codice di Camaldoli, risalente al luglio 1943 (anche se pubblicato nel 1945) ed elaborato da pensatori d'ispirazione cattolica mentre l'Italia consumava gli ultimi periodi di una tragica guerra e di una fatale dittatura. Spinge ad instaurare qualche parallelo tra i due documenti (*si parva licet*) la comune derivazione ideale, l'evidente attenzione alle medesime fonti quali i testi del Nuovo Testamento, le speculazioni teologiche dell'Aquinate e le testimonianze papali della prima metà del XX secolo, nonché talune similitudini sistematiche e contenutistiche (d'altro canto, ad ispirare l'iniziativa era stato nientemeno che il futuro papa Paolo VI, allora Monsignor Giovanni Battista Montini della Segreteria di Stato vaticana, mentre, addirittura, ai lavori di redazione del Codice camaldolese prese parte don Pietro Pavan, il futuro principale redattore della *Pacem in terris*).

Se è vero, come è stato detto, che “La visione di Camaldoli aiut a preparare quell'inchiostro con cui venne scritta la Costituzione”, non sembra azzardato ritenere, che, al netto dell'orientamento politico nazionale dei redattori (ma la Democrazia Cristiana era ancora in fase nascente), il Codice di Camaldoli sia stato anche tra le letture “laiche” che i compilatori dell'Enciclica e lo stesso Giovanni XIII ebbero particolarmente presenti.

Per questa ragione, può forse comprendersi perché se ne sia fatto cenno anche nella presente ricorrenza.

---

<sup>34</sup> GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 73.

Carla Di Martino

## Il diritto costituzionale alla «non radicale inintelligibilità» delle disposizioni\*

**ABSTRACT:** *The article focuses on the value of legal certainty in the Italian legal system, in the light of some recent rulings of the Italian Constitutional Court. These decisions seem to have affirmed a constitutional right to the 'non-radical unintelligibility' of regulatory provisions. In this sense, the Italian Constitutional Court seems to have intended to determine the threshold of regulatory uncertainty that can be tolerated in our legal system, while also confirming that the constitutional process can be the place in which to judge the quality of laws, in light of the principle of reasonableness.*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. L'impervio «cammino interpretativo» della Corte costituzionale in tema di qualità della legislazione. – 3. Il rilievo della inintelligibilità del dettato normativo nella giurisprudenza costituzionale più recente. – 4. I nuovi spunti offerti dal Giudice costituzionale. – 5. Il *drafting* normativo nell'ambito del ricorso in via diretta alla Corte costituzionale. – 6. Il riconoscimento del diritto alla «non radicale inintelligibilità» delle disposizioni. – 7. Le pronunce della Corte nel solco della giurisprudenza europea in tema di certezza del diritto.

## 1. Introduzione

È ricorrente l'aspirazione al riassetto del quadro normativo sulla base dei criteri di semplificazione e chiarezza. Un aspetto della questione riguarda, in particolare, la capacità del legislatore di assicurare non solo la buona scrittura, secondo le regole linguistiche, degli enunciati normativi, ma anche l'utilità e l'efficacia degli stessi enunciati<sup>1</sup>.

Le ragioni dell'attenzione rispetto al tema sono molteplici. Da un lato, si riconosce che una normativa oscura, difficilmente conoscibile e sovrabbondante metta in crisi la relazione tra le istituzioni e i cittadini che è alla base del principio democratico<sup>2</sup>. Al contempo, si ritiene che essa alteri i rapporti tra i poteri delineati dalla Costituzione, influenzando negativamente il funzionamento delle economie di mercato, traducendoci così in un danno anche competitivo per la collettività e per le imprese<sup>3</sup>.



<sup>1</sup> Sul tema della fattibilità delle leggi e sulla crisi della legge. cfr. *ex multis*: M. AINIS, *Una finestra sulla qualità della legge*, in *Rass. parl.*, 1996, 189 ss.; M. AINIS, *Attuazione di norme a mezzo di norme*, in *Giur. cost.*, 1996, 2015 ss.; A. FALZEA, *Drafting legislativo e formazione delle regole giuridiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 579 ss.; F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, 411 ss.; A. PIZZORUSSO, *Fonti, procedure ed attuazione delle leggi in Italia*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 6, Torino, 1996, 115 ss.; G. U. RESCIGNO, *Tecniche legislative oggi in Italia*, in *Legimatica: informatica per legiferare*, C. Biagioli, P. Mercatali, G. Sartor (a cura di), Napoli, 1995, 17 ss.; F. CARNELUTTI, *Certezza, Autonomia, Libertà, Diritto*, in *Dir. econ.* 1959, 9, 1193; L. CARLASSARE, *Voce «fonti del diritto» (dir. cost.)* in *Enc. Dir.*, Annali II-2, 2008, 536 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, cap. I; F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?* al [sito](#) dell'AIC, Archivio, 1 ss.

<sup>2</sup> Si è detto, riassuntivamente, che «la buona scrittura delle leggi non è un lusso, è una questione democratica». In questo senso, S. MURGIA, *Il ruolo delle Commissioni parlamentari nella buona scrittura delle leggi*, in R. Zaccaria (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, Camera dei deputati, Roma, 2012, 112. L'Autore osserva che «viene in rilievo una significativa connessione tra buona scrittura delle leggi e principio di legalità, inteso non come astratta garanzia del cittadino attraverso la legge, ma come effettiva sussistenza dei presupposti (anche linguistici) che consentano al destinatario della legge di conoscere e prevedere le conseguenze dei propri comportamenti. In definitiva, avere cura della buona scrittura delle leggi significa – prima ancora che adottare regole sintattiche e procedure di selezione semantico-lessicale – seguire un percorso di civiltà».

<sup>3</sup> Si richiama, in proposito, U. ZAMPETTI, *Introduzione*, in R. Zaccaria (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, cit., 3-4. L'Autore rileva, in particolare, che «il tema della buona scrittura delle leggi rappresenta un aspetto della più generale questione della qualità della legislazione che, a partire dagli anni '80, si è imposta all'attenzione del legislatore. Si è rilevato in particolare come l'ipertrofia normativa, con il proliferare di regole e prescrizioni a carico di cittadini, famiglie e imprese ed il diffuso stato di incertezza normativa, dovuto a carenze nella qualità della legislazione in termini sia formali sia sostanziali, abbiano prodotto e producano un costo, oltre che per l'economia, per la stessa



È proprio nella consapevolezza del forte impatto della normazione sulla vita dei cittadini e sull'attività economica, peraltro, che le istituzioni «euro-unitarie» hanno promosso strategie d'intervento finalizzate a ridurre l'ipertrofia normativa e a garantire la qualità della regolazione, formulando precisi inviti agli Stati membri dell'Unione a mantenere altrettanto «alta» l'attenzione sul tema.

In questo senso, anche per rispondere alle pressioni sovranazionali, oltretutto per allontanare quella visione dello Stato quale «creatura ambigua, irragionevole e lontana»<sup>4</sup>, sono state avviate nel Paese differenti politiche volte a garantire la «buona scrittura» delle leggi<sup>5</sup>.

È opinione comune che tali azioni, pur talvolta rappresentando un passo avanti sulla via della razionalizzazione dell'ordinamento, siano state più spesso scarsamente efficaci. Proprio per tale ragione si è detto che il fenomeno dell'«inquinamento legislativo» (c.d. *regulatory pollution*)<sup>6</sup> ha ormai raggiunto cifre «preoccupanti»<sup>7</sup>.

Le politiche in questione non sono, dunque, riuscite ad intervenire sulle cause patologiche della «complessificazione» del sistema delle norme<sup>8</sup>. Ci si riferisce a quelle cause non connesse alla fisiologica moltiplicazione dei centri di produzione normativa<sup>9</sup> o a considerazioni che ruotano intorno il progresso, tecnologico, economico e collettivo, il quale assoggetta le norme giuridiche già in vigore a fenomeni di obsolescenza naturalmente sempre più rapidi<sup>10</sup>.

Il richiamo è, infatti, alle *worst practice* di produzione normativa<sup>11</sup>, che generano un patologico affastellamento di atti normativi scarsamente meditati e quindi poco chiari e difficilmente intelleggibili, che si stratificano dando vita ad una vera e propria «giungla legislativa»<sup>12</sup>.

democrazia, in quanto riducono l'effettiva conoscibilità dell'ordinamento giuridico da parte di coloro che vi sono soggetti».

<sup>4</sup> M. S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato*, Roma, 1979, 43.

<sup>5</sup> Come chiarito da G. ALFIERI, «Non c'è grammatica»: la scrittura legislativa e la sua funzione testuale, in R. Zaccaria (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, cit., 106, in riferimento ai criteri per una «buona scrittura legislativa», «non bisogna guardare, come attualmente si fa negli organismi di controllo della semplificazione e della chiarificazione linguistica, solo al lessico, ma al testo nella sua organica complessità di forma e contenuto».

<sup>6</sup> F. BASSANINI, S. PAPARO e G. TIBERI, *Qualità della regolazione: una risorsa per competere. Metodologie, tecniche e strumenti per la semplificazione burocratica e la qualità della regolazione*, in *Astrid-Rassegna*, n. 11, giugno 2005.

<sup>7</sup> S. BARONCELLI, *Sviluppi in tema di qualità della legge e riforma del regolamento della Camera dei deputati*, in *Osservatorio sulle fonti*, 155 ss.

<sup>8</sup> Si richiama la tesi secondo la quale non è possibile parlare di «sistema delle fonti», ma occorre parlare di «un sistema delle norme vigenti, in quanto soggetto a regole di formazione – nella specie rappresentate, con formula volutamente sintetica e comprensiva, dalla consuetudine costituzionale – e regole di trasformazione – [...] rappresentate dall'apporto di e dalle relazioni con altri ordinamenti normativi». In questo senso, F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?* in M. Siclari (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste dalla costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Napoli, 2012, 7. Sul tema, A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008, 8 ss.; F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1996, 76 ss.; G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 767 ss.; R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, 66 ss.

<sup>9</sup> A. CARDONE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022, 528.

<sup>10</sup> Parla di «desincronizzazione tra le istanze espresse da una società plurale e le dinamiche del parlamentarismo», un fenomeno in base al quale «mentre le prime viaggiano a un ritmo sempre più veloce, le seconde dimostrano un'intrinseca lentezza a favore del dibattito e della meditazione», E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, Giappichelli, 2017, 5 ss.

<sup>11</sup> Queste sono più recentemente connesse in special modo all'espansione del ruolo normativo del Governo, divenuto, secondo una opinione corrente, il «signore delle fonti». L'espressione è da attribuire a M. CARTABIA, *Il Governo "Signore delle fonti"?* in M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, 2011, XI-XII.

<sup>12</sup> È proprio considerando la complessità di tali fattori, che si è rilevato che «al punto in cui siamo, la semplificazione dell'ordinamento è un compito che presenta gravissime difficoltà; ed è inutile cercare di superarle se non si hanno delle idee chiare. Insomma, bisogna sapersi orientare, anzi che procedere a tentoni». In questo senso, F. CARNELUTTI, *Certezza, Autonomia, Libertà, Diritto*, in *Dir. econ.*, 1959, 9, 1193. Sostengono che ragionare in merito alle fonti del diritto diventi sempre progressivamente più complesso, L. CARLASSARE, *Voce «fonti del diritto»* (*dir.*

In un contesto siffatto, la dottrina ha spesso invocato un intervento della giurisprudenza costituzionale.

La possibilità per la Corte costituzionale di rendersi «custode» della qualità normativa è stata ostacolata, tuttavia, come si dirà, dalla difficoltà di reperire un parametro di legittimità costituzionale in base al quale sindacare le «leggi oscure»<sup>13</sup>, oltretutto dall'adesione ad un modello esclusivamente formale di procedimento legislativo e di legge.

Con due recenti decisioni, però, il Giudice delle leggi ha espresso un nuovo contributo alla qualità dei testi normativi. La Corte ha affermato che una disposizione foriera di intollerabile incertezza nella sua applicazione concreta si pone in contrasto con il principio di ragionevolezza, fondato sull'art. 3 della Costituzione. Tanto è sostenuto non già in riferimento alla materia penale, ove è in gioco la libertà personale dei consociati<sup>14</sup>, quanto alla disciplina dei rapporti tra la pubblica amministrazione e i cittadini e le relazioni reciproche tra questi ultimi.

Alla fattispecie in esame – di radicale oscurità del tessuto normativo – la Corte ha ricondotto, per un verso, il caso in cui «il significato delle espressioni utilizzate in una disposizione, nonostante ogni sforzo interpretativo, compiuto sulla base di tutti i comuni canoni ermeneutici, rimanga del tutto oscuro, con il risultato di rendere impossibile all'interprete identificare anche solo un nucleo centrale di ipotesi riconducibili con ragionevole certezza alla fattispecie normativa astratta»<sup>15</sup>. Per

---

*cost.*) in *Enc. Dir.*, Annali II-2, 2008, 536 e ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, cap. I; F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?* cit.

<sup>13</sup> Sul punto, però, occorre fin da subito evidenziare come il problema della adozione di «leggi chiare, stabili e oneste» è stato messo in luce in Assemblea costituente da Calamandrei, il quale sottolineava come il regime fascista «faceva leggi fittizie, truccate, meramente figurative, colle quali si industriava di far apparir come vero attraverso l'autorità del legislatore ciò che in realtà tutti sapevano che non era vero e non poteva esserlo». P. CALAMANDREI, *Chiarezza nella Costituzione, discorso pronunciato all'Assemblea Costituente nella seduta del 4 marzo 1947*, in N. Bobbio (a cura di), *Scritti e discorsi politici*, vol. II, Firenze, La Nuova Italia, 1966, 30.

<sup>14</sup> In riferimento alla materia penale, come si avrà modo di dire nel corso del contributo, la Corte costituzionale ha elaborato una propria giurisprudenza sul valore che assumono chiarezza ed intellegibilità delle prescrizioni normative in rapporto alle garanzie espresse, in particolare, dall'art. 27 Cost.

<sup>15</sup> D'altra parte, il Governo aveva censurato la disposizione in materia edilizia contenuta nella legge di stabilità della Regione Molise del 2022, la quale sanciva l'ammissibilità di certi interventi edilizi all'interno di «fasce di rispetto contenute nelle aree di piano», senza precisare a quali «nuove opere» e a quali «piani» facesse riferimento – l'art. 7, comma 18, della legge della Regione Molise 24 maggio 2022, n. 8 (Legge di stabilità regionale anno 2022). La stessa disposizione, peraltro, subordinava l'ammissibilità di tali interventi ad una «previa V.A. per il tematismo che ha prodotto la fascia di rispetto», nemmeno chiarendo il significato dell'acronimo utilizzato. Nel ricorso introduttivo del giudizio dinanzi la Corte, il Governo aveva evidenziato l'impossibilità di perimetrare l'esatta portata semantica dell'enunciato normativo in questione, proprio a causa del ricorso a espressioni vaghe e suscettibili di varie interpretazioni, sottolineando come ciò si potesse in aperto contrasto con il canone della ragionevolezza imposto dall'articolo 3 della Costituzione. Oggetto di censura era una previsione normativa che la Corte ha poi definito «esempio paradigmatico di un enunciato affetto da radicale oscurità». La Corte ha messo in luce, in particolare, come, nelle proprie difese, la Regione avesse assegnato all'acronimo già richiamato (l'espressione «V.A.» usata dal legislatore regionale) due significati diversi, di valutazione ambientale e di verifica di ammissibilità. Al contempo, ha rilevato come la disposizione censurata non risultasse collegata ad alcun corpo normativo preesistente, rimanendo «sospesa nel vuoto», precludendo così anche la possibilità di utilizzare lo strumento dell'interpretazione sistematica. Nella decisione in esame, la Corte ha richiamato le proprie precedenti sentenze in materia di sufficiente precisione delle norme penali e delle leggi che impongono limiti ai diritti fondamentali della persona, evidenziando come anche in riferimento alle disposizioni che regolano ambiti diversi da quelli appena menzionati si ponga una analoga esigenza di rispetto di *standard* minimi di intelligibilità del significato delle proposizioni normative e conseguentemente di ragionevole prevedibilità della loro applicazione. In particolare, la Corte ha sottolineato come tale esigenza emerga nella regolazione dei rapporti tra la pubblica amministrazione e i cittadini e delle relazioni tra questi ultimi. Difatti, «ciascun consociato ha un'ovvia aspettativa a che la legge definisca ex ante, e in maniera ragionevolmente affidabile, i limiti entro i quali i suoi diritti e interessi legittimi potranno trovare tutela sì da poter compiere su quelle basi le proprie libere scelte d'azione». Considerando appunto, che «una norma radicalmente oscura vincola in maniera soltanto apparente il potere amministrativo e giudiziario», creando inevitabilmente le condizioni per un'applicazione diseguale della legge – in violazione del principio di parità di trattamento tra i consociati, cuore della garanzia consacrata nell'art. 3 Cost. – la Corte ha concluso che «disposizioni irrimediabilmente oscure, e pertanto foriere di intollerabile incertezza nella loro applicazione concreta, si pongono in contrasto con il canone di ragionevolezza della legge», giungendo così alla declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione regionale in parola. Per inciso, a corroborare le conclusioni

altro verso, la Corte ha censurato il «succedersi di plurime, frammentarie e contraddittorie modifiche legislative di testi normativi» che genera un quadro regolatorio in grado di restituire due norme tra loro in contraddizione, minando la certezza del diritto<sup>16</sup>.

In quest'ottica, la Corte è giunta a dichiarare l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni regionali impugnate dallo Stato per vizi connessi all'uso della tecnica legislativa<sup>17</sup>.

Le pronunce caducatorie in parola, dunque, si inseriscono in quel «filone» della giurisprudenza costituzionale in materia di certezza del diritto, chiarezza ed intelligibilità degli atti normativi, vincolatività e parametricità delle regole sul «buon confezionamento» della legge, ampiamente

---

appena richiamate, la Corte ha operato un richiamo a ordinamenti affini a quello italiano, in particolare all'ordinamento francese e tedesco, ove leggi radicalmente oscure sono da tempo considerate costituzionalmente illegittime, in quanto in contrasto con gli standard minimi di legalità propri di uno Stato di diritto.

<sup>16</sup> [Corte cost., sent. n. 147 del 2023](#). In quella occasione, le censure del Governo vertevano su una serie di disposizioni della legge della Regione siciliana di riforma della disciplina regionale in materia di edilizia ed urbanistica (ed in particolare della legge regionale n. 16 del 2016). Alcune tra queste, peraltro, riproponevano il contenuto di previgenti disposizioni regionali, a loro tempo sottoposte al vaglio della Corte e poi abrogate nelle more del processo costituzionale o dichiarate costituzionalmente illegittime. Tra gli enunciati normativi censurati, oggetto di doglianze era, in particolare, una disposizione regionale meramente abrogativa che aveva l'effetto di includere tra gli interventi di trasformazione urbanistica e edilizia del territorio subordinati a permesso di costruire le opere di recupero volumetrico ai fini abitativi anche non esistenti alla data di entrata in vigore della disposizione abrogata (opere dapprima escluse, secondo il disposto di quest'ultima). La Corte costituzionale ne ha accertato l'illegittimità costituzionale ricordando come, seppure il recupero volumetrico a fini abitativi persegua interessi ambientali certamente apprezzabili – quali la riduzione del consumo di suolo e l'efficientamento energetico –, «normative di tal fatta, tuttavia, debbono essere necessariamente eccezionali e transitorie». E difatti, «una generalizzata possibilità di recupero volumetrico a fini abitativi – tanto più se frutto, come nel caso di specie, di reiterati interventi legislativi che ne proiettano nel tempo l'operatività – aumenta in maniera esponenziale il numero degli interventi assentibili e può anche incentivare interventi difforni dai piani urbanistici, in contraddizione con gli obiettivi di contenimento del consumo di suolo ed efficientamento energetico». Per quanto in questa sede più interessa, però, sul presupposto che la declaratoria di illegittimità costituzionale di una disposizione di mera abrogazione determina la riviviscenza della disciplina abrogata, il Giudice delle leggi ha ritenuto di dovere giudicare anche la compatibilità di quest'ultima con il nuovo assetto normativo determinato dal legislatore regionale. Quest'ultimo, invero, con le novelle legislative richiamate in precedenza, aveva acconsentito al recupero volumetrico a fini abitativi degli immobili esistenti alla data del 30 giugno 2023. Considerando quanto appena evidenziato, la Corte ha rilevato come il tessuto normativo regionale restituisse due norme tra loro in contraddizione, minando la certezza del diritto ed al contempo rendendo oscuro agli operatori giuridici l'ambito di operatività temporale della normativa regionale sul recupero volumetrico a fini abitativi, nonché frustrando la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione meramente abrogativa. La Corte ha dunque dichiarato l'illegittimità costituzionale anche della disposizione regionale oggetto di abrogazione. A tale decisione la Corte è giunta, però, non prima di aver sottolineato, appunto, come «il succedersi di plurime, frammentarie e contraddittorie modifiche legislative di testi normativi – tanto più se già oggetto d'impugnazione da parte del Presidente del Consiglio dei ministri e in attesa dello scrutinio di legittimità costituzionale – renda la legislazione caotica e di difficile intellegibilità per i cittadini e per ogni operatore giuridico (in termini analoghi, già la [sent. n. 76 del 2023](#)), con possibili ricadute sulla ragionevolezza stessa delle disposizioni, se foriere di intollerabile incertezza nella loro applicazione concreta ([sent. n. 110 del 2023](#))». Alle stesse osservazioni, peraltro, la Corte ha soggiunto che il fenomeno di cui trattasi è «ancor più allarmante in materie – quali quella dell'edilizia e dell'urbanistica – che non solo hanno un chiaro rilievo sul piano economico, ma hanno altresì ricadute su altri interessi costituzionali di primario rilievo, quali l'ambiente e il paesaggio».

<sup>17</sup> Si richiamano le definizioni di G.U. RESCIGNO, *Dal Rapporto Giannini alla proposta di manuale unificato per la redazione dei testi normativi adottata dalla Conferenza dei Presidenti dei Consigli regionali*, in *Inf. dir.*, n. 1/1993, 27 ss.. L'Autore descrive la tecnica legislativa come «la disciplina che si occupa della corretta redazione degli atti normativi», tenendo distinta tale espressione dalla sua versione alla forma plurale, cioè dalle «tecniche legislative». L'espressione al plurale, infatti, non si riferirebbe solo al campo di indagine relativo alla corretta redazione degli atti normativi, ma anche all'«analisi delle procedure, a partire dal primo impulso esteriorizzato (quale esso sia) fino all'ultimo evento che precede l'immissione dell'atto nel sistema»; all'analisi «sulla adeguatezza dell'atto a raggiungere gli obiettivi perseguiti e i risultati sperati (evitando al contempo risultati sgraditi), date le condizioni iniziali, sia di fatto che normative, i mezzi personali e materiali previsti, i comportamenti prescritti e gli obiettivi perseguiti»; nonché alla «verifica della efficacia dell'atto, e cioè dello stato di cose che si è creato a seguito di esso, sia nel caso in cui esso sia stato fedelmente eseguito, sia nel caso opposto, con la connessa analisi delle ragioni che hanno permesso un esito felice o viceversa determinato un esito totalmente o parzialmente infelice».

commentato dalla dottrina<sup>18</sup>. Ed esse segnano un passaggio importante nel «cammino» interpretativo svolto dalla Corte in questi anni.

Sembrano confermare, invero, non solo che il processo costituzionale possa fungere da luogo privilegiato per arginare i fenomeni degenerativi della legislazione<sup>19</sup> e che il giudizio in via principale rappresenti forse la sede più opportuna per promuovere un sindacato della Corte sulle «leggi oscure»<sup>20</sup>, ma soprattutto che il «buon confezionamento» delle leggi deve essere scrutinato per il tramite del giudizio di ragionevolezza.

La Corte sembra, infatti, avvalorare le conclusioni cui, tempo addietro, è giunta la dottrina, affermando che «la norma irrimediabilmente incomprensibile sarà sempre irrimediabilmente irragionevole»<sup>21</sup>.

Al contempo, nella prospettiva di individuare fino a quale soglia l'«incertezza delle leggi» può «salire per non compromettere l'intero sistema»<sup>22</sup>, la stessa sembra riconoscere l'esistenza di un diritto costituzionale alla «non radicale inintelligibilità» delle disposizioni, che si pone quale limite alla discrezionalità connaturata alla funzione legislativa, in funzione della garanzia della eguaglianza e della parità di trattamento dei consociati, nella prospettiva di porre questi ultimi al riparo da arbitrii e discriminazioni<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Parla di «pioggia di scritti», A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Plus, Pisa, 2006, 136. Sul tema, *ex multis* A. CERRI, *Tecnica legislativa e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, vol. III, Esi, Napoli, 1987, 249 ss.; G.M. SALERNO, *La tecnica legislativa e la chiarezza normativa nella giurisprudenza costituzionale più recente*, in *Rass. parl.*, 1997, 1034 ss.; V. CAIANIELLO, *Il drafting delle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1999, 15 ss.; G.U. RESCIGNO, *Qualità della legislazione e principio di legalità*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, 152 ss.; M. RUOTOLO, *La progettazione legislativa. Un'esigenza di rilievo costituzionale?* in *Giur. it.*, 2000, 2440 ss.; G. MAZZANTINI, *Il ruolo della Corte costituzionale nell'incentivare la diffusione dei principi di better regulation nella regolazione concorrenziale dei mercati: la sentenza n. 56 del 2020*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2017; E. LONGO, *Il contributo della Corte costituzionale alla qualità della normazione*, in *Osservatorio sulle fonti 2007*, Giappichelli, Torino, 2009, 51-75; D. PARIS, *Il controllo del giudice costituzionale sulla qualità della legislazione nel giudizio in via principale*, in *le Regioni*, 2013, 828-840; A. D'ALOIA, P. MAZZINA, *Qualità della legge e giustizia costituzionale: appunti intorno ad una questione aperta*, in V. Coccozza, S. Staiano (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, *Quaderni del "Gruppo di Pisa"*, *Atti del Convegno di Napoli svoltosi nei giorni 12 e 13 maggio 2000*, Giappichelli, Torino, vol. II, 842 ss.

<sup>19</sup> È chiaro il richiamo a E. LONGO, *Il contributo della Corte costituzionale alla qualità della normazione*, cit., 54. L'Autore, per vero, pur riconoscendo che il processo costituzionale rappresenta «uno dei luoghi privilegiati per esaminare sia le carenze che riguardano il linguaggio dell'enunciato normativo sia i riflessi di queste sui principi e i diritti affermati nella Costituzione», afferma che «proprio con riguardo ai difetti indicati, la Corte costituzionale ha spesso le armi spuntate», sollevando il giudizio sulla qualità delle leggi delicate questioni di rispetto dell'autonomia di scelta del legislatore. Per una ricostruzione degli ostacoli e dei paradossi che rendono difficoltoso per la Corte valutare le «leggi oscure», cfr. M. AINIS, *La legge oscura*, Laterza, Bari, 2002, 109 ss. Nello stesso senso, cfr. P. DAMIANI, *La certezza del diritto come parametro nei giudizi di costituzionalità. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, in *Giur. cost.*, 1999, 2347 ss.; P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare*, Esi, Napoli, 2007, 7 ss.; F. SORRENTINO, *Incertezza del diritto o mera oscurità della legge?* in *Giur. cost.*, 1986, 565; S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Tecniche di normazione e tutela dei diritti fondamentali: il punto di vista della giurisprudenza costituzionale*, in A. Ruggeri, L. D'Andrea, A. Saitta, G. Sorrenti (a cura di), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali. Atti dell'incontro di studio svoltosi a Messina, il 14 dicembre 2006*, Torino, Giappichelli, 2007, 211 ss.; R. ROMBOLI, *Tecnica legislativa e qualità della legislazione: l'inedoneità del giudizio costituzionale a verificarne i vizi*, in *Foro it.*, 2008, I, 1423 ss.

<sup>20</sup> D. PARIS, *Il controllo del giudice costituzionale sulla qualità della legislazione nel giudizio in via principale*, cit., 7 ss.

<sup>21</sup> F. DAL CANTO, *Formazione e valutazione della legge. La qualità della normazione nelle fasi di formazione e valutazione, relazione al seminario del Gruppo di Pisa su La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, Novara, 15-16 novembre 2013, al [sito](#) del Gruppo di Pisa.

<sup>22</sup> È chiaro il richiamo a G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, 75-76.

<sup>23</sup> Per una ricostruzione della nozione di uguaglianza in Costituzione, si richiama Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Il Mulino, Bologna, 2013.

Proprio quest'ultima considerazione conduce a domandarsi se il nuovo contributo offerto dalla Corte costituzionale alla qualità della legislazione, oltre a segnare «un (notevole) avanzamento nella giustiziabilità del *drafting* legislativo»<sup>24</sup>, non si ponga anche nel solco della giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia dell'Unione europea in tema di certezza del diritto.

Come si è detto, infatti, l'Unione europea presta da tempo grande attenzione alla qualità della legislazione, anche sul presupposto che le imprese e in genere gli operatori economici abbisognano di basi giuridiche affidabili per potere investire, sicché la qualità della legislazione influenza la competitività e l'attrattività dei mercati, nella consapevolezza che il «buon funzionamento» dei sistemi economici degli Stati membri è condizione primaria nel contesto della realizzazione e della garanzia del mercato interno dell'Unione.

Per quanto più in questa sede interessa, in questa stessa ottica, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha «declinato il principio della certezza del diritto, traducendolo in concreto in specifici e cogenti vincoli»<sup>25</sup> validi tanto per le istituzioni «euro-unitarie», quanto per i legislatori e i giudici nazionali, chiamati a dare attuazione al diritto dell'Unione. La stessa ha, quindi, indicato una «strada»<sup>26</sup> per assicurare, in maniera ragionevole, la «conoscibilità *ex ante* delle conseguenze che l'ordinamento giuridico determinerà per i comportamenti»<sup>27</sup> dei consociati. E sembra che la Corte costituzionale italiana si sia orientata lungo la stessa direzione.

Peraltro, l'esigenza di assicurare un quadro regolatorio chiaro, preciso e non equivoco si sarebbe rinsaldata nell'attuale contesto storico, descritto dalla Commissione europea come *collision of crises*<sup>28</sup>.

Le complesse ragioni che hanno determinato nel panorama europeo una situazione avvertita come di estrema emergenza sono ardue da analizzare. Può dirsi che la situazione venutasi a determinare in ragione del conflitto russo-ucraino e dei riflessi che lo stesso ha avuto sulla ripresa europea post-pandemia, considerando per prima la crisi energetica, ha determinato quello che è stato definito un *unique set of circumstances*<sup>29</sup>, che avrebbe a sua volta conseguentemente rinvigorito l'importanza di «legiferare meglio» e di individuare efficaci «cure» contro la «cattiva legislazione»<sup>30</sup>.

Il presente scritto vuole essere, allora, anche l'occasione di riflettere intorno al rilievo degli spunti offerti dalla Corte costituzionale alla luce dell'attuale momento storico. D'altro canto, come si dirà nel proseguo, la Corte ha riconosciuto che «ciascun consociato ha un'ovvia aspettativa a che la legge definisca *ex ante*, e in maniera ragionevolmente affidabile, i limiti entro i quali i suoi diritti e interessi legittimi potranno trovare tutela sì da poter compiere su quelle basi le proprie libere scelte d'azione»<sup>31</sup>, ritenendo detta esigenza frustrata ogniqualvolta il tessuto normativo è radicalmente frammentario ed ondivago. Purtuttavia, al contempo, la stessa ha avvertito l'esigenza

<sup>24</sup> P.C.(OSTANZO), [Ancora un \(notevole\) avanzamento nella giustiziabilità del drafting legislativo \(osservazioni minime a prima lettura di Corte cost. n. 110/2023\)](#), in questa [Rivista](#), 2023/II, 461 ss.

<sup>25</sup> A. DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, Bologna, 124 ss..

<sup>26</sup> A. DI PORTO, *Calcolo giuridico*, cit., 135-136.

<sup>27</sup> S. MARGIOTTA, *Certezza del diritto e diritto positivo*, in [Nomos](#), n. 1-2021, 1-2, che richiama G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, Giappichelli, 2005, *passim*.

<sup>28</sup> Si veda in questo senso il *Commission work programme 2023, A Union standing firm and united*, approvato il 18 dicembre 2022 dalla Commissione europea.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> L'espressione è richiamata da G. RIVOCCHI, *Audizione, ai sensi dell'art. 143, comma 2, del regolamento, sulle attuali tendenze della produzione normativa*, al [sito](#) della Camera dei deputati, 1 ss. A livello «euro-unitario», era per vero già stato evidenziato che «la domanda di qualità della regolazione si acuisce in tempo di crisi». Cfr. in questo senso, Commissione UE, *Comunicazione Smart Regulation in European Union*, COM (2010) 543 final. Nel documento si legge che «i problemi economici e finanziari degli ultimi due anni hanno comportato insegnamenti di rilievo in materia di politica normativa, confermando in primo luogo che i mercati non hanno vita a sé stante. Esistono per offrire a tutti una prosperità sostenibile, ma non sempre riusciranno da soli a conseguire questa finalità. La normativa ha un ruolo positivo e necessario da svolgere. La crisi ha messo in luce l'esigenza di porre rimedio, spesso con vera urgenza, a una regolamentazione incompleta e scarsamente efficace nei suoi esiti».

<sup>31</sup> Corte cost., [sent. n. 110 del 2023](#).

di sottolineare come i fenomeni degenerativi della legislazione siano «allarmanti» quando interessano materie che presentano «un chiaro rilievo sul piano economico»<sup>32</sup>.

In questo senso, la Corte sembra essersi mostrata consapevole della circostanza che la qualità delle regole incide sullo sviluppo socioeconomico del Paese, rappresentando un fattore essenziale di crescita, oltretutto uno strumento utile per uscire dalle crisi<sup>33</sup>.

## 2. L'impervio «cammino» interpretativo della Corte costituzionale in tema di qualità della legislazione

In due recenti occasioni, dunque, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di disposizioni regionali foriere di irrimediabile incertezza nella loro applicazione concreta, in quanto irragionevoli ed in contrasto con l'art. 3 della Costituzione<sup>34</sup>. In entrambe le decisioni, dunque, valutazioni in ordine alla qualità della legislazione hanno assunto un peso decisivo nell'impianto argomentativo offerto dalla Corte<sup>35</sup>.

Se quanto detto è vero, le sentenze richiamate segnano un avanzamento della giurisprudenza costituzionale sullo stesso tema, confermando per ciò stesso l'idea che il processo costituzionale possa rappresentare un «luogo privilegiato» per valutare e sollecitare la medesima istanza<sup>36</sup>.

Si tratta di una conclusione che, per lungo tempo, è stata messa in dubbio dalla dottrina per un duplice ordine di ragioni, attinenti, da un lato, a considerazioni che interessano le relazioni dinamiche tra potere legislativo e giustizia costituzionale e, dall'altro, alla difficoltà di reperire un parametro di legittimità costituzionale in base al quale sindacare le «leggi oscure».

Per un verso, infatti, come ampiamente noto, in Costituzione non vi sono disposizioni riferite esplicitamente alla qualità della legislazione che obbligano al «buon confezionamento» della legge. Le regole che espressamente governano la redazione dei testi normativi sono invece contenute in fonti primarie e fonti diverse dalla legge (come regolamenti e d.p.c.m.), inidonee a fungere da parametro costituzionale<sup>37</sup>.

Per altro verso, la progettazione legislativa è un campo «a forte dominanza politica»<sup>38</sup>, interessando il momento di individuazione degli obiettivi da perseguire e dei mezzi attraverso i

<sup>32</sup> Corte cost., [sent. n. 147 del 2023](#).

<sup>33</sup> U. MORERA e N. RANGONE, *Sistema regolatorio e crisi economica*, in *Analisi giuridica dell'economia*, fasc. 2/2013, 384-385. Gli Autori, come si proverà a dire nel corso del contributo, hanno sottolineato come «l'intervento sul sistema regolatorio e sul modo di fare regole è quanto mai utile in tempo di crisi, sia perché diventa più difficile sostenere le costose ricadute dei difetti del sistema regolatorio, sia perché l'intervento su detto sistema costituisce una politica di crescita a «costo zero», o meglio a basso costo (così come quelle di liberalizzazione e di semplificazione)».

<sup>34</sup> Da un lato, come si è detto, la situazione di incertezza normativa si era generata in ragione delle espressioni linguistiche vaghe ed indeterminate utilizzate dal legislatore regionale; dall'altro, invece, in considerazione dell'assetto normativo nel quale la disposizione censurata andava ad inserirsi, che, per il succedersi di plurime, frammentarie e contraddittorie modifiche legislative volute dal legislatore regionale, era in grado di consegnare due norme irrimediabilmente contraddittorie.

<sup>35</sup> Si precisa che l'espressione «qualità della legislazione», in questa sede, è intesa secondo una accezione ampia, di carattere non puramente formale, concernente cioè non solo la buona scrittura, secondo le regole linguistiche, degli enunciati normativi, ma anche l'utilità e l'efficacia degli stessi enunciati. In questo senso, P. COSTANZO, *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione (con riferimenti comparati e all'UE)*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Jovene, Napoli, 2009, 184. Sui diversi significati dell'espressione «qualità della legislazione», P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare*, Esi, Napoli, 2007, 7 ss. Sui c.d. «manuali» di regole e suggerimenti per la redazione dei testi normativi dai quali è possibile desumere una analoga definizione di «qualità della legislazione», cfr. S. BARONCELLI, *Sviluppi in tema di qualità della legge e riforma del regolamento della camera dei deputati*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 155 ss.

<sup>36</sup> E. LONGO, *Il contributo della Corte costituzionale alla qualità della normazione*, cit., 54.

<sup>37</sup> In questo senso, da ultimo, Corte cost., [sent. n. 181 del 2014](#).

<sup>38</sup> Così R. ROMBOLI, *Tecnica legislativa e qualità della legislazione: l'inidoneità del giudizio costituzionale a verificare i vizi*, in *Foro it.*, 2008, 425. Nello stesso senso, E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Il Mulino, Bologna, 1996, 55 ss. L'Autore sottolinea come il controllo costituzionale sulla qualità «attua una garanzia che è politica nella sostanza, ma giurisdizionale nella forma»

quali ottenerli, nel quale è massima la discrezionalità connaturata alla funzione legislativa. Ma la Corte è chiara nel rifiutare ogni possibilità di trasmodare, invadendo l'ambito delle scelte politiche proprio del legislatore, in base al dettato dell'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87, il quale recita che «il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento»<sup>39</sup>. Riassuntivamente si è detto che «l'annullamento dell'atto legislativo solo a causa della sua difettosa formulazione stride con il *favor legis* testimoniato a chiare lettere durante tutto l'arco della giurisprudenza costituzionale» ed è reso «problematico dalla difficoltà di invocare una norma costituzionale violata»<sup>40</sup>. In un contesto siffatto, la dottrina – ritenendo che la discrezionalità connaturata al potere legislativo non dovrebbe estrinsecarsi in testi normativi non intellegibili o, comunque, forieri di intollerabile incertezza<sup>41</sup> – ha provato a reperire nel Testo costituzionale un riferimento ai valori di chiarezza, intellegibilità e comprensibilità dei dettati normativi<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Cfr. I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Corte costituzionale portoghese, Roma, 25-26 ottobre 2013, al [sito](#) della Corte costituzionale, 15-16.

Si deve rilevare l'apporto che i Presidenti della Repubblica hanno dato alla qualità della legislazione in sede di promulgazione delle leggi. Mette in evidenza come a partire dalla presidenza Ciampi il rinvio delle leggi ai sensi dell'art. 74 Cost. sia stato reso funzionale anche ad assicurare *standard* minimi di chiarezza ed intellegibilità del dettato normativo, M. C. GRISOLIA, *Alcune osservazioni sul potere di rinvio di una legge alle Camere nella prassi della presidenza Ciampi*, in AA. VV., *Studi in memoria di L. Paladin*, Jovene, Napoli, 2004, 1103 ss. L'Autrice ricorda in particolare il messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica del 29 marzo 2002, di rinvio della legge di conversione del decreto-legge 25 gennaio 2002, n. 4, recante disposizioni urgenti finalizzate a superare lo stato di crisi per il settore zootecnico, per la pesca e per l'agricoltura. Il messaggio si appuntava sulle disposizioni eterogenee aggiunte dal Parlamento al decreto-legge in sede di conversione. In quella sede, il Presidente della Repubblica ha sottolineato come «questo modo di procedere configura uno stravolgimento dell'istituto del decreto-legge non conforme al principio consacrato nel ricordato articolo 77 della Costituzione e alle norme dettate in proposito dalla legge n. 400 del 1988 che, pur essendo una legge ordinaria, ha valore ordinamentale in quanto è preposta all'ordinato impiego della decretazione d'urgenza e deve quindi essere, del pari, rigorosamente osservata. Un testo aggravato da tante norme disomogenee da vita, come rilevato nel parere del Comitato per la legislazione della Camera dei deputati formulato il 19 marzo 2002, ad un provvedimento «di difficile conoscibilità del complesso della normativa applicabile». Tutto ciò mette in evidenza la necessità che il Governo, non soltanto segua criteri rigorosi nella predisposizione dei decreti-legge, ma vigili, successivamente, nella fase dell'esame parlamentare, allo scopo di evitare che il testo originario venga trasformato fino a diventare non più rispondente ai presupposti costituzionali e ordinamentali sopra richiamati». Anche in tempi recenti non sono mancate «promulgazioni con riserva», «promulgazioni critiche» o «promulgazioni con motivazione contraria», nell'ambito delle quali sono state espresse considerazioni intorno alla qualità della legislazione. Sulle criticità di tali promulgazioni, cfr. *ex multis*, cfr. A. MORRONE, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, in [Rivista AIC](#), 2/2013, 13 ss.; F. DAMATO, *Lo strappo del Colle*, in *La Discussione*, 18 luglio 2009; R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, in A. Ruggeri (a cura di), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Torino, 2011, 39 ss.; A. RUGGERI, *Ancora un caso di promulgazione con motivazione... contraria (a proposito del mancato rinvio della legge sulla sicurezza)*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 24 luglio 2009; M. C. GRISOLIA, *Un nuovo tassello nella ricostruzione giurisprudenziale della figura e del ruolo del Capo dello Stato*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 1/2013, 115 ss.; A. MORELLI, *La promulgazione abrogante della legge sulla legittima difesa e la fiducia del Presidente*, in [laCostituzione.info](#), 28 aprile 2019; G. BOGGERO, *Una promulgazione interpretativa con monito alla magistratura*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 3/2019, 674 ss.; G. MAROLDA, *Se per sicurezza e per semplificare c'è il Quirinale. Alcune considerazioni sulla leale collaborazione tra Presidenza della Repubblica e Governo*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 23 luglio 2019; M. FERRARA, *Promulgazione e emanazione di atti "sotto osservazione" del Presidente Mattarella*, in [laCostituzione.info](#), 7 ottobre 2018.

<sup>40</sup> M. AINIS, *Le parole e il tempo della legge*, Giappichelli, Torino, 1996, 133.

<sup>41</sup> Si è detto in particolare che «l'egemonia del contenuto politico della scelta compiuta dal legislatore incontra una soglia oltre la quale deve arrestarsi», atteso che la discrezionalità legislativa non può estrinsecarsi «nelle pieghe di testi vaghi e generici, di formulazioni equivoche ed ambigue, ma debbono essere chiaramente ed apertamente dichiarati». Così M. PICCHI, *Tecniche normative e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione: dalla Corte costituzionale un nuovo impulso per preservare la certezza del diritto (Osservazioni a margine della sentenza n. 70/2013)*, in [federalismi.it](#), n. 21/2013, 10. L'Autrice ha richiamato L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civile*, 1988, vol. II, 278.

<sup>42</sup> Si è così richiamata la prospettiva per cui «una qualsiasi disposizione di legge acquisisce in via ermeneutica una portata normativa che va al di là del testo. E ciò vale soprattutto per quel peculiare testo normativo che è la Carta

Nel tentativo di dotare di una qualche copertura costituzionale l'esigenza di buona qualità delle leggi, alcune ricostruzioni hanno fatto riferimento agli artt. 71, comma secondo, e 72, comma primo, Cost., nelle parti in cui richiedono la redazione dei progetti di legge in articoli e pongono la regola dell'approvazione articolo per articolo dei disegni di legge presentati alle Camere. È stato sostenuto, così, che la Costituzione vincoli alla composizione ordinata della proposta di legge e all'ordinato formarsi della decisione parlamentare<sup>43</sup>.

Altri modelli hanno richiamato gli artt. 13, 15 (con riguardo alle riserve di legge), 54 (sul dovere di osservare le leggi), e 73 Cost. (sulla pubblicazione delle stesse) per dedurre l'illegittimità costituzionale delle disposizioni antifibologiche. Si è ritenuto, infatti, che le richiamate previsioni costituzionali presuppongano necessariamente la conoscibilità e la comprensibilità delle disposizioni medesime<sup>44</sup>.

Ancora, è stata sostenuta la possibilità di concepire la qualità della legge come «implicazione necessaria di sistema»<sup>45</sup>, individuando in essa un obiettivo costituzionalmente rilevante affinché altri principi e regole siano tenuti presenti nella produzione legislativa. Al contempo, la qualità della legislazione è stata configurata come un corollario della certezza del diritto, intesa quale declinazione delle esigenze di sicurezza e stabilità connaturate all'ordinamento<sup>46</sup>.

Nessuna di tali ricostruzioni, per lungo tempo, ha, tuttavia, ricevuto l'avallo della giurisprudenza costituzionale, ancorata ad un modello esclusivamente formale di procedimento legislativo e di legge<sup>47</sup>.

Il discorso è stato connesso, come si è accennato, alla necessità di «far capo al profilo formale per la delimitazione del concetto di legge»<sup>48</sup>, discendente dal modo in cui la Costituzione disciplina la funzione legislativa, agli articoli 70 e seguenti. La Corte ha, invero, aderito all'impostazione sandulliana secondo la quale «la funzione legislativa nel senso di cui ne parla l'art. 70 Cost. – che la riserva al Parlamento – non si esaurisce nella possibilità di emanare norme giuridiche – vale a dire precetti generali e astratti – ma consiste nella possibilità di porre in essere ogni sorta di provvedimenti»<sup>49</sup>.

costituzionale, che dialoga con le generazioni future e che esprime l'identità di una comunità che si proietta nel tempo». Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione: alcune riflessioni*, in *Astrid*, 29 marzo 2016, 1.

<sup>43</sup> M. AINIS, *La legge oscura*, cit., 123-124.

<sup>44</sup> Degli stessi da conto F. DAL CANTO, *Formazione e valutazione della legge. La qualità della normazione nelle fasi di formazione e valutazione*, cit., 87.

<sup>45</sup> P. COSTANZO, *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione (con riferimenti comparati e all'U.E.)*, alla pagina <http://www.qualitanormazione.regione.campania.it/uploads/download/file/25/fondamento-cost-qual-normazione.pdf>, 7.

<sup>46</sup> V. L. LONGHI, *Riflessioni sulla certezza dei diritti*, in *Note e commenti*, in *Nomos*, 3-2017, 10. Cfr. anche P. MAZZINA, *Qualità della legislazione e competitività: alcune riflessioni intorno ad una recente esperienza campana*, in *Osservatorio costituzionale*, Ottobre 2013, 5-6, il quale afferma che nel valore della certezza del diritto «si rinviene il dovere degli organi legislativi – al quale segnatamente corrisponde il dovere dei privati ad informarsi sulle norme vigenti ed uniformarsi ad esse – di formulare norme che prima ancora di essere precise, devono apparire chiare rispetto alle finalità che intendono perseguire».

<sup>47</sup> Così, A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1997, 325.

<sup>48</sup> Il richiamo è a A. M. SANDULLI, *Legge. Forza di legge. Valore di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 272 ss., secondo cui, come ampiamente noto, l'elemento che definisce la «forza di legge», cioè «la forza innovativa propria e tipica della legge», elemento di differenziazione «dai provvedimenti degli altri pubblici poteri e le imprime il carattere della sua essenza», come la capacità «di innovare nell'ordine legislativo preesistente (compreso nel concetto di innovazione anche quello di completamento)».

<sup>49</sup> *Ibid.* L'A. afferma che «ciò si ricava anche dal fatto che tutti i provvedimenti che formano oggetto di atti deliberativi del Parlamento, anche se non dotati di carattere normativo, vengono adottati nella forma della legge. In tale forma viene autorizzata la ratifica dei trattati internazionali (art. 80) e vengono approvati i bilanci (art. 81) e nella medesima forma, è da ritenere debba essere deliberato lo stato di guerra (art. 78). Né alcuna disposizione della Costituzione contiene una qualche riserva a favore di organi diversi da quelli del potere legislativo per l'emanazione degli atti non aventi carattere generale e astratto, sicché possa pensarsi che fuori dai casi previsti dai riferiti articoli 78, 80 e 81, al Parlamento sia preclusa la potestà di adottare sotto forma legislativa atti del genere».



Solo con specifico riguardo alla materia penale, il Giudice delle leggi ha mostrato di riconoscere la necessaria «riconoscibilità» dei precetti legislativi, ritenendo che le leggi penali debbano essere «non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di rilievo costituzionale e tali da esser percepite anche in funzione di norme extra-penali, di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale sono destinate ad operare»<sup>50</sup>.

Tale indirizzo ha trovato fondamento nell'assunto secondo il quale l'effettiva possibilità di conoscere la legge penale costituisce un «ulteriore requisito subiettivo minimo d'imputazione, che si ricava dall'intero sistema costituzionale ed in particolare dagli artt. 2, 3, primo e secondo comma, 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost.»<sup>51</sup>.

Per vero, lo stesso indirizzo è stato, nel tempo, esteso anche alla disciplina della misure di prevenzione, complice il rilievo secondo il quale pur non avendo natura penale, queste ultime «incidono pesantemente sui diritti di proprietà e di iniziativa economica, tutelati a livello costituzionale (artt. 41 e 42 Cost.) e convenzionale (art. 1 Prot. addiz. CEDU)» ovvero la loro esecuzione comporta una restrizione della libertà personale (art. 13 Cost.)<sup>52</sup>.

La Corte costituzionale ha, infatti, ravvisato lo «statuto costituzionale e convenzionale»<sup>53</sup> delle predette misure, in particolare e per quanto in questa sede interessa, lungo la direttrice dell'esistenza di un'idonea base legale, evidenziando che la legge che le dispone deve contenere «previsioni sufficientemente dettagliate sui tipi di comportamento che devono essere considerati costituire un pericolo per la società»<sup>54</sup>.

D'altra parte, come è stato sottolineato in dottrina, «dove viene in gioco la libertà personale degli individui nessun sistema giuridico abbastanza evoluto può permettersi il lusso d'essere generico, perché ciò equivarrebbe a consegnare un potere formidabile nelle mani del giudice penale»<sup>55</sup>.

### 3. Il rilievo della inintelligibilità del dettato normativo nella giurisprudenza costituzionale più recente

Al di là degli ambiti appena richiamati, invece, la giurisprudenza costituzionale ha elaborato un orientamento giurisprudenziale che la dottrina non ha esitato a definire «altalenante»<sup>56</sup>.

---

<sup>50</sup> Corte cost., [sent. n. 364 del 1988](#). Per vero, già con la [sent. n. 96 del 1981](#) la Corte costituzionale aveva affermato che il legislatore penale «ha l'obbligo di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e della intelligibilità dei termini impiegati» (punto 2 del Considerato in diritto). Sulla base di tale criterio, la pronuncia ha ritenuto costituzionalmente illegittima la disposizione incriminatrice del plagio (art. 603 del codice penale), che vietava di «sottop[orre] una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione»: situazione considerata del tutto oscura nei suoi contorni, e per tale ragione «non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato non essendo né individuabili né accertabili le attività che potrebbero concretamente esplicarsi per ridurre una persona in totale stato di soggezione» (punto 14 del Considerato in diritto).

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> Corte cost., [sentt. n. 24 e 25 del 2019](#).

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> [Sent. n. 23 del 2019](#), con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che stabilivano l'applicazione delle misure di prevenzione alle persone che «debbono ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dedite a traffici delittuosi». Per vero, con la precedente [pronuncia n. 177 del 1980](#), la Corte costituzionale aveva già dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione che, elencando i soggetti passibili delle misure di prevenzione, includeva anche coloro che «per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere», *in parte qua*. In quella occasione, la Corte ha chiarito che «la proclività a delinquere deve, invece, essere intesa come sinonimo di pericolosità sociale, con la conseguenza che l'intera disposizione normativa, consentendo l'adozione di misure restrittive della libertà personale senza l'individuazione né dei presupposti né dei fini specifici che le giustificano, si deve dichiarare costituzionalmente illegittima».

<sup>55</sup> M. AINIS, *La lingua del legislatore*, in S. Traversa (a cura di), *Scienza e tecnica della legislazione*, Jovene, Napoli, 2005.

<sup>56</sup> In questo senso, L. DI MAJO, *Sulla qualità della legislazione: profili critici e nuove prospettive nella stagione delle riforme*, in [federalismi.it](#), n. 12/2016, 11, il quale aggiunge che la Corte «pur mostrandosi particolarmente sensibile al tema della qualità della legislazione», la Corte costituzionale non ha mai chiarito «espressamente quali siano

Per un verso, la Corte non ha mai espressamente dichiarato la propria incompetenza a giudicare della qualità delle leggi. Anzi, riconoscendo il legame tra buon confezionamento di queste ultime e certezza del diritto<sup>57</sup> – intesa almeno quale «preminente interesse pubblico»<sup>58</sup>, se non quale valore di rango costituzionale – la stessa ha lasciato intravedere margini di «giustiziabilità» delle «leggi oscure».

Allo stesso modo, però, la Corte ha disconosciuto la possibilità di procedere «ad aggiustamenti delle norme [...] per mere esigenze di coerenza sistematica e simmetria, in ossequio ad un astratto principio di razionalità del sistema normativo, senza che si possano rilevare lesioni di principi o regole contenuti nella Costituzione o di diritti costituzionalmente tutelati»<sup>59</sup>, mostrando «il carattere quasi sempre aggiuntivo, confermativo o dimostrativo [del] richiamo a certi principi [di tecnica della legislazione]»<sup>60</sup> nelle proprie pronunce.

Tale osservazione ha condotto la dottrina a affermare che «i giudici costituzionali non usano mai la qualità della legislazione come un parametro autonomo per la decisione»<sup>61</sup>.

Proprio in quest'ottica, la Corte è giunta a adottare sentenze di accoglimento ove ha espresso considerazioni in ordine alla qualità della legislazione, ma in riferimento a disposizioni dichiarate costituzionalmente illegittime in quanto poste in violazione dei criteri di riparto delle competenze legislative statali e regionali di cui all'art. 117 Cost.<sup>62</sup> o idonee a determinare una irragionevole disparità di trattamento tra i consociati<sup>63</sup>.

---

gli elementi da tenere in considerazione per valutare l'oscurità o meno di una norma, abbandonandosi a mere enunciazioni di principio, sfuggenti nell'efficacia, ed elaborando orientamenti dai confini abbastanza incerti dai quali nulla più si ricava se non il fatto che la possibilità (peraltro davvero remota) di dichiarare incostituzionali le norme oscure extra penali derivi esclusivamente da una cattiva redazione delle stesse che non le rende idonee ad esplicitare gli effetti di cui (non) sono portatrici».

<sup>57</sup> Si vedano, al riguardo, *ex multis*, le [sentt. n. 384 del 1994](#), [n. 94 del 1995](#), [n. 364 del 1996](#).

<sup>58</sup> Il richiamo è anzitutto a Corte cost., [sent. n. 31 del 1983](#). Con la pronuncia appena richiamata la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge 22 dicembre 1975, n. 685 (Disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope. Prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza) nelle parti concernenti le attribuzioni delle regioni, in cui, relativamente all'ambito territoriale del Trentino-Alto Adige, non statuiva che dette attribuzioni spettassero alle province di Trento e Bolzano. In quella occasione, la Corte costituzionale ha rilevato che «la chiarezza del dettato legislativo contribuisce alla certezza del diritto e riduce le occasioni di controversie, mentre formulazioni disputabili favoriscono la crescita del contenzioso». Nella stessa direzione si pone la [sent. n. 245 del 1984](#), ove è statuito che «là dove sono in gioco funzioni e diritti costituzionalmente previsti e garantiti, è indispensabile [...] assicurare la certezza del diritto ed il buon andamento delle pubbliche amministrazioni, mediante discipline coerenti e destinate a durare nel tempo». Ancora, si richiamano Corte cost., [sentt. n. 292 del 1984](#) e [n. 177 del 1988](#).

<sup>59</sup> Corte cost., [sent. n. 182 del 2007](#).

<sup>60</sup> R. ROMBOLI, *Tecnica legislativa e qualità della legislazione: l'inidoneità del giudizio costituzionale a verificarne i vizi*, in *Foro it.*, 2008, 1424. La tesi era, invero, già espressa in R. ROMBOLI, *La mancanza o l'insufficienza della motivazione come criterio di selezione dei giudici*, in A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1994, 334 ss. In senso analogo, anche G. M. SALERNO, *La tecnica legislativa e la chiarezza normativa nella giurisprudenza costituzionale più recente*, in *Rass. parl.*, 1997, 4, 1038. L'Autore da ultimo richiamato sottolinea, invero, che «il difetto del messaggio legislativo assume generalmente un carattere accessorio rispetto alla norma parametro violata, ed il suo accertamento acquista un valore essenzialmente confermativo della violazione medesima».

<sup>61</sup> E. LONGO, *Il contributo della Corte costituzionale alla qualità della normazione*, cit., 73.

<sup>62</sup> Si richiamano le [sentt. nn. 186 e 196 del 2003](#), [n. 46 del 2004](#).

<sup>63</sup> È il caso della [sent. n. 476 del 2002](#), con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 3, della legge 25 febbraio 1992, n. 210 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati), nella parte in cui non prevedeva che i benefici previsti dalla legge stessa dovessero spettare anche agli operatori sanitari che, in occasione del servizio e durante il medesimo, avessero riportato danni permanenti alla integrità psico-fisica conseguenti a infezione contratta a seguito di contatto con sangue e suoi derivati provenienti da soggetti affetti da epatiti. In quella occasione, la Corte ha evidenziato che «l'imperativo di razionalità della legge impone che la *ratio* degli interventi legislativi del tipo in questione sia perseguita integralmente. Se ciò non avviene, la previsione legislativa ingiustificatamente mancante determina una discriminazione vietata dall'art. 3 della Costituzione».

Al contempo, la stessa ha pronunciato sentenze di rigetto nelle quali ha dichiarato non fondate le censure mosse avverso le disposizioni impugnate, che si appuntavano proprio su vizi inerenti all'uso delle tecniche di normazione, avvertendo come la sola «questione di politica e di tecnica legislativa [sia] di competenza esclusiva del *conditor juris*»<sup>64</sup> ovvero come spetti «al giudice, utilizzando i comuni canoni ermeneutici, precisare le formule normative, dando a esse un contorno più netto»<sup>65</sup>.

Negli ultimi dieci anni, tuttavia, la giurisprudenza costituzionale ha mostrato di aprirsi alla valutazione della tecnica normativa del legislatore, anche al di là della materia penale e delle misure di sicurezza, scrutinandola in sé, cioè appuntandosi sulla maniera oscura e inintelligibile con cui si era espressa la volontà legislativa, prima ancora che sul suo contenuto.

Si fa riferimento alle decisioni con cui la Corte ha affermato che non è conforme all'art. 97 Cost. ed al principio di buon andamento della pubblica amministrazione l'adozione, per regolare l'azione amministrativa, di una disciplina normativa «foriera di incertezza», laddove quest'ultima «può tradursi in cattivo esercizio delle funzioni affidate alla cura della pubblica amministrazione»<sup>66</sup>.

Nella fattispecie appena menzionata, in particolare, la Corte costituzionale ha fatto rientrare, per un verso, omissioni legislative in grado di tradursi in cattivo esercizio delle funzioni affidate alla cura della pubblica amministrazione<sup>67</sup>; e, per altro verso, il fenomeno della «riviviscenza di norme abrogate – quand'anche tale fenomeno si manifesti nell'ambito delle ipotesi tipiche e molto limitate che l'ordinamento costituzionale tollera» – se in grado di generare «conseguenze imprevedibili», non consentendo alla pubblica amministrazione di individuare il perimetro normativo entro il quale agire<sup>68</sup>.

Sotto quest'ultimo profilo, il richiamo è alla nota decisione del Giudice costituzionale, ampiamente commentata dalla dottrina, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di una disposizione regionale che aveva fatto «rivivere» per un breve periodo di tempo una regola di azione per l'amministrazione regionale<sup>69</sup>.

Più esattamente, il legislatore regionale «dopo avere dettato una regola di azione per l'amministrazione regionale, l'ha prima abrogata; poi l'ha fatta rivivere, ma solo per un periodo di tempo limitato; infine l'ha nuovamente abrogata». E la Corte costituzionale era stata chiamata a giudicare della legittimità costituzionale «proprio della fase più critica di tale manifestamente irrazionale esercizio della discrezionalità legislativa, segnata dalla presunta riviviscenza del divieto».

Come si anticipava, la Corte ha accertato la violazione dell'art. 97 Cost., evidenziando come l'enunciato normativo censurato assoggettasse i procedimenti amministrativi svolti in quel periodo

---

<sup>64</sup> Corte cost., [sentt. n. 61 del 2006](#), [n. 162 del 2014](#), [n. 225 del 2016](#).

<sup>65</sup> Corte cost., [sent. n. 364 del 1996](#).

<sup>66</sup> Corte cost., [sentt. n. 364 del 2010](#) e [n. 70 del 2013](#).

<sup>67</sup> Sent. n. [364 del 2010](#), ove la Corte costituzionale ha affermato che «costituisce, infatti, principio fondamentale della finanza pubblica quello secondo il quale, nella ipotesi in cui l'esercizio di funzioni e servizi resi dalla pubblica amministrazione all'utenza, o comunque diretti al perseguimento di pubblici interessi collettivi, venga trasferito o delegato da una ad altra amministrazione, l'autorità che dispone il trasferimento o la delega è, pur nell'ambito della sua discrezionalità, tenuta a disciplinare gli aspetti finanziari dei relativi rapporti attivi e passivi e dunque anche il finanziamento della spesa necessaria per l'estinzione delle passività pregresse. Ciò che, in ogni caso, non può ritenersi conforme ai principi fondamentali della disciplina di tale settore, rinvenibili nella legislazione dello Stato, è la totale omissione, da parte del legislatore regionale, di ogni e qualsiasi disciplina a questo riguardo».

<sup>68</sup> Corte cost., [sent. n. 70 del 2013](#). Nel caso, a determinare la situazione di incertezza normativa, ancora una volta in riferimento alla disciplina dei rapporti tra privati e pubblica amministrazione, non era una omissione legislativa, quanto la circostanza che il legislatore avesse dapprima dettato una regola di azione per l'amministrazione, poi l'avesse abrogata, quindi fatta rivivere, anche se solo per un periodo di tempo limitato – attraverso la tecnica del differimento di un termine abrogativo già interamente maturato – e, in ultimo, nuovamente abrogata. In quella occasione, dunque, la stessa tecnica legislativa aveva consegnato un tessuto normativo frammentario e ondivago, difficilmente ricostruibile da parte dell'amministrazione e perciò foriero di intollerabile incertezza. Pertanto, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni oggetto di censura, ritenute contrarie al principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

<sup>69</sup> Corte cost., [sent. n. 70 del 2013](#).

di tempo ad «una normativa difficilmente ricostruibile da parte dell'amministrazione, continuamente mutevole, e, soprattutto, non sorretta da alcun interesse di rilievo regionale degno di giustificare una legislazione così ondivaga»<sup>70</sup>.

La pronuncia in questione ha, dunque, «aperto una breccia» nella giurisprudenza costituzionale, affermando il principio secondo il quale, anche in materie diverse da quella penale e delle misure di sicurezza, la «qualità delle disposizioni» può essere scrutinata dal Giudice delle leggi sotto l'angolo visuale del buon andamento della pubblica amministrazione, che è compito del legislatore assicurare, trovando così modo di instaurare un dialogo con quest'ultimo sul tema.

Per vero, commentando la decisione appena richiamata, la dottrina non ha sottaciuto come alcuni passaggi motivazionali fossero idonei a ridimensionarne la portata innovativa e a far somigliare «il giudizio della Corte, più che a uno scrutinio sulla tecnica normativa utilizzata, a un giudizio di ragionevolezza»<sup>71</sup>. Ci si è riferiti, in particolare, alle precisazioni svolte dalla Corte costituzionale in ordine alla insussistenza di interessi pubblici sufficienti a sostegno della continua mutevolezza della disciplina normativa in questione.

Nella pronuncia, invero, la Corte ha sottolineato come non vi fosse «alcun interesse di rilievo regionale degno di giustificare una legislazione così ondivaga» ed ancora come la frammentarietà di quello stesso quadro normativo non risultasse «giustificabile alla luce di alcun interesse, desumibile dalla legislazione regionale, ad orientare in modo non univoco l'esercizio della discrezionalità legislativa, così da accordarla a necessità imposte dallo scorrere del tempo»<sup>72</sup>.

Avvertendo la necessità di rilevare l'inesistenza di ragioni idonee a motivare il ricorso alla tecnica legislativa *de qua*, secondo l'impostazione dottrinale richiamata, la Corte costituzionale avrebbe mostrato di appuntarsi più che «sull'atteggiamento ondivago del legislatore in sé», sulla mancata rispondenza dello stesso a interessi costituzionali sufficienti<sup>73</sup>.

Purtuttavia, nonostante i rilievi critici appena accennati, gli stessi autori hanno comunque riconosciuto come la sentenza in esame rappresentasse in realtà «il punto più avanzato del controllo del giudice costituzionale sulla qualità della legislazione»<sup>74</sup>.

#### 4. I nuovi spunti offerti dal Giudice costituzionale

A distanza di dieci anni, il Giudice costituzionale è tornato sul tema della qualità della normazione, aggiungendo un nuovo tassello nel mosaico della «giustiziabilità» della tecnica legislativa e dei vizi linguistici degli enunciati normativi.

Anzitutto, la Corte costituzionale ha chiarito cosa debba intendersi per «disposizione radicalmente oscura» o «foriera di intollerabile incertezza», distinguendo, in questo senso, ciò che è fisiologico nel processo di produzione normativa, da ciò che invece deve ritenersi patologico.

---

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> D. PARIS, *Il controllo del giudice costituzionale sulla qualità della legislazione nel giudizio in via principale*, cit., 7, il quale parla di parziale ridimensionamento del carattere innovativo della pronuncia in esame, richiamando alcuni passaggi argomentativi, nei quali «la Corte, anche nella terminologia utilizzata, sembra operare un giudizio sulla ragionevolezza nell'uso della discrezionalità legislativa: continuare a introdurre e revocare un divieto è irragionevole, e quindi incostituzionale, nella misura in cui ciò non sia giustificato dal perseguimento di un qualche interesse meritevole di tutela che giustifichi tale comportamento ondivago». Sullo stesso tema, M. PICCHI, *Tecniche normative e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione: dalla corte costituzionale un nuovo impulso per preservare la certezza del diritto (Osservazioni a margine della sentenza n. 70/2013)*, cit., 12, la quale tuttavia afferma come con la decisione in questione la Corte costituzionale abbia in ultimo innovativamente «riconosciuto al principio del buon andamento della pubblica amministrazione il valore di parametro di per sé sufficiente a limitare la discrezionalità del legislatore sotto il profilo della tecnica normativa utilizzata».

<sup>72</sup> Corte cost., [sent. n. 70 del 2013](#).

<sup>73</sup> D. PARIS, *Il controllo del giudice costituzionale sulla qualità della legislazione nel giudizio in via principale*, cit., 7.

<sup>74</sup> *Ibid.*

È fisiologica l'adozione di disposizioni che presentano margini più o meno ampi di incertezza circa il loro ambito di applicazione ed è riconosciuto come «compito essenziale»<sup>75</sup> della giurisprudenza quello di dipanare gradualmente, attraverso gli strumenti dell'esegesi normativa, i dubbi interpretativi che ciascuna disposizione inevitabilmente solleva, nel costante confronto con la concretezza dei casi in cui essa è suscettibile di trovare applicazione.

Analogamente, attiene alla fisiologia della produzione legislativa il ricorso da parte della legge a clausole generali, programmaticamente aperte a «processi di specificazione e di concretizzazione giurisprudenziale», nonché l'utilizzo di concetti tecnici o di difficile comprensione per chi non possieda speciali competenze tecniche.

È patologica, invece, l'entrata in vigore di una disciplina che, nonostante ogni sforzo interpretativo, compiuto sulla base di tutti i comuni canoni ermeneutici, rimane del tutto oscura, con il risultato di rendere impossibile all'interprete identificare anche solo un nucleo centrale di ipotesi riconducibili con ragionevole certezza alla fattispecie normativa astratta<sup>76</sup>.

In questo senso, è patologico l'utilizzo di acronimi polivalenti nell'enunciato normativo, il cui significato non sia perimetrabile nemmeno alla luce del contesto normativo nel quale la disposizione va ad inserirsi; come anche il succedersi di plurime, frammentarie e contraddittorie modifiche legislative di testi normativi che sia in grado di consegnare un tessuto legislativo nel quale si trovano ad operare due norme irrimediabilmente contraddittorie.

Le pronunce in questione sono chiare nell'identificare l'art. 3 Cost. e, segnatamente, il canone di ragionevolezza della legge, come il parametro violato dalle disposizioni foriere di irrimediabile incertezza.

Non viene operato, come in passato, un richiamo all'art. 97 Cost. ed al principio di buon andamento della pubblica amministrazione, nonostante gli enunciati normativi oggetto di censura riguardassero la materia edilizia ed interessassero, *lato sensu*, le modalità di espletamento dell'azione amministrativa ed i rapporti tra privati e pubblica amministrazione in quello stesso ambito<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Corte cost., [sent. n. 110 del 2023](#).

<sup>76</sup> In quest'ottica, la Corte costituzionale ha richiamato la distinzione – propria delle riflessioni crisafulliane – tra disposizione e norma e tra interpretazione ed applicazione del diritto. Cfr. in questo senso, V. CRISAFULLI, *I principi costituzionali sull'interpretazione e applicazione della legge*, in *Studi in onore di Santi Romano*, Padova 1940, 665 ss., che mette in evidenza il rapporto di strumentalità dell'attività interpretativa rispetto a quella dell'applicazione del diritto, rilevando come «le norme giuridiche, infatti, vengono poste dalle leggi e dagli altri atti aventi la loro stessa efficacia sostanziale allo scopo pratico di disciplinare concretamente ed in modo effettivo i comportamenti dei *subditi legum* da esse previsti ed è perciò nella loro applicazione che realmente vivono e vigono; mentre a sua volta l'applicazione della norma, avvenga essa spontaneamente o sia invece coattivamente realizzata attraverso determinate forme di attività dichiarative o sostitutive, presuppone sempre necessariamente l'interpretazione della norma stessa». Come è noto, secondo l'Autore, le operazioni di interpretazione ed applicazione del diritto non si presentano in pratica come nettamente distinte e separate. Non soltanto, infatti, l'atto del conformare concretamente il rapporto alla norma (applicazione in senso stretto) implica necessariamente l'interpretazione della norma e non di rado quasi si compenetra e si confonde con essa, ma anche nella ricerca preliminare della norma regolatrice di un dato rapporto, il momento dell'interpretazione è di regola imprescindibile, perché è soltanto attraverso l'interpretazione che si può accertare se una determinata norma valga a disciplinare il rapporto di che trattasi».

<sup>77</sup> Quanto detto nel testo trova conferma, in riferimento alla [sent. n. 110 del 2023](#), in quel passaggio motivazionale in cui la Corte costituzionale chiarisce che «la disposizione in questa sede all'esame costituisce esempio paradigmatico di un enunciato normativo affetto da radicale oscurità: un enunciato che, da un lato, condiziona l'ammissibilità di non meglio precisati «interventi» all'interno di altrettanto vaghe «fasce di rispetto» a una procedura identificata con un acronimo incomprensibile, e in effetti oggetto di due diverse letture da parte della stessa difesa regionale; e che, dall'altro, non si collega ad alcun corpo normativo preesistente e rimane, per così dire, sospeso nel vuoto, precludendo così la possibilità di utilizzare il prezioso strumento dell'interpretazione sistematica, che presuppone l'inserimento della singola disposizione in un contesto normativo che si assume connotato da interna coerenza. Una disposizione siffatta, in ragione dell'indeterminatezza dei suoi presupposti applicativi, non rimediabile tramite gli strumenti dell'interpretazione, non fornisce alcun affidabile criterio guida alla pubblica amministrazione nella valutazione se assentire o meno un dato intervento richiesto dal privato, in contrasto con il principio di legalità dell'azione amministrativa e con esigenze minime di eguaglianza di trattamento tra i consociati».

È opportuno sottolineare che la decisione di non impiegare il parametro del buon andamento dell'amministrazione pubblica di cui all'art. 97 Cost. è dipesa dalla scelta compiuta in sede di predisposizione dei ricorsi che hanno promosso le questioni di legittimità costituzionale. Difatti, negli atti introduttivi dei giudizi in via principale in questione, il Governo non si è riferito che all'art. 3 Cost., parametro dal quale ha desunto «un canone di razionalità della legge rintracciato nell'esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia e di equità ed a criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa»<sup>78</sup>.

Purtuttavia, il Giudice costituzionale non ha esitato nel profittare della mancata evocazione di tale parametro costituzionale per sottolineare come l'esigenza di rispetto di *standard* minimi di intelligibilità delle proposizioni normative, e conseguentemente di ragionevole prevedibilità della loro applicazione, si ponga al di là della materia penale e delle misure di sicurezza, non esclusivamente in relazione all'adozione di disposizioni finalizzate a regolare l'azione della pubblica amministrazione<sup>79</sup>.

In questo senso, la Corte costituzionale sembra avere inteso affermare che i testi normativi radicalmente inintelligibili sono *sempre* un «pericolo» per l'ordinamento<sup>80</sup>. Difatti, esiste una esigenza di certezza del diritto, intesa come *ragionevole* conoscibilità *ex ante* delle conseguenze giuridiche delle azioni dei consociati<sup>81</sup>, posta in funzione della tutela della «libertà e della sicurezza dei cittadini»<sup>82</sup>, la quale non può essere assicurata a fronte di un tessuto normativo irrimediabilmente ondivago.

La certezza del diritto, così, non viene più declinata come «valore soprattutto strumentale alla difesa dei diritti fondamentali»<sup>83</sup> – e in particolare della libertà personale che trova fondamento nell'art. 13 Cost. – ma la stessa è intesa secondo una accezione più ampia, a tutela delle libere scelte d'azione dei consociati.

Tutte le disposizioni «irrimediabilmente oscure» sono ritenute dalla Corte irragionevoli. A tale conclusione la Corte è giunta considerando gli effetti prodotti dall'entrata in vigore di una disposizione foriera di intollerabile incertezza, descritti nelle sentenze in commento con maggiore precisione rispetto al passato.

<sup>78</sup> Così, in particolare nel ricorso del 28 luglio 2022, iscritto al n. 51 del registro ricorsi 2022 e pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 39, prima serie speciale, dell'anno 2022, che ha condotto all'adozione della [sent. n. 110 del 2023](#).

<sup>79</sup> Tanto si evince chiaramente nel passaggio motivazionale in cui la Corte sottolinea come «sarebbe errato ritenere che tale esigenza non sussista affatto rispetto alle norme che regolano la generalità dei rapporti tra la pubblica amministrazione e i cittadini, ovvero i rapporti reciproci tra questi ultimi. Anche in questi ambiti, ciascun consociato ha un'ovvia aspettativa a che la legge definisca *ex ante*, e in maniera ragionevolmente affidabile, i limiti entro i quali i suoi diritti e interessi legittimi potranno trovare tutela, sì da poter compiere, su quelle basi, le proprie libere scelte d'azione». Corte cost., [sent. n. 110 del 2023](#).

<sup>80</sup> È chiaro il richiamo a E. LONGO, *Il contributo della Corte costituzionale alla qualità della normazione*, cit., 73, il quale afferma che «le norme «vaghe», le leggi mal scritte e i testi normativi inintelligibili divengono un «pericolo» per l'ordinamento quando sono suscettibili di produrre una limitazione dei diritti dei cittadini», descrivendo un indirizzo del Giudice costituzionale che sembra adesso essere esteso a tutte le leggi radicalmente oscure.

<sup>81</sup> Tra gli autori che descrivono la certezza del diritto in termini di conoscibilità *ex ante* delle conseguenze giuridiche delle azioni umani, cfr. A. BARATTA, *Responsabilità civile e certezza del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1965, 28-54; S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?* in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1964, 146-152; M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, 1979; E. DICIOTTI, *Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato*, in *Analisi e diritto*, 1992, p. 96-138; M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, in *Enciclopedia del diritto*, 1960, 769-792; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento: tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008; L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998; C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999.

<sup>82</sup> Detta esigenza sembra connettersi alla «sicurezza dei traffici, a propria volta preminente interesse dello Stato di diritto», di cui ha parlato la Corte costituzionale, da ultimo nella [sent. n. 133 del 2019](#).

<sup>83</sup> A SIMONCINI, *Corte e concezione della forma di governo*, in AA. VV., *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Giappichelli, Torino, 2005, 250.

Se, come si è già detto, sul piano sociale, una disposizione radicalmente oscura rende impossibile ai consociati di determinarsi nelle proprie scelte d'azione *consapevolmente*, cioè tenendo in considerazione le conseguenze giuridiche riconnesse dall'ordinamento alle azioni poste in essere, è interessante sottolineare ciò che la Corte costituzionale ha affermato in relazione al piano ordinamentale. Sul piano ordinamentale, infatti, a detta della Corte, una disposizione radicalmente oscura vincola in maniera soltanto apparente il potere amministrativo e giudiziario, determinando una violazione del principio di legalità e della stessa separazione dei poteri, ma soprattutto creando «inevitabilmente le condizioni per un'applicazione diseguale della legge»<sup>84</sup>.

Proprio in questo senso, sul piano della legittimità costituzionale, la stessa disposizione foriera di intollerabile incertezza viola l'art. 3 Cost., giacché si pone in contrasto con quel principio di parità di trattamento tra i consociati che costituisce il cuore della garanzia consacrata in tale disposizione costituzionale.

È così, allora, (cioè esaminando le conseguenze che derivano dall'adozione di una disposizione che non rispetta *standard* minimi di intellegibilità e conseguentemente di prevedibilità nella sua applicazione) che la Corte ha riconosciuto nel sindacato di ragionevolezza delle scelte legislative la sede nella quale valutare la tecnica normativa del legislatore e, segnatamente, se questa consegna un tessuto normativo irrimediabilmente oscuro<sup>85</sup>.

D'altra parte, come si è rilevato, il giudizio di ragionevolezza «sospinge il giudice ad una valutazione prudenziale, in cui l'indagine tiene conto delle conseguenze e degli effetti delle leggi: lì, immersi nell'esperienza giuridica, che si può valutare l'adeguatezza del mezzo al fine, l'irragionevolezza intrinseca, gli esiti paradossali che possono prodursi da una regola apparentemente logica, al variare dei dati del contesto e dell'imprevedibile fantasia dei casi della vita, o più semplicemente al trasformarsi dell'ordinamento normativo»<sup>86</sup>.

Si conferma, quindi, l'idea che «la certezza del diritto rappresenti un valore che si pone quale presupposto dello stesso fenomeno giuridico, la cui evidente, grave insussistenza, quando non comporta la compressione anche di uno specifico parametro di costituzionalità, rende comunque la norma irragionevole»<sup>87</sup>. Ma allo stesso modo è corroborata la tesi di chi vede nel giudizio di ragionevolezza il «limite ultimo e generale della discrezionalità del legislatore e nel contempo

<sup>84</sup> Corte cost., [sent. n. 110 del 2023](#). Sembra richiamarsi, in questo senso, la nozione di *isonomia*. Ad avviso di G. ZAGREBELSKY, *Imparare democrazia*, Einaudi, Torino, 2005, «isonomia e democrazia sono due facce della stessa medaglia». Si richiamano, altresì, le conclusioni di L. DI MAJO, [Una legge "radicalmente oscura" è incompatibile con la Costituzione. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 110/2023](#), in questa *Rivista*, [2023/II](#), 715 ss.; e di S. SCAGLIARINI, [La Corte e la tecnica legislativa](#), *ivi*, [2023/III](#), 832 ss.

<sup>85</sup> Sull'idea che il giudizio di ragionevolezza possa soccorrere l'impossibilità di reperire nel Testo costituzionale un riferimento espresso al buon confezionamento della legge, v. A. CERRI, *Tecnica legislativa e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA. VV., *L'educazione giuridica. Modelli di legislatore e scienza della legislazione. La discussione contemporanea*, Napoli, ESI, 1987, vol. V, t. III, 249 ss.; G. U. RESCIGNO, *L'errore materiale del legislatore, la cattiva redazione delle leggi e la Corte*, in *Giur. cost.*, 1992, 2418; A. D'ALOIA, P. MAZZINA, *Qualità della legge e giustizia costituzionale: appunti intorno ad una questione aperta*, in V. Coccozza, S. Staiano (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale. Atti del convegno di Napoli svoltosi nei giorni 12 e 13 maggio 2000*, Torino, Giappichelli, 2001, vol. II, 658 ss.; F. DAL CANTO, *Formazione e valutazione della legge. La qualità della normazione nelle fasi di formazione e valutazione*, cit.

<sup>86</sup> M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Cortecostituzionale.it*, 15. La decisione di impiegare il parametro di cui all'art. 3 Cost. nelle decisioni richiamate ha formato oggetto di critiche in dottrina. Alcuni autori hanno, invero, sottolineato come lo scrutinio di ragionevolezza, in quanto «categoria sfuggente e multiforme» dovrebbe formare oggetto di un ricorso solo in via sussidiaria da parte della Corte costituzionale, quando cioè non sia possibile il richiamo ad altri, meno «impalpabili», criteri di giudizio. La tesi proposta ed in questa sede richiamata evoca l'esistenza di un parametro più adeguato al quale legare la tecnica normativa, rinvenuto proprio nella certezza del diritto, che nella ricostruzione de qua è intesa alla stregua di un principio costituzionale autonomo, in quanto elemento che gioca in funzione costitutiva dell'ordinamento, secondo la convinzione che «il diritto o è certo o non è neppure diritto». In questo senso, M. MILANESI, [L'incostituzionalità delle «disposizioni irrimediabilmente oscure». Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 110/2023](#), in questa *Rivista*, [2023/II](#), 730 ss. che richiama N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?* in *Riv. int. fil dir.*, 1951, 150.

<sup>87</sup> F. DAL CANTO, *Formazione e valutazione della legge. La qualità della normazione nelle fasi di formazione e valutazione*, cit.

metro minimo di riesame delle sue scelte», il «principio di chiusura di ogni manifestazione della funzione legislativa»<sup>88</sup>.

### 5. *Il drafting normativo nell'ambito del ricorso in via diretta alla Corte costituzionale*

Se così è, è evidente la novità delle sentenze in esame, che individuano la «dimensione alta»<sup>89</sup> della qualità della legislazione, cioè il parametro in grado di assolvere «nel contempo alla duplice funzione di orientamento assiologico e di giustiziabilità in concreto della medesima produzione»<sup>90</sup>.

Le decisioni in parola segnano, dunque, come si è detto, un'evoluzione del «cammino interpretativo» della Corte, ma non nel solco della discontinuità rispetto all'orientamento anzidetto<sup>91</sup>.

Difatti, non pare che la Corte abbia inteso rinunciare all'impostazione metodologica con la quale ha giudicato della qualità delle leggi in passato, che muove dalle premesse già richiamate, connesse all'accoglimento di un modello esclusivamente formale di procedimento legislativo e di legge e al *self restraint* su questioni nelle quali è prevalente la discrezionalità politica.

In questo senso, nemmeno nelle pronunce in esame, la stessa riconosce a qualunque vizio linguistico degli enunciati normativi autonoma rilevanza costituzionale, limitandosi a sottolineare come, nei casi più gravi di assoluta inintelligibilità del dettato normativo, tale difetto ridondi nella violazione del parametro costituzionale di cui all'art. 3 Cost.

Non vengono individuati limiti positivi dell'azione legislativa – ovvero modalità di «confezionamento» delle leggi, che assicurano chiarezza e intellegibilità del dettato normativo, a garanzia della certezza del diritto – ma, come si è rilevato, è fissato un limite negativo alla discrezionalità del legislatore che non può estrinsecarsi in una scelta normativa irrimediabilmente ondivaga.

Proprio in questo senso, la Corte ammette che ogni enunciato normativo possa presentare margini più o meno ampi di incertezza circa il suo ambito di applicazione e che la portata semantica

<sup>88</sup> F. CASAVOLA, *La giustizia costituzionale nel 1994*, 17. D'altra parte, la Corte costituzionale ammette che la funzione legislativa possa estrinsecarsi in disposizioni che presentano gradi diversi di chiarezza e precisione, idonei a dilatare o restringere i margini riservati all'interpretazione giudiziale, che talvolta riesce pure a far «dire alle leggi cose che in queste non si trovano» (N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milano, 1976, 307). La discrezionalità del legislatore trova però limite nel principio di ragionevolezza che impone che non vengano adottate disposizioni foriere di intollerabile incertezza nella loro applicazione concreta, in quanto in grado di ingenerare le conseguenze pregiudizievoli anzidette.

<sup>89</sup> P. COSTANZO, *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione (con riferimenti comparati e all'UE)*, cit., 184 ss.

<sup>90</sup> *Ibid.* Non possono che richiamarsi, in questo stesso senso, le parole di G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977, 157-158, il quale – dopo avere messo in luce che la dimensione della «non arbitrarietà della legge» si snoda in tre caratteri essenziali della legge medesima individuati nella razionalità (che si risolve nel criterio di non contraddizione), ragionevolezza (che si risolve nell'esigenza di giustificatezza delle parti dell'ordinamento relativamente a qualche valore) e giustizia (carattere di ragionevolezza assoluta) – afferma che «tutti e tre i significati di non arbitrarietà delle leggi, confluiscono in una direzione che necessiterebbe di adeguato approfondimento: la configurazione di una nozione sostanziale di legge, adeguata all'epoca storica presente. La non arbitrarietà come coerenza tra le parti e l'ordinamento e come ragionevolezza dice che le differenziazioni sono possibili, anzi talora necessarie, ma devono essere ancorate a caratteri oggettivi della fattispecie regolata. La non arbitrarietà come ragionevolezza e come giustizia subordina il diritto legislativo alle esigenze pratiche in vista delle quali è prodotto. Questi sembrano i caratteri del diritto nello Stato orientato a esigenze di giustizia sostanziale: tramontate altre classiche configurazioni sostanzialistiche della legge, non più adeguate al contesto storico presente, vi è nei caratteri anzidetti la possibilità di elaborare una nozione concreta (e non giusnaturalistica) dalla «natura delle cose», concetto che alla fine sottostà a tutte le valutazioni della non arbitrarietà o giustificatezza delle leggi. Affiora così una dimensione del diritto che si poteva ritenere perduta come realtà distinta dalla legge: il diritto come regola materiale che esprime il «valore» del caso alla stregua di una certa visione, profonda, comune, non formale e vissuta, piuttosto che dichiarata, delle strutture regolative della società secondo una concezione prima che di filosofia del diritto, di filosofia sociale, mai totalmente sconfitta neppure sul continente europeo».

<sup>91</sup> *Contra*, M. MILANESI, *L'incostituzionalità delle «disposizioni irrimediabilmente oscure»*, cit., 730 ss.



delle disposizioni debba essere perimetrata dalla giurisprudenza attraverso gli strumenti dell'esegesi normativa. Ciò che è escluso, invece, come si è detto, è che il significato delle espressioni utilizzate in una disposizione, nonostante ogni sforzo interpretativo, possa rimanere del tutto oscuro, con il risultato di rendere impossibile all'interprete identificare anche solo un nucleo centrale di ipotesi riconducibili con ragionevole certezza alla fattispecie normativa astratta. È, infatti, in quel momento che la disposizione crea inevitabilmente le condizioni per una sua applicazione diseguale, contrastando, pertanto, con il principio di ragionevolezza.

Si ritiene, quindi, che la Corte non abbia smentito l'idea di non potere procedere «ad aggiustamenti delle norme [...] per mere esigenze di coerenza sistematica e simmetria, in ossequio ad un astratto principio di razionalità del sistema normativo»<sup>92</sup>. Nei giudizi in esame, infatti, la stessa ha agito non a protezione di un astratto principio di razionalità dell'ordinamento, quanto a tutela del cuore della garanzia consacrata dall'art. 3 Cost.<sup>93</sup>, il principio di parità di trattamento, che rimane irrimediabilmente frustrato, per le ragioni anzidette, dall'adozione di una disposizione radicalmente oscura.

In questo senso, sembra che la Corte costituzionale continui a guardare sempre più «alla sostanza più che alla forma», provando a scrutinare della qualità della normazione nell'ambito di «un fine dosaggio tra politica e giurisdizione»<sup>94</sup>.

Merita di essere sottolineato come le pronunce in esame confermino la tesi circa l'idoneità del giudizio in via principale a porsi come migliore strumento per attivare il sindacato della Corte sulle «leggi oscure». Non pare un caso, d'altra parte, che entrambe originino proprio da giudizi in via principale<sup>95</sup>.

L'indirizzo in parola – che vede, appunto, nel ricorso in via diretta alla Corte costituzionale la sede più «confacente» per promuovere un giudizio sulle disposizioni foriere di intollerabile incertezza – è stato elaborato sul rilievo che «l'obbligo per il giudice *a quo* di esperire il tentativo di interpretare una legge oscura in maniera conforme alla Costituzione fa sì che spesso alla cattiva redazione delle leggi ponga rimedio il giudice ordinario in via interpretativa anziché il giudice costituzionale con una pronuncia caducatoria»<sup>96</sup>.

Si vuole in questa sede aggiungere che l'art. 101 Cost., assoggettando il giudice alla legge e non ponendo alcun limite contenutistico a quest'ultima<sup>97</sup>, richiama invece la correlazione tra il concetto specifico di legge, accolto negli artt. 71 e seguenti della Costituzione, e quello, già menzionato, di funzione legislativa, di cui all'art. 70 Cost.<sup>98</sup>. In questo senso, il giudice è soggetto anche alla

---

<sup>92</sup> *Contra ibid.* L'Autore afferma che «senza disconoscere l'importante traguardo raggiunto con la pronuncia in esame, deve darsi conto di un essenziale nodo problematico: quello del parametro. Come visto, la pronuncia di che trattasi muove dall'art. 3 e dal connesso principio di ragionevolezza. Questa scelta, peraltro, pare contrastare con una posizione assunta in passato dalla Consulta, la quale ritenne di non poter ricondurre le mancanze della tecnica legislativa alla irragionevolezza, in quanto: [n]on è compito di questa Corte procedere ad aggiustamenti delle norme [...] per mere esigenze di coerenza sistematica e simmetria, in ossequio ad un astratto principio di razionalità del sistema normativo, senza che si possano rilevare lesioni di principi o regole contenuti nella Costituzione o di diritti costituzionalmente tutelati. Siccome la ragionevolezza assurge oggi a regola aurea del *drafting* normativo, siamo di fronte ad un *overruling*».

<sup>93</sup> Diverso è il discorso in riferimento alla [sent. n. 182 del 2007](#) – ove la Corte costituzionale ha posto le argomentazioni richiamate nel testo. In quella occasione, invero, il giudice *a quo* lamentava l'asimmetria del trattamento processuale riservato a due reati, chiedendo che fosse dichiarata irragionevole, senza individuare quali principi costituzionalmente protetti sarebbero stati lesi per effetto della stessa. In risposta alle osservazioni appena accennate, il Giudice delle leggi ha evidenziato che «un eventuale intervento additivo, come quello invocato dal giudice rimettente, avrebbe l'effetto di eliminare un'asimmetria, ma, nello stesso tempo, ne introdurrebbe un'altra».

<sup>94</sup> E. LONGO, *Il contributo della Corte costituzionale alla qualità della normazione*, cit., 73.

<sup>95</sup> Come per altro era già accaduto anche in relazione alla menzionata [sent. n. 70 del 2013](#).

<sup>96</sup> D. PARIS, *Il controllo del giudice costituzionale sulla qualità della legislazione nel giudizio in via principale*, cit., 7 ss.

<sup>97</sup> La stessa affermazione è svolta da G. AMOROSO, *Leggi di interpretazione autentica e controllo di costituzionalità*, Roma, 2018, 13.

<sup>98</sup> A. M. SANDULLI, *Legge. Forza di legge. Valore di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 272 ss.

«legge oscura», sicché nemmeno a fronte di un quadro normativo irrimediabilmente frammentario, lo stesso è abilitato a pronunciare un *non liquet*<sup>99</sup>.

Dunque, il giudice non può denegare giustizia nemmeno se la regola che risolve il caso rimesso alla sua cognizione sia da ricavare da una disposizione affetta da radicale anfibologia. Anzi, in tale occasione il potere giudiziario è – mutuando le parole della Corte costituzionale – solo apparentemente vincolato dal legislatore, sicché ad esso spetta, in una certa misura, la «creazione della regola e non già la sua mera applicazione»<sup>100</sup>.

Si può, quindi, ipotizzare che, chiamato ad interpretare ad una disposizione irrimediabilmente oscura, il giudice possa risultare attratto dai margini ampi di «creatività» riconosciutigli dal legislatore. E, se così è, il giudizio in via incidentale non può considerarsi la via preferibile per attivare un controllo di legittimità costituzionale sul «confezionamento» delle leggi.

Viceversa, nel giudizio in via principale, ove manca un dialogo fra la Corte e i giudici ordinari, la prima «dispone certamente un numero maggiore di occasioni per pronunciarsi sulla chiarezza del dettato legislativo e sulle sue ricadute su altri beni di rango costituzionale»<sup>101</sup>, come nel caso il principio di parità di trattamento, posto dall'art. 3 Cost.

Proprio in questo senso, nell'ambito del contenzioso tra Stato e Regioni in sede di giudizio di legittimità costituzionale in via principale può svilupparsi il sindacato della Corte sulla «qualità» delle disposizioni, in special modo, – come nei giudizi in esame – di quelle regionali. Difatti, non pare affatto casuale che le pronunce in commento abbiano entrambe riguardato enunciati normativi di livello regionale.

A livello statale, invero, sono stati elaborati numerosi strumenti finalizzati a garantire la qualità della legislazione. Non ci si riferisce esclusivamente alle analisi a supporto dell'attività normativa del Governo che si inseriscono nel noto ciclo di valutazione della regolazione, come l'AIR, l'ATN e la VIR, la cui finalità è quella di promuovere la qualità delle regole sia in fase di progettazione degli interventi normativi, sia nel corso della loro attuazione e revisione. Il richiamo è, infatti, anche ai rimedi introdotti in sede endoparlamentare, per ottenere il rispetto di alcuni *standards* di buona legislazione.

Si pensi all'istituzione del Comitato per la legislazione – dapprima alla Camera, quindi anche al Senato, con la riforma del relativo regolamento del 27 luglio 2022 – chiamato, come noto, ad esprimere pareri sulla semplicità, chiarezza e proprietà della formulazione dei testi, ma anche sulla loro efficacia per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vigente; come anche all'elaborazione di regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica degli enunciati legislativi.

Vero è che si potrebbe obiettare che permangono gravi problemi che nascono dal «cattivo uso» di tale «strumentario»<sup>102</sup>.

È vero che sono note le criticità che accompagnano il ricorso, ancora non sistemico, al ciclo della regolazione. Allo stesso modo, è innegabile che la sostanziale facoltatività del recepimento dei pareri del Comitato per la legislazione – cui, secondo i regolamenti di entrambe le Camere, le Commissioni possono non adeguarsi – abbia «depotenziato» questi ultimi nel circuito della decisione politico-parlamentare<sup>103</sup>.

<sup>99</sup> Tale conclusione trova conferma nell'art. 4 del *Code Napoleon*, che ha disposto espressamente il divieto per il giudice di denegare giustizia, statuendo appunto che «*le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*».

<sup>100</sup> Cfr. in tal senso, F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI, *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi. Premessa*, in ID., *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Napoli, 2018, 8.

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> Ragioni connesse anche alla qualità della legislazione, d'altro canto, come si proverà a dire più avanti, hanno condotto ad una espansione del ruolo della giurisprudenza. Sul tema, cfr. in particolare N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999, 1 ss.; F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1999, 1 ss.

<sup>103</sup> Sul rilievo della «giurisprudenza» del Comitato per la legislazione, N. MACCABIANI, *La conversione dei decreti-legge davanti alla Camera dei Deputati: la prassi del Comitato per la legislazione*, Brescia, 2001; S. DI FILIPPO, *L'attività del Comitato per la legislazione tra tecnica e politica*, in G. Recchia, R. Dickmann (a cura di), *Istruttoria parlamentare e qualità della normazione*, Padova, 2002; A. RAFFAELLI, *I pareri del Comitato per la legislazione sui*

Analogamente, non può disconoscersi che la previsione degli strumenti in questione non ha impedito le note «torsioni» dei processi di produzione normativa (quali la «normalizzazione» di un certo uso della decretazione d'urgenza, i connotati più recenti della delega legislativa, la «monocameralizzazione» del procedimento legislativo e la capacità trasformativa delle Camere nell'*iter* di conversione in legge dei decreti-legge, oltre che in sede di approvazione della legge di bilancio), che hanno acuito quel fenomeno di «precarizzazione» della legge di cui ha parlato la dottrina<sup>104</sup>.

Purtuttavia, è indubbio che lo scenario cui si è appena fatto cenno, nonostante i limiti evidenziati, contribuisca comunque a diffondere «la cultura del buon legiferare (la cui mancanza rappresenta una delle principali cause della cattiva qualità della legislazione in Italia)»<sup>105</sup>

A livello regionale, invece, «la buona qualità della regolamentazione non sempre è stata al centro dell'attenzione delle regioni. E, forse, non è nemmeno immaginabile che le regioni possano utilizzare efficacemente tutti gli strumenti di buona qualità della regolamentazione messi a disposizione dall'ordinamento»<sup>106</sup>.

Come ha sottolineato chi ha provato ad individuare quali regole si sono date le Regioni per garantire la buona qualità delle leggi regionali – pur dovendosi mettere in rilievo come in taluni ordinamenti regionali gli Statuti di autonomia menzionino obiettivi di semplificazione e di chiarezza normativa – i legislatori regionali sembrano privilegiare strumenti di analisi e verifica successiva, ricorrendo in particolare alle note «clausole valutative». Si tratta, come noto, tipicamente, di articoli di leggi regionali che attribuiscono ai soggetti incaricati della attuazione di queste ultime un mandato esplicito a raccogliere, elaborare e comunicare all'organo legislativo le informazioni necessarie a conoscere tempi e modalità di attuazione degli interventi e valutare le conseguenze che ne sono scaturite per i destinatari diretti e per l'intera collettività regionale. Gli stessi, tuttavia, fin troppo spesso non sono seguiti dalle necessarie relazioni di ritorno<sup>107</sup>.

---

*decreti-legge*, in E. Rossi (a cura di), *Il Parlamento "consulente": dati e tendenze relativi alla funzione consultiva parlamentare nella XIII legislatura*, Napoli, 2002; L. LORELLO, *Decreto-legge e Comitato per la legislazione*, in A. Simoncini (a cura di) *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006; L. LORELLO, *Il Comitato per la legislazione e l'effettività del suo ruolo*, in P. Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2007: la qualità della regolazione*, Torino, 2009; L. LORELLO, *La giurisprudenza del Comitato per la legislazione in materia di delegificazione e di potere regolamentare del Governo: il rilievo "esterno" delle sue determinazioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3/2011; S. SPADA, *La qualità della normazione secondo la "giurisprudenza" del Comitato per la legislazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2010; T. DE PASQUALE, *La giurisprudenza consultiva del Comitato per la legislazione sulla delegificazione: tra modello generale e prassi*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3/2011; A.A. GENNA, *Il Comitato per la legislazione e le anomalie nel sistema delle fonti del diritto: un tentativo di ricostruzione sui decreti governativi e ministeriali "di natura non regolamentare"*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3/2011.

<sup>104</sup> Come ha efficacemente riassunto N. RANGONE, *Semplificazione amministrativa*, in *Treccani.it*, 2014, «il disordine nel sistema delle fonti finisce per vanificare la stessa funzionalità degli strumenti predisposti per arginare la complicazione, come le disposizioni in tema di chiarezza dei testi normativi, i codici di settore da adottare nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi di cui all'art. 20 della l. n. 59/1997 modificata dalla l. n. 229/2003 (art. 14, l. n. 246/2005), le raccolte settoriali di norme regolamentari (art. 20, comma 3 bis, l. n. 59/1997, come modificata dalla l. n. 229/2003), l'analisi tecnico normativa-ATN (d.p.c.m. 10.9.2008), l'analisi di impatto della regolazione-AIR (che consente di indicare l'opzione di regolazione che al contempo risolve un'esigenza di regolazione e sia meno invasiva possibile per i regolatori e la collettività, introdotta a regime dalla l. n. 246/2005 e disciplinata dal d.p.c.m. 11.9.2008, n. 170), la misurazione dei costi informativi (che quantifica i costi di adempimento a obblighi informativi al fine di semplificarli o eliminarli dalla regolazione esistente o in corso di adozione)».

<sup>105</sup> E. ALBANESI, *Qualità della legislazione pretermessa nella legge ed o.d.g. al governo nella XV legislatura*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. n. 2/2008, che, tuttavia, richiamando anche M. CARLI, *La qualità della normazione in Italia: un problema di cultura*, in M. Raveraira (a cura di), *"Buone" regole e democrazia*, Catanzaro, 2007, 179 ss., rileva in ultimo che «i risultati complessivi in termini di qualità della legislazione non possono dirsi comunque ancora appaganti: è tuttavia nelle dinamiche della forma di governo che occorre ricercarne le cause».

<sup>106</sup> G. PERNICIARO, S. ANNARATONE, *La better regulation a livello regionale e locale*, in G. Mazzantini, L. Tafani (a cura di), *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione. Annuario 2019*, Editoriale scientifica, Napoli, 229 ss.

<sup>107</sup> *Ibid.*

Al contempo, alcune Regioni hanno optato per l'introduzione di leggi periodiche, in vario modo denominate, prodromiche al monitoraggio dell'ordinamento regionale, che tuttavia solo in pochi ordinamenti (come la Toscana, le Marche e la Lombardia) sono approvate nel rispetto della cadenza prevista<sup>108</sup>.

La sensazione è, quindi, che, nonostante talune esperienze positive registratesi a livello regionale<sup>109</sup>, il «livello qualitativo attuale della normazione specialmente a livello regionale» sia «insufficiente o comunque insoddisfacente»<sup>110</sup>.

È allora, forse, alla luce delle considerazioni che precedono che la Corte costituzionale ha avuto l'occasione di esprimere un nuovo contributo sulla qualità della legislazione, scrutinando in particolare il «confezionamento» delle disposizioni regionali.

### 6. *Il riconoscimento del diritto alla «non radicale inintelligibilità» delle disposizioni*

Sono chiare, a questo punto, le ragioni per le quali si ritiene che le sentenze richiamate segnino «un notevole avanzamento nella giustiziabilità del *drafting* legislativo»<sup>111</sup>. Purtuttavia, deve aggiungersi ancora che le stesse sembrano provare a rispondere ad un interrogativo che da tempo impegna dottrina e giurisprudenza, relativo alla misura entro la quale la certezza del diritto può rappresentare un valore perseguibile nello Stato costituzionale contemporaneo.

Difatti, nelle argomentazioni esposte a sostegno delle decisioni in parola, la Corte sembra, per un verso, accogliere l'idea di una «incertezza (fisiologica) del diritto» e, per altro verso, avvertire la necessità di fissare la «soglia» oltre la quale la stessa incertezza normativa non può «salire, per non compromettere l'intero sistema»<sup>112</sup>.

In quest'ottica, la Corte pare riconoscere l'esistenza di un diritto che potrebbe essere definito alla «non radicale inintelligibilità delle disposizioni», in funzione della eguaglianza e della parità di trattamento dei consociati, nella prospettiva di porre questi ultimi al riparo da arbitrii e discriminazioni.

Sul punto occorre forse soffermarsi. È noto che le vicende della normazione possano essere analizzate in rapporto alla forma di governo. In questo senso ci si può interrogare su come le dinamiche proprie della forma di governo influenzino la qualità della legislazione e, viceversa, se ed eventualmente in che misura le buone tecniche redazionali e i buoni studi di impatto possano razionalizzare o comunque generare dei condizionamenti sulla politica<sup>113</sup>.

In rapporto alla forma di stato, invece, si può verificare in che modo il «buon confezionamento» delle leggi possa contribuire ad assicurare il valore della certezza del diritto e in che misura

---

<sup>108</sup> Si pensi alla Toscana, che ha introdotto la «legge regionale di manutenzione», approvandone dieci dal 2007; alla Liguria che ha introdotto la «legge regionale di semplificazione», approvandone 5 dal 1999, l'ultima delle quali del 2019 (la legge n. 24 del 2019); alle Marche, ove la legge 16 febbraio 2015, n. 3 ha istituito la legge regionale di semplificazione ed ove in attuazione di tale previsione, sono state approvate due leggi regionali di semplificazione (le leggi regionali n. 15 del 2017 e n. 8 del 2019); alla Lombardia, ove la legge annuale di semplificazione annuale è stata introdotta dalla legge regionale 8 luglio 2014, n. 19, quale provvedimento finalizzato a dare attuazione all'Agenda Lombardia Semplice, e in cui dal 2015 ad oggi, il Consiglio regionale ha approvato otto leggi di semplificazione con una regolare cadenza annuale, eccettuato il 2019; e al Piemonte che, dal 2017, ha approvato quattro leggi di annuali di riordino.

<sup>109</sup> Si ricorda, ad esempio, l'adozione del documento «Regole e suggerimenti per la redazione dei testi normativi», ripubblicato con aggiornamenti nel 2002 e, quindi, nuovamente nel 2007. Si tratta del c.d. Manuale Rescigno adottato appunto a livello regionale.

<sup>110</sup> P. MILAZZO, *La qualità della normazione nei regolamenti parlamentari e dei consigli regionali*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2007, 18 ss.

<sup>111</sup> P.C.(OSTANZO), [Ancora un \(notevole\) avanzamento nella giustiziabilità del drafting legislativo \(osservazioni minime a prima lettura di Corte cost. n. 110/2023\)](#), cit., 461 ss.

<sup>112</sup> È chiaro il richiamo a G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, cit., 75-76.

<sup>113</sup> Cfr. in questo senso Il Forum - *La tecnica della legislazione*, con interventi di R. GUASTINI, G.U. RESCIGNO, F. PATRONI GRIFFI, R. PAGANO, G. RIZZONI, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2000, 231 ss.,

quest'ultima possa essere realizzata nello Stato costituzionale. Difatti, si sostiene che ormai l'assoluta, «illuministica», certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito<sup>114</sup>.

La possibilità per i consociati di prevedere in maniera esatta le conseguenze che l'ordinamento farà discendere dalle loro azioni è ostacolata da molteplici fattori, a partire dalla «complessificazione» del sistema delle norme<sup>115</sup>.

Tale fenomeno è dovuto non solo alla (patologica) diffusione delle *worst practice* di produzione normativa cui poc'anzi si è fatto cenno, che generano un patologico affastellamento di atti normativi scarsamente meditati e quindi poco chiari e difficilmente intelleggibili, i quali si stratificano dando vita ad una vera e propria «giungla legislativa». Lo stesso è, infatti, legato anche alla (fisiologica) proliferazione dei centri di produzione normativa connessa alla apertura internazionalistica dell'ordinamento, oltre che al riconoscimento del pluralismo istituzionale, territoriale e sociale, fattori che aumentano «la complessità delle operazioni di individuazione del diritto, e porta costi in termini di certezza»<sup>116</sup>. In questo senso, esso è connaturale ad una «società pulviscolare, che non si riconosce in una comune tavola di valori e si scompone nella varietà dei gruppi e delle categorie economiche»<sup>117</sup> e conseguenza della «mutevolezza degli assetti economico-sociali da cui è contraddistinta la modernità»<sup>118</sup>.

Si è parlato di «diritto mobile» proprio per indicare come il diritto non possa più essere pensato come un sistema statico «in un mondo investito da un ritmo di cambiamento sempre più veloce», né come un «sistema costruito *more geometrico*»<sup>119</sup>.

Purtuttavia, a fronte di un ordinamento non più statico – di quella che è stata definita «disintegrazione del sistema normativo»<sup>120</sup> – è venuto ad accrescersi il ruolo della giurisprudenza. Invero, in questo «labirinto»<sup>121</sup> di norme, è aumentata «quasi a dismisura la discrezionalità e creatività del giudice»<sup>122</sup>, le cui valutazioni sempre più spesso «sembrano prive di briglie, libere di svolgersi secondo convinzioni personali, piuttosto che nell'ambito di criteri fissati dal legislatore»<sup>123</sup>.

Per descrivere questo stato di cose, si è parlato, riassuntivamente, di «età della giurisdizione»<sup>124</sup>. D'atra parte, nell'architettura dello Stato costituzionale, ai giudici spetta, in ultima istanza, il

<sup>114</sup> Corte cost. [sent. n. 364 del 1988](#), in cui la Corte costituzionale ha asserito che anche la più certa delle leggi ha bisogno di «letture» ed interpretazioni sistematiche che (dato il rapidissimo succedersi di «entrate in vigore» di nuove leggi e di abrogazioni, espresse o tacite, di antiche disposizioni) rinviando, attraverso la mediazione dei c.d. destinatari della legge, ad ulteriori «seconde» mediazioni[...]: quelle ad es. di tecnici, quanto più possibile qualificati, di organi dello Stato (soprattutto di quelli istituzionalmente destinati ad applicare le sanzioni per le violazioni delle norme, ecc.). *Contra* M. IMMORDINO, *Semplificazione normativa e certezza del diritto*, in A.M. Sandulli (a cura di), *Atti del Convegno su Codificazione, semplificazione e qualità delle regole* (Roma, 17-18 marzo 2005), Milano, 2005, 255., che evidenzia come «il diritto come regola di comportamento nasce per dare certezze» e «il diritto incerto come diceva Bobbio e prima ancora Lopez de Oñate non è neppure diritto ... Infatti i cittadini chiedono non regole ma richiedono regole certe che siano tali da garantire loro la prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei loro comportamenti e di conoscere quindi in anticipo cosa dal diritto sono autorizzati a fare e cosa in base al diritto sono liberi di fare così da poter programmare le azioni future».

<sup>115</sup> Si richiama, ancora una volta, la tesi secondo la quale non è possibile parlare di «sistema delle fonti», di F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?* cit., 7.

<sup>116</sup> G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, 538.

<sup>117</sup> N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, 38, 95-96.

<sup>118</sup> G. CANZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015*, al [sito](#) della Corte di cassazione, 22.

<sup>119</sup> G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, cit., 75.

<sup>120</sup> N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, IV, 2015, 1163.

<sup>121</sup> V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike giuridica, 2012 19.

<sup>122</sup> A. DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, cit., 124.

<sup>123</sup> R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva «quantistica»*, Franco Angeli, Milano, 2014, 7.

<sup>124</sup> In questo senso, A. DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, cit., 119 ss; C. PISANI, *Le tecniche di tutela nell'età della giurisdizione*, in *Atti giornate di studio AIDLASS, Tecniche di tutela nel diritto del lavoro*, La Tribuna, 2023.

compito di gestire la «frantumazione stellare del sistema delle fonti»<sup>125</sup>, armonizzando il tessuto normativo, sì da ricavare la regola che decide il caso concreto. Ed è nello svolgimento di tale attività che la giurisprudenza è sembrata talvolta allontanarsi dal dato normativo positivo, per sopperire a lacune o evidenti contraddizioni dello stesso, ma anche con l'obiettivo di «offrire una soluzione equa, giusta [...] o, in altri termini, ragionevole, e cioè asseritamente conforme ai principi e/o ai valori fondamentali dell'ordinamento»<sup>126</sup>.

In questo senso, ha giocato un ruolo rilevante l'obbligo di «interpretazione conforme a Costituzione» che «grava» in capo ai giudici. Come ben noto, infatti, nell'interpretare la legge, questi devono ricercare «un significato che si accordi con il significato desumibile da (o proponibile per) gli enunciati costituzionali»<sup>127</sup>. Ma le disposizioni costituzionali sono spesso «ricche di termini vaghi e indeterminati, valutativi, che rimandano a concetti etico-politici (libertà, eguaglianza, dignità, democrazia, ...)»<sup>128</sup>, essendo qualificate, proprio per tale ragione, come principi.

È, allora, anche l'opera di concretizzazione dei principi costituzionali cui i giudici sono stati (e sono ancora) chiamati che ha condotto ad una evoluzione del rapporto tra formanti di matrice legislativa e formanti di matrice giurisprudenziale nel senso della valorizzazione di questi ultimi, consentendo di discorrere di giurisprudenza «normativa» – oggi anche di «giurisprudenza creativa»<sup>129</sup> – in contrasto, per quanto in questa sede interessa, con l'esigenza di pronosticabilità degli esiti dei processi e di applicazione uniforme delle regole giuridiche<sup>130</sup>.

Peraltro, lo svolgimento dell'attività suddetta «può assumere le sembianze del dialogo o della cooperazione. Ma talvolta può assumere le sembianze del conflitto o della concorrenza: una concorrenza tra diversi organi dell'applicazione sulla migliore interpretazione della costituzione, e della legge alla luce della costituzione (le c.d. guerre tra corti)»<sup>131</sup>.

In questa prospettiva, lo stesso assoggettamento dei giudici unicamente alla legge si è posto come ragione atta a rendere ulteriormente controverso il valore della certezza del diritto, acconsentendo a che il giudice di merito possa disattendere finanche un orientamento reso in sede di nomofilachia dalla Corte di Cassazione – non essendo quest'ultimo assimilabile allo *ius superveniens* – facendo applicazione dell'indirizzo giurisprudenziale che ritiene più idoneo a definire in modo corretto la controversia<sup>132</sup>.

<sup>125</sup> V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 19.

<sup>126</sup> F. DI CIOMMO, *Può la giustizia essere ingiusta? Dalla giurisprudenza normativa alla giustizia del caso concreto, tra (in)certezza del diritto, imprevedibilità delle soluzioni, liquidità dei rapporti giuridici e dubbi di costituzionalità*, in F. Di Ciommo, S. Troiano (a cura di), *Il diritto liquido: giurisprudenza e autorità indipendenti nel (c'era una volta?) sistema delle fonti. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Roma, 2018, 127 ss.

<sup>127</sup> F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, n. 8/2019, 69, il quale afferma «ciò, perché la superiorità o condizionalità della Costituzione rispetto alla legislazione, lungi dal risolversi nella mera relazione – che può essere negativa – di validità-invalidità, implica anche – in positivo – la interpretazione sistematica della seconda alla luce della prima, poiché le disposizioni normative prodotte dalle fonti diventano norme solo a seguito della interpretazione degli (attribuzione di significato agli) enunciati linguistici prodotti dal legislatore. E allora, se non c'è ancora la norma, non si può discutere di validità-invalidità».

<sup>128</sup> G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2018, 2, 517.

<sup>129</sup> F. DI CIOMMO, *Può la giustizia essere ingiusta?* cit., 127 ss.

<sup>130</sup> Occorre precisare che è ben noto che gli stessi «termini» consentano di evitare l'eccessiva rigidità dell'ordinamento, rendendolo capace di adattarsi alle novità del tempo senza specifici e tempestivi interventi del legislatore. Si è parlato di «polmoni vitali dell'ordinamento» o di «valvole di apertura per l'adeguamento delle formule legislative alla vita sociale». In tal senso, A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1999, 47; A. KAUFMANN, *Analogia e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo* (1965), trad. it., Napoli, 2003, 22-23.

<sup>131</sup> *Ibid.*

<sup>132</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 12 gennaio 2007, n.565 e Cass. civ., sez. II, 30 luglio 2021, n.21936. Nella letteratura, esprimono riserve sul tema, F. ROSELLI, *Appunti sull'affidamento come principio generale vincolante anche i soggetti pubblici*, in *Giustizia Civile*, n. 2 del 2021, 377 ss.; A. CARRATTA, *Il giudice e l'interpretazione della norma processuale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 1 del 2020, 100-135; P. COMOGLIO, *Minime riflessioni di ordine sistematico in tema di perpetuatio iurisdictionis, tempus regit actum e overruling processuale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 2 del 2013, 525-540.

In un contesto siffatto, ci si è interrogati «se lo Stato costituzionale contemporaneo sia compatibile con il valore della certezza – ovvero, in termini meno drastici, quale sia il posto della certezza del diritto nello Stato costituzionale contemporaneo»<sup>133</sup>.

Più spesso, si è riconosciuto che la certezza del diritto rappresenti un proponimento irrinunciabile per l'ordinamento<sup>134</sup>. Difatti, «il diritto come regola di comportamento nasce per dare certezze»<sup>135</sup>, e «l'idea di un ordinamento dagli effetti imprevedibili comprende quella dell'instabilità determinata da norme che scombinano relazioni giuridiche già assestate o che minacciano irragionevolmente diritti ormai quesiti»<sup>136</sup>.

Si è, pertanto, parlato della certezza del diritto come di una «Araba fenice che non esiste ma della quale non si riesce a fare a meno»<sup>137</sup>: anche di fronte una produzione normativa sempre più abbondante, caotica, continuamente modificata, piena di formule oscure e compromissorie, che lascia aperti margini molto ampi di «creatività» da parte del giudice, è ugualmente avvertita «da parte dei singoli l'esigenza irrinunciabile di quello che, secondo una tendenza oggi largamente diffusa a presentare ogni discorso su valori e principi come un discorso su diritti, può definirsi diritto alla certezza»<sup>138</sup>.

Alcune ricostruzioni, nella stessa prospettiva, hanno parlato di «diritto alla sicurezza»<sup>139</sup>. D'altra parte, come si è detto, «la sicurezza giuridica, a sua volta, presenta una dimensione oggettiva, di chiara derivazione hobbesiana, che Peces Barba definisce sicurezza attraverso il diritto e una dimensione soggettiva, la sicurezza nel diritto, che altro non è, appunto, che la certezza giuridica in senso stretto»<sup>140</sup>. Dunque, pur nella consapevolezza che il diritto è «una sostanza vivente», sicché «come la vita, renderne conto in modo completo e perfetto è al tempo stesso necessario e

<sup>133</sup> G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, cit., 517 ss.

<sup>134</sup> F. LÓPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968; C. CARIA, *Dialogo intorno a «La certezza del diritto» - Lopez de Oñate e Carnelutti a confronto*, in *Riv. filosofia dir.*, 2019, 163; F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, 81 ss.; M. CAVINO, *Corte costituzionale e certezza del diritto*, in *Giur. it.*, 1999, 2359; M. CORSALE, *Certezza del diritto e legittimazione*, in *Sociologia dir.*, 1984, 1, 155; M. CORSALE, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1970; G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1073; P. DAMIANI, *La certezza del diritto come parametro nei giudizi di costituzionalità - Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, in *Giur. cost.*, 1999, 2347; F. FALATO, *La relatività del giudicato processuale. Tra certezza del diritto e cultura delle garanzie nell'Europa dei diritti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; L. FULLER - A. PORCIELLO, *Scritti sulla certezza tra teoria e prassi del diritto*, Pisa, ETS, 2016; R. GUASTINI, *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?* in *Le regioni*, 1986, 1090; L. LONGHI, *Certezza del diritto e diritto vivente*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 2018, 5, 2; L. LONGHI, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 2018, 5, 2; L. LONGHI, *La certezza del diritto oggi tra sovranità legislativa e democrazia giurisdizionale*, in *Nomos*, 2019, 1, 1; L. LORENZI, *La certezza del diritto*, in *Foro it.*, 1956, IV, 73/74-77/78;; C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore - Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 2000; L. PEGORARO, *La tutela della certezza giuridica in alcune costituzioni contemporanee*, in M. Jori - L. Gianformaggio (a cura di), *Scritti per U. Scarpelli*, Milano, Giuffrè, 1997; G. PERLINGIERI, *Portalìs e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 549; A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in *Le fonti del diritto - Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, Plus, 2006, 129; S. SEPE, E. CROBE, *Legislazione flessibile. Certezza del diritto, legalità, buon governo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; E. SINA, *Certezza del diritto e leale cooperazione. Quando due principi dell'ordinamento comunitario muovono apparentemente in direzioni contrapposte*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2008, 907; F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, in C.E. Paliero (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, ESI, 2016.

<sup>135</sup> M. IMMORDINO, *Il principio di certezza del diritto nei rapporti tra Amministrazione e cittadini*, cit., 24 ss.

<sup>136</sup> S. MARGIOTTA, *Certezza del diritto e diritto positivo*, cit., 2.

<sup>137</sup> G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, cit., 11.

<sup>138</sup> C. FARALLI, *Certezza del diritto o diritto alla certezza? Materiali per una storia della cultura giuridica*, Fascicolo 1, giugno 1997, 102.

<sup>139</sup> R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *Atti delle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa - Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica* (Castello di Modanella - Rapolano Terme / Siena, 8 – 9 giugno 2018), in [federalismi.it](http://federalismi.it).

<sup>140</sup> C. FARALLI, *Certezza del diritto o diritto alla certezza? Materiali per una storia della cultura giuridica*, cit., 104.

impossibile»<sup>141</sup>, si è messa in luce la necessità che la cultura giuridica del costituzionalismo contemporaneo si doti comunque di «anticorpi in chiave di certezza del diritto, anche per evitare che lo Stato costituzionale, esasperando alcune sue dinamiche interne, finisca per fagocitare le sue stesse conquiste (in termini di diritti, libertà, eguaglianza, ecc.)»<sup>142</sup>.

Si è rilevata, in altri termini, l'esigenza di determinare la soglia oltre la quale l'incertezza (fisiologica) delle leggi non può spingersi, per fare in modo che rimangano fisse le direttrici rivolte a tutelare i diritti fondamentali e a preservare i capisaldi dello Stato di diritto<sup>143</sup>.

Con le sentenze in esame, la Corte costituzionale è sembrata muoversi proprio lungo questi binari.

Ben consapevole del funzionamento del sistema giuridico, la Corte non è arrivata a riconoscere l'esistenza di un «diritto alla certezza» o alla «calcolabilità giuridica». Al contrario, la stessa si è mostrata conscia del ruolo della giurisprudenza nel panorama ordinamentale italiano, chiamata allo svolgimento di un compito che la Corte stessa definisce «essenziale», quello di dipanare gradualmente, attraverso gli strumenti dell'esegesi normativa, i dubbi interpretativi che ciascuna disposizione inevitabilmente solleva.

Difatti, il linguaggio normativo può essere naturalmente «enigmatico» e fisiologicamente complesso per chi non possiede specifiche competenze tecniche, atteso che è la complessità delle materie che il legislatore si trova a regolare che spesso esige una disciplina normativa a sua volta «intricata».

Cionondimeno, ogni consociato ha ugualmente un'ovvia aspettativa a che la legge definisca *ex ante*, e in maniera *ragionevolmente affidabile*, i limiti entro i quali i suoi diritti e interessi legittimi potranno trovare tutela, sì da poter compiere su quelle basi le proprie libere scelte d'azione. Proprio per questo, esiste un limite oltre il quale l'incertezza normativa non può spingersi, e tale limite è individuato dalla Corte costituzionale, appunto, nella adozione di un dettato normativo «irrimediabilmente oscuro».

Quando viene adottata una disposizione foriera di intollerabile incertezza, le dinamiche interne dello Stato costituzionale sembrano proprio «fagocitare le stesse conquiste»<sup>144</sup> di quest'ultimo in particolare in termini di eguaglianza. Difatti, come si è detto, la legge irrimediabilmente oscura crea inevitabilmente le condizioni per una sua applicazione diseguale, in violazione del principio di parità di trattamento tra i consociati, che costituisce il cuore della garanzia consacrata nell'art. 3 Cost.<sup>145</sup>.

È in questa direzione, allora, che la Corte costituzionale sembra affermare l'esistenza di un diritto che potrebbe essere definito alla «non radicale inintelligibilità delle disposizioni», le quali devono essere formulate in modo tale da non rendere impossibile all'interprete identificare anche solo un nucleo centrale di ipotesi riconducibili con ragionevole certezza alla fattispecie normativa astratta, per non vincolare in maniera solo apparente i poteri pubblici, ponendo gli individui al riparo da arbitrii e discriminazioni<sup>146</sup>.

<sup>141</sup> G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, cit., 76.

<sup>142</sup> G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, cit., 517 ss.

<sup>143</sup> G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, cit., 75.

<sup>144</sup> Ancora una volta si richiama in questo senso G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, cit., 517 ss.

<sup>145</sup> Si richiamano in questo senso le conclusioni di G. LORENZI, *La certezza del diritto*, in *Il Foro italiano*, 1956, vol. 79, 73 ss., il quale afferma che «è ovvio infatti che allorquando la norma si esprima in termini troppo sintetici o con formula ambigua ovvero sia logicamente difettosa, ne consegue che i vari giudici chiamati ad applicarla le attribuiscono interpretazioni difformi, cosicché il dare inizio a una lite presso un ufficio giudiziario piuttosto che presso un altro può equivalere, per uno dei contendenti, a riportare vittoria ovvero sconfitta. Senonché il subitaneo entusiasmo della parte vincitrice, potrà assai spesso venire represso a seguito del giudizio di appello, ma nulla vi sarà di sorprendente se la Corte Suprema di Cassazione riterrà invece esatta l'interpretazione attribuita alla norma oscura dai primi giudici, ridando certezza di vittoria alla parte sconfitta in grado di appello».

<sup>146</sup> Si tratterebbe di un diritto refrattario a possibili bilanciamenti con controinteressi collettivi. Si ribadisce che, nella prospettiva della Corte costituzionale, la Costituzione non imporrebbe l'adozione di enunciati normativi sempre chiari e



Che esista un diritto alla «non radicale inintelligibilità del tessuto normativo» era, per vero, una conclusione alla quale la Corte costituzionale era parsa giungere, seppure per motivi in parte diversi da quelli appena esposti, in relazione alla ammissibilità del *referendum* abrogativo.

Per spiegare le ragioni di tale affermazione occorre richiamare, seppure velocemente e limitatamente a quanto necessario ai fini della riflessione *de qua*, alcune considerazioni note della pubblicistica italiana intorno alla tematica da ultimo menzionata.

Come si è rilevato, «la giurisprudenza (costituzionale) ha profondamente innovato rispetto al giudizio di ammissibilità così come apparso ai primi commentatori del modello costituzionale», non riservandosi esclusivamente il potere di verificare l'appartenenza della legge oggetto di richiesta referendaria alle categorie di cui all'art. 75 Cost., ma – a partire dalla storica [sentenza n. 16 del 1978](#) – componendo un «quadro assai ricco ed articolato di limiti al *referendum*» abrogativo, ricavati implicitamente dal Testo costituzionale<sup>147</sup>.

In altri termini, la Corte costituzionale si è detta competente a giudicare sull'ammissibilità della richiesta di *referendum* alla luce sia dei criteri desumibili dall'art. 75, secondo comma, Cost., sia del complesso dei valori di ordine costituzionale, riferibili alle strutture od ai temi delle richieste referendarie, stabilendo se, ad integrazione delle ipotesi che l'indicata disposizione costituzionale ha previsto in maniera puntuale ed espressa, non s'impongano altre ragioni, costituzionalmente rilevanti, in nome delle quali si renda indispensabile precludere il ricorso al corpo elettorale<sup>148</sup>.

Così, la stessa è giunta a elaborare una serie di limiti connessi, per quanto in questa sede interessa, alla formulazione del quesito referendario, a protezione del voto espresso dagli elettori, i quali devono essere in grado di operare una scelta secca – sì o no – *libera e consapevole*, pena la violazione dell'art. 48 Cost.<sup>149</sup>.

Non è possibile in questa sede approfondire la questione appena menzionata. Deve, tuttavia, evidenziarsi che, proprio per verificare la rispondenza del quesito referendario ai requisiti in parola, in sede di giudizio sull'ammissibilità del *referendum*, la Corte ha tenuto progressivamente sempre maggiore conto della «normativa di risulta», cioè degli effetti sul quadro normativo prodotti da parte del *referendum* medesimo, in caso di esito positivo.

Questo orientamento del Giudice delle leggi ha evidentemente suscitato molteplici critiche in dottrina, che si sono appuntate, in special modo, sulla differente natura e sulla diversa funzione del giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo rispetto al vaglio di legittimità costituzionale del tessuto legislativo risultante dopo il suo svolgimento<sup>150</sup>.

intelligibili, bensì esclusivamente che non entrino in vigore disposizioni radicalmente oscure, in quanto foriere di intollerabile incertezza.

<sup>147</sup> A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, VII ed., 2022, 382.

<sup>148</sup> Cfr. da ultimo, Corte cost., [sentt. n. 59 del 2022](#), [n. 10 del 2020](#), [n. 5 del 2015](#), [n. 13 del 2012](#), [n. 28 del 2011](#), [n. 27 del 2011](#), [n. 26 del 2011](#), [n. 25 del 2011](#).

<sup>149</sup> La Corte ha richiesto, tra l'altro, che la proposta referendaria sia razionale, omogenea, coerente, univoca ed intellegibile, ma anche completa ed espressione di una matrice razionalmente unitaria. Sul tema la letteratura è sterminata. Per una ricostruzione complessiva, v. M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *La formazione delle leggi*, tomo I, 2, in *Il Foro Italiano*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2005, 1-745.

<sup>150</sup> Si v. sul punto A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, VII ed., 2022, 390-391; A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Giappichelli, Torino, 2010, 177 ss.; L. PALADIN, *Profili problematici della giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità del referendum*, ne *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 luglio 1996*, Giuffrè, Milano, 1998, 9 ss.; F. MODUGNO, P. CARNEVALE, *Divagazioni in tema di referendum abrogativo e di giudizio di ammissibilità delle proposte di abrogazione popolare a diciotto anni dalla sentenza n. 16 del 1978*, ivi, 45 ss.; N. VIZIOLI, *Chiarezza, univocità ed omogeneità nella giurisprudenza costituzionale sul referendum abrogativo*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, a cura di S. Panizza, Giappichelli, Torino, 2001, 415 ss.; S. NICOLAI, *Il giudizio sull'ammissibilità del referendum*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989)*, Giappichelli, Torino, 1990, 269 ss.; A. PERTICI, *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, ivi, 492 ss.

Le critiche in parola, tuttavia, non sono state recepite dalla giurisprudenza costituzionale, nonostante, per vero, quest'ultima non abbia offerto sul punto spunti sempre lineari.

In particolar modo, per quanto in questa sede interessa, la Corte costituzionale ha richiesto che la proposta referendaria debba essere coerente e completa, dovendo tendenzialmente interessare l'intera disciplina in ordine al medesimo oggetto della richiesta medesima.

Per valutare il suddetto requisito, la stessa ha progressivamente valorizzato il «seguito» legislativo al *referendum*. A fronte del riscontro di «elementi normativi» estranei alla richiesta referendaria (idonei, dunque, a rimanere immutati anche in caso di suo esito positivo) *marginali*, la Corte ha ritenuto ragionevole affidare alla discrezionalità del legislatore ed all'interpretazione sistematica della giurisprudenza, il compito di ricondurre la disciplina ad unità ed armonia, in caso di esito positivo del *referendum*.

Laddove, invece, di detti «elementi normativi» esclusi dalla proposta referendaria la Corte ha rilevato la non secondarietà o marginalità, la stessa si è orientata nel senso della inammissibilità del *referendum* medesimo, proprio in quanto in grado di generare un tessuto normativo foriero di intollerabile incertezza.

È in questo senso, allora, che si è rilevato che la giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità del *referendum* abrogativo era già giunta alla definizione della soglia di incertezza normativa «tollerabile», peraltro, anche in quella sede, riconoscendo l'importanza del ruolo della giurisprudenza, oltreché degli interpreti in genere, nella ricomposizione del quadro normativo che inevitabilmente può presentare margini più o meno ampi di precisione e chiarezza.

Le decisioni in commento sembrano quindi riprendere, *mutatis mutandis*, lo stesso indirizzo interpretativo, a garanzia della certezza del diritto, che permane un'aspirazione dello Stato costituzionale, pur nella consapevolezza della radicale trasformazione dell'ordinamento giuridico e dell'equilibrio tra i suoi poteri<sup>151</sup>.

### 7. Le pronunce della Corte nel solco della giurisprudenza europea in tema di certezza del diritto

Considerando quanto appena detto, ci si può domandare se le pronunce della Corte costituzionale – che pure evidentemente presentano un rilievo esclusivamente interno – non si pongano forse nel solco dell'indirizzo interpretativo elaborato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

È noto, invero, che il Giudice di Lussemburgo ha tracciato una «strada» per impostare il rapporto tra formanti di matrice normativa e formanti di matrice giurisprudenziale in modo tale da garantire la certezza del diritto, da tempo riconoscendo che quest'ultima rappresenta un principio generale del diritto dell'Unione europea, tra quelli richiamati dall'art. 6, paragrafo 3, TUE<sup>152</sup>.

In particolare, la Corte è giunta a determinare, per un verso, aspetti di natura redazionale degli atti normativi (delle istituzioni europee o nazionali, quando attuativi del diritto dell'Unione) e, per altro verso, principi idonei a fungere da guida, oltreché per i *decision maker*, anche per i giudici, comunitari e nazionali – quando chiamati ad interpretare e dare attuazione al diritto «euro-unitario» – nella prospettiva di garantire «la applicazione prevedibile [di quest'ultimo] per i [suoi] destinatari»<sup>153</sup>.

<sup>151</sup> È chiaro il richiamo a F. DI CIOMMO, *Può la giustizia essere ingiusta?* cit., 127 ss.

<sup>152</sup> In particolare, la Corte di Giustizia riconduce l'esigenza di certezza del diritto al principio della *rule of law*, valore sancito nell'articolo 2 TUE, al quale la Corte stessa non fa riferimento in quanto mero requisito formale e procedurale, evidenziandone bensì il valore sostanziale, specificando che «Unione di diritto» implica che le istituzioni UE sono soggette al controllo giurisdizionale della conformità dei loro atti non solo rispetto al trattato ma anche rispetto «ai principi generali del diritto di cui fanno parte i diritti fondamentali» (cfr. ex pluribus, causa C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores, Raccolta 2002, pag. I-06677, punti 38 e 39; cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, Kadi, Raccolta 2008, pag. I-06351, punto 316).

<sup>153</sup> Corte giust. UE, sentt. 15 dicembre 1987, causa 325/85, Irlanda/Commissione, Racc. pag. 5041, punto 18; 15 febbraio 1996, causa C-63/93, Duff e a., Racc. pag. I-569, punto 20, nonché Belgio e Forum 187/Commissione, cit., punto 69.

Così, sotto il primo profilo, la stessa ha richiesto che, nelle materie di competenza dell'Unione, le disposizioni siano formulate in modo «chiaro e preciso, affinché i singoli possano conoscere senza ambiguità i propri diritti ed obblighi e regolarsi di conseguenza»<sup>154</sup> – giungendo ad accertare, ad esempio, la responsabilità degli Stati membri per infrazione degli obblighi «euro-unitari»<sup>155</sup> a fronte di normative nazionali attuative del diritto dell'Unione oscure o anfibologiche<sup>156</sup>.

Sotto il secondo profilo, invece, essa ha imposto «ai giudici nazionali criteri d'interpretazione dei medesimi testi normativi nel segno del primato dell'interpretazione letterale»<sup>157</sup>.

Per una via e per l'altra, dunque, la Corte di Giustizia ha posto al centro dell'attenzione il dato normativo positivo<sup>158</sup>, sul presupposto che, come si è detto, «il testo di una disposizione costituisce sempre il punto di partenza e al contempo il limite di ogni interpretazione»<sup>159</sup>.

È, d'altra parte, raccogliendo lo stesso invito del Giudice di Lussemburgo che le istituzioni dell'Unione hanno profuso, almeno nel corso dell'ultimo ventennio, un costante impegno per garantire la qualità della regolazione a livello sovranazionale e supportare i legislatori interni nel perseguimento della stessa istanza<sup>160</sup>.

Difatti, nella prospettiva di osservare le statuizioni della Corte di Giustizia, le istituzioni «euro-unitarie» hanno portato avanti azioni mirate alla garanzia di una legislazione di qualità (*high-quality legislation*) efficiente, efficace, semplice e chiara e che eviti l'eccesso di regolamentazione e gli oneri inutili per i cittadini, le autorità pubbliche e le imprese, in particolare le piccole-medie

<sup>154</sup> Corte giust. UE, Sez. VI, 28 febbraio 2019, causa 14/18 – analogamente, Corte giust. CE, 15 febbraio 1996, causa 63/93, punto 20; 7 giugno 2007, causa 76/06, punto 79; 18 novembre 2008, causa 158/07, punto 67; 8 dicembre 2011 nel procedimento 81/10. Vedi anche Corte giust. CE, 21 settembre 1983, cause riunite da 205 a 215/82, e 11 luglio 1990, causa 323/88.

<sup>155</sup> Sul tema, v. S. MARGIOTTA, *Certezza del diritto e diritto positivo*, cit., 22 ss.

<sup>156</sup> Ad avviso della Corte, l'esigenza di chiarezza normativa si rafforza, in particolare, nel caso in cui le disposizioni generino «conseguenze sfavorevoli per gli individui e le imprese». Cfr. in questo senso, Corte giust. CE, 15 febbraio 1996, causa 63/93. V. anche Corte giust. UE, 14 aprile 2005, causa 110/03; 21 giugno 2007, causa 158/06; 10 settembre 2009, causa 201/08. Come rileva la Corte di Giustizia, d'altro canto, l'esigenza «che le norme giuridiche siano chiare, precise e prevedibili nei loro effetti» (ovvero la loro «applicazione sia prevedibile per gli amministrati») è particolarmente sentita quando le norme «possono comportare conseguenze sfavorevoli in capo ai singoli e alle imprese» - così Corte giust. UE, 17 luglio 2008, 347/06.

<sup>157</sup> A. DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, cit., 130.

<sup>158</sup> *Ibid.*

<sup>159</sup> Come rilevato dall'avvocato generale Trstenjak al paragrafo 37 delle sue conclusioni nella causa Agrana Zucker (C-33/08, EU:C:2009:99).

<sup>160</sup> Per una ricostruzione del contesto sovranazionale nel quale si innestano le azioni a garanzia della qualità della legislazione si rinvia a: Senato della Repubblica. Servizio per la qualità degli atti normativi, *Better regulation for better results* – Momenti, soggetti e obiettivi delle politiche europee per la qualità della regolamentazione, a cura di L. Tafani, marzo 2015. Dal documento menzionato, emerge che «sino agli anni Novanta, il dibattito sulla regolamentazione europea si è incentrato intorno a problemi di qualità redazionale dei testi (cosiddetto *drafting* formale) e sugli strumenti e i metodi proposti dalla tecnica legislativa, piuttosto che sulla questione di come governare le politiche regolative in un sistema multilivello, quale quello dell'unione europea. La cura della qualità redazionale dei testi legislativi è considerata dalle istituzioni europee indispensabile perché la legislazione possa essere compresa meglio e attuata correttamente. Particolare attenzione è posta sulle implicazioni del multiculturalismo. Gli atti emanati dalle istituzioni devono essere formulati in modo comprensibile e coerente e secondo regole uniformi di presentazione e di tecnica legislativa affinché i cittadini e gli operatori economici possano conoscere i loro diritti e i loro obblighi, gli organi giurisdizionali possano assicurare il rispetto della legge e gli Stati membri possano procedere, ove necessario, a un'attuazione del diritto interno corretta e tempestiva. Evidente è il nesso tra la redazione chiara e coerente delle norme e il principio di certezza del diritto che deve informare ogni ordinamento giuridico e quindi anche l'ordinamento europeo». Al contempo, l'impegno profuso dalle istituzioni «euro-unitarie» si è reso strumentale alla individuazione di regole di «policy-making» e «law-making» in grado di assicurare che le politiche e le leggi siano a prova di futuro, adatte allo scopo, semplici, basate su dati concreti, aperte e trasparenti. E sono stati così enucleati principi comuni per il ricorso alla regolamentazione (di necessità e di proporzionalità, di trasparenza, responsabilità e sussidiarietà) e illustrate pratiche di regolamentazione raccomandate, come il ricorso a strumenti alternativi alla regolamentazione, l'analisi di impatto, gli strumenti di consultazione e di accesso alla legislazione. Sul tema, cfr. G. VERDE, *Alcune considerazioni sulla semplificazione normativa nella prospettiva dell'ordinamento comunitario*, in *Osservatorio sulle fonti*, ottobre 2000, 1 ss.

imprese<sup>161</sup> – mantenendo un «approccio integrato», cioè tenendo in considerazione tutti i livelli di normazione coinvolti nell’attuazione del diritto «euro-unitario» e non solo quest’ultimo.

Si è parlato, sotto quest’ultimo profilo, di *multi-agency approach* proprio per indicare la *close cooperation and coordination between all the actors involved at the EU and Member State levels*<sup>162</sup>.

Pur non intendendo dilungarsi sul punto, può dirsi che le azioni avviate a livello «euro-unitario» a garanzia di un quadro regolatorio chiaro e non frammentario hanno trovato la propria base giuridica negli articoli 3 e 5 TUE, che rispettivamente richiamano la competenza dell’Unione europea alla instaurazione di una unione economica e monetaria, imponendo il rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità<sup>163</sup>.

D’altra parte, è opinione comune che il sistema regolatorio condizioni in modo significativo il funzionamento delle economie di mercato.

Come si è evidenziato, «un’accentuata inflazione legislativa e un elevato grado di inquinamento normativo (*regulatory pollution*), determinati da una enorme quantità di norme, stratificate nel tempo, spesso contraddittorie e non coordinate fra loro»<sup>164</sup>, ingenerano confusione ed arbitrarietà. Ma le imprese e gli operatori economici in genere abbisognano di basi giuridiche chiare e stabili per agire sul mercato, sicché il fenomeno appena descritto finisce per allontanare gli investimenti, rallentare la crescita di uno Stato, rendendo l’economia di quest’ultimo meno attrattiva e dunque meno competitiva.

Esiste, quindi, una stretta correlazione tra qualità della regolazione e funzionalità del sistema economico di un Paese. Ed occorre considerare che l’efficienza e la razionalità del sistema economico degli Stati membri rappresentano condizioni indispensabili per il buon funzionamento del mercato interno dell’Unione.

Al contempo, però, le politiche in esame portate avanti dalle istituzioni europee sono state saldate al principio dello stato di diritto, che rappresenta uno dei valori fondamentali dell’Unione,

<sup>161</sup> In questo senso, l’accordo interistituzionale «Legiferare Meglio» tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell’Unione europea e la Commissione europea, Accordo Interistituzionale, del 13 aprile 2016 «Legiferare Meglio».

<sup>162</sup> Cfr. la Comunicazione della Commissione europea, *Opinion of the Economic and Social Committee on the Request by the European Commission for the Committee to draw up an exploratory Opinion on the Communication from the Commission — simplifying and improving the regulatory environment* (COM(2001) 726 final). Proprio sotto quest’ultimo profilo, direttamente connesso al principio di leale collaborazione tra l’Unione europea e gli Stati membri, fondato nell’art. 4 TUE, trovano giustificazione i costanti inviti a «migliorare la regolamentazione» operati dalle istituzioni «euro-unitarie» verso l’Italia, espressi anche in tutte le più recenti *country specific recommendation*, adottate nell’ambito del semestre europeo. A tali richiami, come noto, il Governo ha provato a rispondere anche con il Piano nazionale di ripresa e resilienza.

<sup>163</sup> Cfr. in tal senso L. Tafani (a cura di), *Better regulation for better results. Momenti, soggetti e obiettivi delle politiche europee per la qualità della regolamentazione, Servizio per la qualità degli atti normativi, Approfondimenti n. 1*, pubblicato sul [sito](#) del Senato, in cui si sottolinea che «da un lato, il principio di sussidiarietà obbliga a considerare la cosiddetta opzione zero, cioè impone di prendere in considerazione l’opportunità di non adottare nessun provvedimento normativo e in questo senso contribuisce a contenere la produzione normativa, dall’altro lato, il richiamo al principio di proporzionalità comporta valutazioni e studi di fattibilità (cosiddetta analisi *ex ante*) e verifiche *ex post*, ossia monitoraggi costanti sull’impatto della legislazione contribuendo a favorire, almeno potenzialmente, una maggior efficacia della normativa e delle politiche europee ad essa connesse». A conferma di quanto appena richiamato, si veda il *Commission Staff Working Document, Better Regulation Guidelines*, del 3 novembre 2021 (SWD(2021) 305 final), in cui dopo la definizione di *better regulation* si sottolinea «*this is to ensure that the EU acts in line with the overarching principles of subsidiarity and proportionality, i.e. only where necessary and in a way that does not go beyond what is needed to address the problem at hand*».

<sup>164</sup> F. BASSANINI, S. PAPARO e G. TIBERI, *Qualità della regolazione: una risorsa per competere. Metodologie, tecniche e strumenti per la semplificazione burocratica e la qualità della regolazione*, al [sito](#) di Franco Bassanini, 1. Gli Autori sottolineano come «la crescita ipertrofica del numero delle leggi e dei regolamenti (*regulatory inflation*), dei carichi regolativi (*regulatory costs*) che gravano sulle attività di cittadini, imprese e amministrazioni pubbliche e la complessità degli adempimenti burocratici (*compliance costs*) imposti per assicurare e verificare il rispetto di tali regolazioni caratterizzano, sia pure in forme e misure diverse, tutti i sistemi dei Paesi maggiormente industrializzati, in specie europei. Come è noto, essi costituiscono uno dei fattori più rilevanti della crisi di competitività dei loro sistemi economici».

sancito dall'articolo 2 TUE, inteso anche quale *conditio sine qua non* per la tutela di tutti gli altri valori fondamentali dell'Unione<sup>165</sup>.

A livello sovranazionale, si è quindi promosso il «ritorno al testo normativo»<sup>166</sup>, al fine di evitare la «deriva della giurisdizione verso l'instabilità del diritto liquido, in un giusto equilibrio tra la dimensione creativa e plurale del diritto giurisprudenziale e i principi di uniformità e di prevedibilità della decisione»<sup>167</sup>.

Lungo la stessa direzione sembra muoversi adesso anche la Corte costituzionale italiana, la quale, con le decisioni in commento, come si è visto, pur non giungendo ad elaborare limiti «positivi» che il legislatore incontra nell'adozione degli atti normativi di rango primario (in termini di chiarezza, semplicità, intellegibilità delle disposizioni), ha determinato un limite «negativo» alla discrezionalità connaturata alla funzione legislativa, che non può estrinsecarsi in disposizioni radicalmente oscure, affinché non siano vincolati in maniera soltanto apparente il potere amministrativo e giudiziario.

È allora interessante rilevare come le decisioni in esame arrivino e siano pronunciate in un contesto storico del tutto peculiare.

La Commissione europea ha parlato di *collision of crisis*<sup>168</sup>, riferendosi all'invasione russa dell'Ucraina che ha riportato in Europa l'orribile realtà della guerra, unita al tragico tributo di vite umane e di devastazioni in continuo aumento, ed ai riverberi del conflitto nel continente e nel resto del mondo, considerando per prime le crisi energetiche che ne sono derivate, le quali hanno acuito l'aggravio già crescente del costo della vita che ha intaccato la ripresa europea post-pandemia<sup>169</sup>.

Si tratta di un *unique set of circumstances*<sup>170</sup> che avrebbe stimolato l'esigenza di rendere le economie e le democrazie dei Paesi dell'Unione più resistenti, ulteriormente rimarcando, al contempo, per quanto in questa sede di maggiore interesse, l'esigenza di certezza del diritto.

Difatti, l'impegno di offrire un quadro regolamentare semplice, chiaro, stabile e prevedibile alle imprese, ai lavoratori, ai cittadini e alle amministrazioni pubbliche si rafforza in contesti di crisi, ove è necessario rinsaldare la c.d. «sicurezza dei traffici»<sup>171</sup>.

Come si è detto, «le crisi non fanno che porre in maggiore evidenza il bisogno di affrontare le cause della cattiva qualità delle regole e di utilizzare gli strumenti per la buona qualità delle stesse»; durante il loro corso alcune delle patologiche conseguenze che derivano da un certo uso della tecnica normativa non possono più essere accettate<sup>172</sup>.

<sup>165</sup> Cfr., in questo senso, il 2022 *Rule of law report - Communication and country chapters* del 13 luglio 2022. Difatti, «la qualità delle regole costituisce un elemento essenziale dello Stato di diritto (nel quale sono in principio perseguiti gli obiettivi della chiarezza dei precetti e della non retroattività delle regole) e risponde alle basilari esigenze delle democrazie liberali, ma non solo». In quest'ottica, la «cattiva legislazione» influenza anche il rapporto intercorrente tra governanti e governati, determinando così il grado di fiducia che i secondi ripongono nelle istituzioni pubbliche in genere e in particolare in quelle rappresentative. Sul punto, v. U. MORERA e N. RANGONE, *Sistema regolatorio e crisi economica*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 2/2013, 383.

<sup>166</sup> A. DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, cit., 128 ss. L'Autore sottolinea, quindi, come la Corte di Giustizia dell'Unione europea abbia mostrato che per «uscire da alluvionalità e incertezze e per evitare la deriva della giurisdizione verso l'instabilità del diritto liquido, per passare insomma dal disordine all'ordine», non ci sono solo «la rete della nomofilachia e i precedenti».

<sup>167</sup> G. CANZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015*, cit.. Per vero, l'Autore riconosce alla Cassazione la funzione indicata nel testo, attraverso «la definizione dei corretti criteri ermeneutici e il controllo di razionalità dell'opera di selezione della regola effettuata dal giudice di merito».

<sup>168</sup> Si v. in tal senso la comunicazione della Commissione europea del 18 ottobre 2022, *Commission work programme 2023, A Union standing firm and united* (COM(2022) 548 final), che ha tra l'altro promosso un rafforzamento delle misure dirette a garantire la qualità della regolazione, riaffermando l'importanza del tema nell'attuale contesto di crisi.

<sup>169</sup> *Ibid.*

<sup>170</sup> *Ibid.*

<sup>171</sup> M. B. CAROSI, *Certezza dei diritti e sicurezza dei traffici: una riflessione economico-comparata*, in *Politica del diritto*, fasc. 3/ 2018, 449 ss.

<sup>172</sup> U. MORERA e N. RANGONE, *Sistema regolatorio e crisi economica*, cit., 384-385. È proprio a conferma di quanto appena affermato nel testo che si pongono le rinnovate pressioni che le istituzioni «euro-unitarie» hanno recentemente

È, allora, in un contesto siffatto che va ad inserirsi il contributo che la Corte costituzionale ha espresso sulla qualità della regolazione, che sembra aprire nuovi scenari di dialogo con il legislatore sul *drafting* legislativo, sul «buon confezionamento» delle leggi e, in ultimo, sulla garanzia della certezza del diritto.

Invero, il Giudice delle leggi ha da tempo mostrato di comprendere come «l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, la quale condiziona l'agire degli operatori sul mercato», riconoscendo che la «cattiva legislazione»<sup>173</sup> genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale.

Adesso, lo stesso sembra mostrarsi consapevole anche della circostanza che la qualità delle regole rappresenta un fattore essenziale di ausilio alla soluzione delle crisi.

È dunque forse anche la valutazione del contesto che ha condotto la Corte ad avanzare nel suo cammino interpretativo sulla qualità della legislazione, ponendosi nel solco dell'indirizzo consolidato del Giudice di Lussemburgo. Non sembra un caso, d'altro canto, che, nelle decisioni in esame, la Corte abbia espressamente sottolineato come i fenomeni degenerativi della legislazione appaiano tanto più intollerabili, quanto più riguardino materie che presentano «un chiaro rilievo sul piano economico»<sup>174</sup>.

---

manifestato sullo stesso tema. Nell'attuale contesto di crisi, invero, i moniti di cui si parlava, tesi a sensibilizzare le istituzioni nazionali verso le esigenze di qualità della regolazione, sono stati ulteriormente rinnovati. Cfr., per un verso, la risoluzione del Parlamento europeo del 7 luglio 2022 sul tema «Legiferare meglio: unire le forze per produrre leggi migliori» (2021/2166(INI)), con la quale è stato accolto con favore l'obiettivo della Commissione di offrire, attraverso il diritto «euro-unitario», i massimi benefici ai cittadini e alle imprese, invitando gli Stati membri e la Commissione medesima a riconoscere la necessità di legiferare meglio. Per altro verso, v. il menzionato programma di lavoro per il 2023 adottato dalla Commissione europea.

<sup>173</sup> L'espressione richiama G. RIVOCCHI, *Audizione, ai sensi dell'art. 143, comma 2, del regolamento, sulle attuali tendenze della produzione normativa*, cit., 1 ss.

<sup>174</sup> [Sent. n. 147 del 2023](#).

Alessandra Mazzola

## L'effettività del suffragio tra astensionismo e nuove modalità di espressione alla luce dei principi costituzionali\*

**ABSTRACT:** *After a brief introduction on the institution of political representation, the growing phenomenon of abstentionism during electoral consultations is highlighted. Among the various “types” of abstentionism identified in the Libro bianco sull’astensionismo published in 2022, attention is focused on the so-called involuntary abstentionism. A reflection then follows on the difficult balance between respecting the characteristics of the right to vote, as enshrined in Article 48, second paragraph, of the Constitution, and the ineffectiveness of its exercise by some voters. This balance is then examined in relation to various alternatives in the manner of expressing vote, evaluating whether the potential expansion of the electorate able to cast their vote may compromise the principles of personality, equality, freedom, and secrecy.*

SOMMARIO: 1. Diritto di voto e astensionismo elettorale. – 2. Il bilanciamento tra le garanzie del diritto di voto e la sua effettività. – 3. Alcune alternative per ridurre l’astensionismo salvaguardando i canoni sanciti dall’art. 48, comma 2, Cost.

### 1. Diritto di voto e astensionismo elettorale

Tra i principi costituzionali che consentono il raccordo fra Stato-apparato e Stato-comunità va incluso quello democratico-rappresentativo, che prende forma anzitutto attraverso l’affermazione contenuta nell’art. 1 Cost. circa l’appartenenza al popolo della sovranità, la quale è, per sua natura, «strettamente collegata al momento elettorale»<sup>1</sup>.

Una delle principali forme attraverso cui è possibile esercitare la sovranità popolare è, infatti, l’espressione del suffragio durante le consultazioni politiche<sup>2</sup>. In proposito, l’art. 48, comma 1, Cost. riconosce a tutti i cittadini che hanno raggiunto la maggiore età il diritto di voto, ferma la possibilità di limitarlo in caso di incapacità civile, indegnità morale e per effetto di una sentenza penale irrevocabile, come prescrive riserva di legge contenuta nel comma 4.

Il comma 2 dell’art. 48 Cost. afferma altresì che l’esercizio del suffragio rappresenta un dovere civico<sup>3</sup>; la norma richiama verosimilmente la natura ancipite delle posizioni giuridiche soggettive

---

\* 

<sup>1</sup> A. APOSTOLI, *L’art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 3/2018, 16. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, 262, ha invero sostenuto che l’“essenza” della forma repubblicana risiede nel «riconoscere che ogni regime effettivamente democratico si regge sul principio rappresentativo». L. CARLASSARE, *Solidarietà, un progetto politico*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2016, 63, tra gli altri, ha precisato che «votare per l’elezione dei propri rappresentanti è la prima condizione perché di democrazia si possa parlare, la più elementare espressione della sovranità del popolo, la quale – se di certo non si esaurisce nel momento elettorale potendo essere esercitata dai cittadini anche individualmente – trova nel voto la sua più significativa manifestazione». C’è stato anche chi ha sostenuto che l’appartenenza della sovranità al popolo va legata al principio personalista che, in una «scala gerarchica» dei diritti, pone al vertice quello di «far discendere la soggezione del popolo all’autorità statale» a seguito della partecipazione del corpo elettorale alla formazione dei poteri pubblici di modo che abbiano la possibilità esercitare le relative funzioni (C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 10-11).

<sup>2</sup> L. PRETI, *Diritto elettorale politico*, Milano 1957, 1-3, sostiene che ogni Stato democratico deve riconoscere a tutti i cittadini il diritto all’elettorato attivo in quanto *jus ad officium*; attraverso l’elezione dei rappresentanti il corpo elettorale contribuisce a creare l’indirizzo politico e, soprattutto, «la sovranità dello Stato trova il suo fondamento nella volontà del popolo liberamente e democraticamente espressa, e per questo può definirsi sovranità popolare».

<sup>3</sup> G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 80, ha definito il dovere di voto come uno «strumento di propulsione e di equilibrio per la vita nazionale» che consente alla solidarietà politica di passare «dal momento negativo della tolleranza a quello positivo della integrazione». E. BETTINELLI, *Diritto di voto*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990, 231, sostiene che si tratta di un enunciato dal valore normativo non tanto per l’assenza di sanzioni in caso di mancato esercizio del diritto di voto, bensì per la qualificazione

riconosciute dalla Carta costituzionale in termini generali all'art. 2, indicando un diritto inviolabile dell'uomo<sup>4</sup> insieme a un dovere di solidarietà politica<sup>5</sup> in quanto mezzo attraverso il quale concorrere alla formazione della rappresentanza delle istituzioni politiche<sup>6</sup>. Va peraltro segnalata la nota similitudine della formulazione degli articoli 2 e 3, comma 2, Cost. non tanto perché entrambi richiamano i doveri di solidarietà di tipo politico, economico e sociale e riconoscono l'importanza della partecipazione dei cittadini «all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», bensì perché ai pubblici poteri è affidato il compito di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale» che impediscono la partecipazione alla vita politica del Paese e, di riflesso, la possibilità di esercitare il diritto di voto, ovvero di adempiere al dovere di solidarietà politica<sup>7</sup>.

A partire dalla natura “bicefala” del voto come diritto e come dovere, esso è stato ritenuto un diritto funzionale perché il relativo esercizio non si limita a soddisfare un interesse del titolare, ma

---

costituzionale del voto come un dovere. Similmente A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano, 2012, 26-27, nt. 62, afferma che la qualificazione del voto come un dovere civico «non pone in alcun modo in discussione l'assoluta libertà dell'elettore di votare o non votare», ma va piuttosto inteso come un invito, del Costituente, alla più diffusa partecipazione al procedimento elettorale. Ancora, [Corte costituzionale, sentenza n. 39 del 1973](#), § 2 *Cons. dir.* ha sancito che il dovere di voto «ha una fondamentale funzione di interesse pubblico, in quanto attiene all'esercizio della sovranità che l'art. 1 della nostra Costituzione dichiara appartenere al popolo»; nello stesso senso la [sentenza n. 16 del 1978](#) § 3 *Cons. dir.* con la quale è stato affermato che l'esercizio del voto è uno «strumento di genuina manifestazione della sovranità popolare». Mentre ad avviso di P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 400, la definizione del voto quale dovere civico indica al legislatore la necessità che predisponga delle sanzioni. Più moderato, infine, E. GROSSO, *Art. 48*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 973, per il quale il legislatore potrebbe introdurre una sanzione ma non è obbligato; altrimenti verrebbe meno la natura – verosimilmente più pregnante – del diritto che accompagna il voto.

<sup>4</sup> In questo senso per tutti A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, 1989, 27 ss.

<sup>5</sup> G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 51, ha sostenuto che il concetto di solidarietà è anzitutto specificato in quanto viatico che consente la «integrazione della persona nella vita dello Stato e della comunità sociale». A. D'ANDREA, *Solidarietà e Costituzione*, in *Jus*, 1/2008, 194, afferma che la solidarietà politica va intesa a partire dalla «preferenza espressa dalla Costituzione italiana verso modelli organizzativi capaci di esaltare la “centralità” dell'organo supremo della rappresentanza unitaria della Comunità, il Parlamento, nel quale il processo deliberativo si dipana dialetticamente attraverso modalità che favoriscono comunque il significato solidaristico del “decidere” dopo aver discusso “insieme” ed aver illustrato i rispettivi punti di vista senza nel contempo negare il diritto della maggioranza di far valere le proprie ragioni e di vederle riconosciute e rispettate da chi maggioranza non è». A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 20 aprile 2015, 7, ha precisato che i doveri inderogabili di solidarietà politica, essendo una delle forme in cui prende corpo la sovranità popolare, «presuppongono una comunanza di valori e di principi politici, la cui stessa esistenza consente la piena partecipazione democratica». G. BASCHERINI, *La solidarietà politica nell'esperienza costituzionale repubblicana*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2016, 129, ha affermato che il principio di solidarietà politica «tende al superamento delle frammentazioni sociopolitiche, a “produrre la nazione” e la patria» poiché ogni elettore è posto nella condizione di partecipare, con pari dignità ed eguaglianza, al progresso del Paese. Più severa la posizione di L. CARLASSARE, *Solidarietà*, cit., 63, ad avviso della quale il voto in quanto dovere di solidarietà politica è «ormai desueto» e, facendo riferimento sia alle consultazioni elettorali, sia a quelle referendarie, lamenta che «chi è al potere non ne incoraggia l'esercizio se non quando gli conviene», viceversa «gradisce, e palesamente incoraggia, l'astensione».

<sup>6</sup> F. LANCHESTER, *Voto (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano, 1991, 1107-1112, precisa che la votazione è alla base delle democrazie pluraliste e deve essere contraddistinta da tre fasi: quella costitutiva, relativa alla scelta dei candidati; quella preparatoria, quando l'elettore si orienta rispetto all'esercizio del proprio suffragio; quella di conta dei voti, che attiene alla proclamazione della votazione. L'ordinamento giuridico, per essere democratico, deve rispettare queste tre fasi affinché si possa formare l'organo rappresentativo e, quindi, una volontà politica realmente rappresentativa.

<sup>7</sup> Di diverso avviso sembra G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 53, il quale ritiene che, rispetto alla partecipazione alla vita politica del Paese, sia «già avvenuta la rimozione di ostacoli, quali, ad esempio, quelli frapposti dai precedenti ordinamenti, di carattere antidemocratico od autoritario, al libero integrarsi della persona umana, e ciò in virtù dei suoi precetti riferentisi al momento politico, che investe la stessa forma di esistenza e il modo di essere dello Stato». Sulla complicata relazione tra diritto e dovere di voto si vedano inoltre le riflessioni di L. TRUCCO, *Il diritto-dovere di voto: un ossimoro ancora irrisolto?* in F. Marone (a cura di), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale*, Napoli, 2019, 41-57 e M. ARMANNI, *La doverosità come chiave interpretativa per una lettura costituzionalmente orientata del diritto di voto*, ivi, 81-99.



ha ad oggetto un interesse più ampio, quello dell'intera comunità, poiché attraverso l'espressione del suffragio ciascuno concorre a formare l'organo deputato a rappresentare l'intero corpo elettorale<sup>8</sup>.

È noto che il nostro ordinamento non prevede più una sanzione per coloro che non si recano al seggio<sup>9</sup>, così come è noto il senso di sfiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni politiche e, in particolare, di quelle rappresentative<sup>10</sup>, che ha concorso alla disaffezione dalla politica. Consci della "debole" legittimazione popolare, pare che i governanti abbiano voluto comprenderne le ragioni non limitandosi a indagare se l'astensionismo elettorale è solo frutto della perdita di fiducia dei governati nei loro confronti, ma interrogandosi anche sulla eventualità che la lontananza dalle urne dipenda da impossibilità materiali degli elettori di recarsi al seggio nel giorno delle consultazioni.

Il Ministro per i rapporti con il Parlamento nel 2017 ha pertanto nominato una Commissione di esperti incaricata di studiare il fenomeno dell'astensionismo elettorale, il cui lavoro è terminato con l'elaborazione del *Libro bianco* "Per la partecipazione dei cittadini. Come ridurre l'astensionismo e agevolare il voto" pubblicato il 14 aprile 2022. La ricerca ha sottolineato che il *trend* della partecipazione degli elettori al voto è in costante calo negli ultimi quarant'anni<sup>11</sup> e ha teorizzato la differenza tra astensionismo apparente<sup>12</sup>, reale<sup>13</sup> e involontario. Per quanto di interesse in questa

---

<sup>8</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1957, 345, ha sostenuto che oggetto dell'obbligo non è la scelta del candidato, bensì la «partecipazione formale alla votazione», dunque anche l'espressione del suffragio attraverso la scheda bianca o nulla perché l'obiettivo è il concorso alla formazione dell'organo rappresentativo del popolo. E. GROSSO, *Art. 48*, cit., 966, sostiene che l'esercizio del voto è uno «strumento diretto al funzionamento dell'ordinamento democratico, e quindi parte di una funzione collettiva». A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, 120, precisa che i principi fondamentali contenuti nella Carta del '47 devono essere utilizzati al fine di «trasformare la funzione legislativa e i poteri degli organi dell'indirizzo politico in attività e poteri funzionali», ovvero «diretti all'attuazione di principi o di vincoli che riducono lo spazio libero della politica legislativa». Ancora, M. RUBECCHI, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, Torino, 2016, 129, afferma che il diritto-dovere di voto «non è attribuito al singolo per permettergli di esprimere la sua dignità individuale, ma per consentirgli di partecipare alla funzione pubblica elettiva». *Contra* A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 27 ss. e A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 162. In posizione intermedia pare collocarsi F. LANCHESTER, *Voto (diritto di)*, cit., 1119, ad avviso del quale la commistione tra diritto e funzione del voto può essere superata valorizzando il circuito democratico «che parte dal singolo come centro di imputazione dei valori, ma che vede nel corpo elettorale il collegio in cui l'individuo, unito ad altri dal vincolo della cittadinanza, esprime la propria volontà elettiva e deliberativa con effetti giuridicamente vincolanti».

<sup>9</sup> Le leggi elettorali per la Camera dei deputati (art. 90 d.p.r. 5 febbraio 1948, n. 26) e per il Senato della Repubblica (art. 25 l. 6 febbraio 1948, n. 29, che rimandava al testo unico per l'elezione della Camera) del 1948 prevedevano invece che il sindaco di ogni comune dovesse redigere una lista con i nomi di tutti gli elettori che non si erano recati al seggio senza un giustificato motivo e che tale elenco dovesse essere esposto per trenta giorni all'albo comunale; inoltre, sul certificato di buona condotta dell'astenuuto veniva riportata la menzione, per la durata di cinque anni, "non ha votato". Analogamente gli artt. 4, 75 e 115 del d.p.r. 30 marzo 1957, n. 36. Le leggi elettorali del 1993 hanno infine abrogato tali sanzioni.

<sup>10</sup> Si ritiene di aderire a coloro che denunciano la grave crisi che attraversa, ormai da tempo, i sistemi democratici e che a tale fine potrebbe essere opportuno proporre altri aggiustamenti al funzionamento del sistema politico sia per «affrontare i problemi interni» alle istituzioni, sia per provare a recuperare lo stesso «deficit di legittimazione» che colpisce il sistema democratico rappresentativo, come affermato da A. APOSTOLI, *L'art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili*, cit., 16.

<sup>11</sup> *Libro Bianco, Per la partecipazione dei cittadini. Come ridurre l'astensionismo e agevolare il voto*, 14 aprile 2022, 41-42. P. FELTRIN, G. IERACI, *Facilitating voting and electoral participation in Italy. On some possible measures to contrast involuntary and imposed abstentionism*, in *Rivista di Digital Politics*, 1/2023, 29, definiscono l'astensionismo «a shocking fact because it is sudden and accelerated»; ivi, 29-30, riportano i dati relative all'incremento dell'astensionismo dal 1979 ad oggi. F. SANCHINI, *Il voto fuori dal Comune di residenza fra requisiti costituzionali, esigenze di effettività e tentativi (incompiuti) di regolamentazione*, in *federalismi.it*, 24/2023, 201, rileva che il c.d. partito del non voto negli anni Novanta ha superato il numero degli elettori che si sono recati al seggio.

<sup>12</sup> Come messo in luce dal *Libro Bianco sull'astensionismo*, cit., 44-59, fondamentale è influenzato dal numero degli elettori iscritti all'Anagrafe degli Italiani Residenti all'Estero, che com'è noto possono votare per corrispondenza solo per le elezioni politiche (per la Circoscrizione Estero) ma non per quelle regionali e amministrative, determinando

sede, l'ultima voce ha riguardo a tutti coloro che vorrebbero recarsi al seggio per esprimere il proprio suffragio e tuttavia a causa di motivi di lavoro, di studio, sanitari, di vacanza e altro incontrano ostacoli insuperabili ad essere presenti<sup>14</sup>.

L'impossibilità oggettiva di essere nel Comune di residenza al fine di esprimere il proprio suffragio si ritiene leda il principio di eguaglianza sotto al profilo dell'accesso al voto poiché taluno, in ragione delle proprie condizioni personali e sociali, è escluso dalla partecipazione alle elezioni. Da qui, la verosimile lesione anche del principio di eguaglianza sostanziale perché la Repubblica non si è sino ad ora adoperata per rimuovere gli ostacoli che si frappongono al godimento, ovvero all'esercizio, del diritto di voto<sup>15</sup>.

Nel solco di quanto già prodotto dalla Commissione di esperti che ha redatto il *Libro bianco sull'astensionismo*, si ritiene di provare a valutare se sussistono altre modalità di espressione del suffragio idonee ad assicurare l'effettività del diritto senza ledere i principi che lo caratterizzano.

## 2. Il bilanciamento tra le garanzie del diritto di voto e la sua effettività

Il diritto di voto, com'è noto, è contraddistinto dai canoni<sup>16</sup> della personalità ed eguaglianza, da un lato, e della libertà e personalità, dall'altro lato. Si tratta di coppie differenti quanto a significato giuridico, posto che la prima sembra volta a indicare le caratteristiche della posizione giuridica soggettiva, mentre la seconda pare precisare le tutele che l'ordinamento deve garantire rispetto al relativo esercizio<sup>17</sup>.

Con ciò non si vuole sostenere che le due coppie debbano essere analizzate in maniera separata; anzi, la circostanza che l'art. 48, comma 2, Cost. sancisce tali requisiti congiuntamente sembra piuttosto indicare l'obiettivo cui devono tendere il legislatore e l'apparato amministrativo, i quali

---

un inevitabile scollamento tra i dati della partecipazione alle elezioni politiche e a quelle amministrative, ovvero alle consultazioni referendarie.

<sup>13</sup> Trova origine nel disinteresse nei confronti delle vicende politiche del Paese e nella protesta verso la classe politica a causa della sfiducia nelle elezioni democratiche come momento per partecipare alla vita del Paese, come precisato dal *Libro Bianco sull'astensionismo*, cit., 40-43.

<sup>14</sup> Ivi, 84-88. P. FELTRIN, G. IERACI, *Facilitating voting and electoral participation in Italy*, cit., 31, li definiscono «“lazy voters”» e precisano che «abstentionism would be the most obvious symptom of discontent with democracy».

<sup>15</sup> P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, Milano, 1971, 135, ha affermato che l'astensionismo «finisce col deformare la espressione della volontà popolare». In questo senso anche E. BETTINELLI, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, in *Quaderni dell'osservatorio elettorale*, 46/2002, 10; E. GROSSO, *Art. 48*, cit., 973; M. ROSPI, *La tutela della segretezza del voto e l'evoluzione della democrazia. Uno studio di diritto comparato*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2015, 12. *Contra* L. MAZZAROLLI, *Art. 48*, in L. Paladin, V. Crisafulli (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 328 ad avviso del quale la rimozione degli ostacoli è necessaria per garantire il dovere di votare; questa impostazione si ritiene tuttavia in contrasto con [Corte costituzionale, sentenza n. 39 del 1973](#), che ha ricondotto le misure a favore della facilitazione dell'esercizio del diritto di voto per alcune persone ai principi di libertà ed eguaglianza del diritto, non già alla relativa doverosità. C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, cit., 10-11, ha precisato che il principio di sovranità popolare significa che il popolo è titolare del «potere supremo di decidere per lo Stato» e se non sussistono le condizioni che rendono possibile la decisione, allora è necessario che lo Stato si attivi per garantire l'eguaglianza sostanziale; aderisce a questa interpretazione P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 20.

<sup>16</sup> F. LANCHESTER, *Voto (diritto di)*, cit., 1107, riferisce invero di «“standards” qualitativi per la espressione della volontà».

<sup>17</sup> In questo senso M. RUBECHI, *Il diritto di voto*, cit., 73. M. ROSPI, *La segretezza del voto garanzia di libertà (o ostacolo alla partecipazione?): una comparazione fra Italia e Stati Uniti*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2019, 473, sostiene invece che le caratteristiche del voto elencate dall'art. 48, comma 2, Cost. non possono essere interpretate in maniera separata anche perché si legano agli artt. 51, 56, 57, 75 e 138 Cost. lasciando intendere la «democraticità dell'ordinamento» dal momento che dal combinarsi delle norme costituzionali prende forma il circuito decisionale attraverso il quale dovrebbe esprimersi la volontà popolare.

dovrebbero adoperarsi al fine di assicurare le condizioni fattuali in grado di rendere possibile l'espressione del suffragio nei termini indicati dalla norma costituzionale<sup>18</sup>.

Al fine di poter configurare in capo al cittadino «una situazione giuridica garantita»<sup>19</sup> in uno dei momenti in cui esercita la sovranità, si ritiene che il Costituente abbia preliminarmente indicato due principi che il legislatore avrebbe potuto sviluppare alquanto facilmente. L'uno relativo alla personalità, che investe l'organo titolare del potere legislativo del compito di fissare dei divieti rispetto alle azioni degli elettori e che possano essere facilmente fatti osservare dai pubblici ufficiali nei giorni delle consultazioni onde garantirne la regolarità. Tale requisito impedisce che l'elettore possa essere sostituito da un'altra persona nel momento in cui esprime il proprio voto, tanto che nel nostro Paese sono vietati il voto per delega o per procura<sup>20</sup>; l'unica eccezione è rappresentata dal c.d. voto assistito per le persone affette da una disabilità che impedisce loro di esprimere in autonomia il suffragio<sup>21</sup>. Con l'altro, invece, i Padri fondatori hanno sostanzialmente ribadito il principio generale di eguaglianza contenuto nell'art. 3, comma 1, Cost., specificando che dovrà essere considerata non conforme al Dettato costituzionale la legge elettorale che intenda attribuire ad alcuni cittadini un diritto di voto che «pesi» più di quello di altri<sup>22</sup>.

Diverso appare invece per la seconda coppia, libertà e segretezza del voto, che indica all'ordinamento giuridico il modo in cui deve tutelare ciascun elettore quando si appresta ad esprimere il suffragio. Si tratta di requisiti complementari dal momento che la segretezza compie la libertà scongiurando che l'elettore possa essere coartato nell'espressione del voto<sup>23</sup>. Più

<sup>18</sup> T. MARTINES, *Art. 56-58*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, Le Camere*, I, Bologna-Roma, 1984, 79, ha precisato che la circostanza che la Costituzione affermi personalità, eguaglianza, libertà e segretezza del voto «non sta certo a significare che esso di fatto lo sia». Nello stesso senso M. ARMANNO, *Personale, uguale, libero e segreto. Il diritto di voto nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, 2018, 236-237, sostiene che la garanzia della segretezza del voto è necessaria affinché lo stesso possa essere personale, eguale e libero.

<sup>19</sup> T. MARTINES, *Art. 56-58*, cit., 79.

<sup>20</sup> Per una riflessione sulle criticità che può provocare tale tecnica si veda da ultimo F. SANCHINI, *Il voto fuori dal Comune di residenza fra requisiti costituzionali, esigenze di effettività e tentativi (incompiuti) di regolamentazione*, cit., 208.

<sup>21</sup> Si tratta peraltro di un'eccezione ragionevolmente prevista in ossequio al principio di eguaglianza sostanziale, atteso che in questo modo l'ordinamento offre la possibilità di rimuovere in concreto l'ostacolo che può impedire a taluno di esercitare un diritto. Sul punto si veda l'art. 55, commi 1 e 2, d.p.r. 30 n. 361 del 1957 così come modificato dall'art. 1 della l. 5 febbraio 2003, n. 17 a norma del quale «gli elettori non possono farsi rappresentare né, qualora votino in Italia, inviare il voto per iscritto. I ciechi, gli amputati delle mani, gli affetti da paralisi o da altro impedimento di analoga gravità esercitano il diritto elettorale con l'aiuto di un elettore della propria famiglia o, in mancanza, di un altro elettore, che sia stato volontariamente scelto come accompagnatore, purché l'uno o l'altro sia iscritto in un qualsiasi Comune della Repubblica».

<sup>22</sup> Il riferimento è, dunque, alla c.d. eguaglianza del voto in entrata, cioè il principio per cui la capacità elettorale di ogni elettore si riduce alla circostanza che a ogni cittadino è attribuito un solo voto, ovvero che a tutti i cittadini è attribuito lo stesso numero di voti da esprimere, a prescindere dunque dalle condizioni personali e sociali della persona che si reca al seggio. Con il concetto di eguaglianza del voto «in uscita» si suole invece indicare il medesimo «valore efficiente» che deve essere attribuito ai voti espressi (S. FURLANI, *Elettorato attivo*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1960, 451), andando però verosimilmente a intaccare la discrezionalità del legislatore nell'introdurre un sistema elettorale nell'ordinamento. La dottrina maggioritaria sostiene che l'indicazione contenuta nell'art. 48, comma 2, Cost. si riferisca alla c.d. eguaglianza in entrata, così U. PROSPERETTI, *L'elettorato politico attivo*, Milano 1954, 144 ss.; B. CARAVITA, M. LUCIANI, *Oltre la "democrazia bloccata": ipotesi sui meccanismi elettorali*, in *Democrazia e diritto*, 6/1982, 96 ss.; T. MARTINES, *Art. 56-58*, cit., 83; F. LANCHESTER, *Voto (diritto di)*, cit., 1128; E. GROSSO, *Art. 48*, cit., 969; A. MORRONE, *L'eguaglianza del voto anche "in uscita": falso idolo o principio?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2014, 48 ss.; D. CASANOVA, *Eguaglianza del voto e sistemi elettorali. Profili costituzionali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2019, spec. 1-4 e ID., *Eguaglianza del voto e sistemi elettorali. I limiti costituzionali alla discrezionalità legislativa*, Napoli, 2020, spec. 73-89. In senso contrario cfr. almeno C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, 856 ss. e L. PRETI, *Diritto elettorale politico*, cit., 11 ad avviso dei quali la Costituzione implicitamente ammette il sistema elettorale proporzionale in quanto l'unico che sarebbe in grado di garantire l'eguaglianza nella rappresentanza.

<sup>23</sup> La stretta relazione tra libertà e segretezza del voto è indicata anche dalle Carte internazionali dei diritti e dall'ordinamento europeo. In particolare, l'art. 21.3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo sottolinea il collegamento tra lo svolgimento di libere elezioni e la tutela della segretezza del voto. L'art. 3 del Protocollo

precisamente, la libertà consiste nella garanzia dell'assenza di minacce, coazioni fisiche o mentali e ogni condizionamento esterno che possa impedire all'elettore di esprimere il voto nel senso effettivamente voluto<sup>24</sup>. Del resto, «l'unico modo in cui l'ordinamento può assicurare la libertà formale del voto è quello di farlo esprimere [...] in segreto»<sup>25</sup> poiché tale situazione tende a impedire che la libertà dell'elettore sia resa vana dalla relativa pubblicizzazione<sup>26</sup>.

Sembra invero sussistere un "passaggio di testimone" tra libertà e segretezza<sup>27</sup>. La prima accompagna l'elettore fino al momento in cui entra nella cabina elettorale; all'atto dell'espressione

---

addizionale alla CEDU del 20 marzo 1952 indica agli Stati la necessità di implementare un livello minimo di protezione del diritto di voto ponendo in luce che la segretezza è imprescindibile affinché le elezioni possano essere libere; si vedano inoltre le sentenze della Corte EDU [Mathieu-Mohin et Clerfayt v. Belgium](#) del 2 marzo 1987 e [Labita c. Italia](#) del 6 aprile 2000. La Commissione EDU ha peraltro riconosciuto che il diritto di voto ha la stessa natura e gode delle medesime tutele dei diritti soggettivi indicati dall'art. 3 della Convenzione grazie all'art. 5 del protocollo addizionale ai sensi del quale gli artt. 1, 2 e 3 e il Titolo I, essendo i principi fondamentali della Convenzione, sono diritti soggettivi; sul punto si vedano le Decisioni *X c. Belgique* del 30 maggio 1975 e *X c. Royaume Uni* dell'11 dicembre 1976. L'Unione europea, invece, prima dell'adozione del Trattato di Lisbona nel 2007 non riconosceva il principio di segretezza del voto; ora, grazie all'interpretazione del Trattato e del Titolo V della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, è possibile trovare indicazioni circa il diritto di voto e i requisiti che deve rispettare. A. GRATTERI, *Il valore del voto. Nuove tecnologie e partecipazione elettorale*, Padova, 2005, 99, sostiene che la circostanza per cui il principio di segretezza sia contenuto nella grande maggioranza delle costituzioni europee potrebbe indurlo a essere incluso tra i valori costituzionali comuni all'ordinamento giuridico sovranazionale.

<sup>24</sup> La libertà in quanto garanzia dall'assenza di pressioni che possono alterare la formazione della volontà dell'elettore è stata indagata da [Corte costituzionale, sentenza n. 42 del 1961](#), § 3 *Cons. dir.* Il principio di libertà relativo al diritto di voto ha dato luogo a tre differenti correnti dottrinarie. A. BALDASSARRE, *Libertà (Problemi generali)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma, 1990, 16 ss., sostiene che il diritto di voto deve essere incluso tra le libertà positive che si annoverano tra i diritti inviolabili; la libertà individuale è da includere tra i valori supremi dell'ordinamento e «si impone come parametro universale della legittimità dei vari atti dei poteri costituiti». Questi ultimi hanno il compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono ai cittadini di esercitare i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione perché altrimenti sarebbe impedito l'esercizio della sovranità popolare indicato dall'art. 1 Cost. La formulazione dell'art. 48 Cost., ad avviso dell'A., è vincolante sia per lo Stato, sia per i cittadini, di modo che sia possibile implementare un meccanismo elettorale in grado di salvaguardare la libertà delle elezioni dalle ingerenze dei pubblici poteri e dai terzi consociati. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 85 ss. e 163 ss., sostiene che l'esercizio del diritto di voto persegue un interesse che va al di là del diritto del singolo giacché persegue un interesse superiore, quello del funzionamento dello Stato e dell'organizzazione amministrativa. L'A. trova conferma della "trascendenza" del diritto di voto rispetto alla posizione giuridica soggettiva nella circostanza in cui lo stesso art. 48, comma 2, Cost. lo definisce un «dovere civico». Egli critica il principio della segretezza del voto che, essendo orientato a perseguire un interesse pubblico, dovrebbe essere contraddistinto dalla pubblicità, svincolando dunque la segretezza dalla libertà del voto e non riconoscendo il carattere dell'invulnerabilità di tale diritto. Infine, F. LANCHESTER, *Voto (diritto di)*, cit., 1107 ss., sostiene che il voto è un diritto inviolabile e, contemporaneamente, una funzione pubblica collettiva che si realizza tramite l'esercizio del diritto da parte dei singoli. Secondo questa impostazione, fulcro del circuito democratico sono la persona e la relativa autodeterminazione valorizzando le condizioni di libertà che devono sussistere per l'esercizio del diritto di voto, posto che essa è servente alla soddisfazione del principio democratico.

<sup>25</sup> T. MARTINES, *Art. 56-58*, cit., 79.

<sup>26</sup> [Corte costituzionale, sentenza n. 96 del 1968](#), § 4 *Cons. dir.* ha affermato che «la garanzia di segretezza del voto, che, poi, si risolve anche in garanzia di libertà», è «assolutamente inderogabile». Sul punto si vedano, tra i tanti almeno C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 344; P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 128 e ID., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 400; U. PROSPERETTI, *L'elettorato politico attivo*, cit., 147; e L. PRETI, *Diritto elettorale politico*, cit., 4; F. LANCHESTER, *Voto (diritto di)*, cit., 1117; E. BETTINELLI, *Diritto di voto*, cit., 228; E. GROSSO, *Art. 48*, cit., 972. Ancora, G. CHIARA, *Titolarità del voto e fondamenti costituzionali di libertà ed eguaglianza*, Milano, 2004, 27, sostiene che il requisito della segretezza è funzionale alla libertà e all'eguaglianza del voto, si tratta invero di un requisito che l'A. ritiene orientato «ad impedire che attraverso la formale rinuncia al voto o la sua cessione vengano alterati gli esiti elettorali, a favore dei soggetti o dei gruppi socialmente ed economicamente più influenti, ponendosi dunque a presidio non solo dell'eguaglianza, ma pure della libertà del suffragio». Non diversamente, A. GRATTERI, *Il valore del voto*, cit., 108, analizza assieme libertà e segretezza giacché sostiene debbano essere interpretati «in una prospettiva di carattere funzionale secondo cui la segretezza del voto è presupposto logico affinché il voto possa essere libero».

<sup>27</sup> L. PRETI, *Diritto elettorale politico*, cit., 4 ha sostenuto che la segretezza «è direttamente in funzione della libertà del votante. Solo infatti se il voto è segreto, qualunque cittadino-elettore, che si trovi in istato di soggezione, ha la

della preferenza politica (ovvero di non apporre alcun segno, oppure di annullare la scheda elettorale), si coniuga con la seconda e quando l'elettore esce dalla cabina la libertà "lascia il posto" alla segretezza di modo che sia assicurata una protezione dal controllo sociale che potrebbe dare luogo a forme di corruzione o di commercio elettorale, tutelando altresì le attività di conteggio e di trasporto delle schede<sup>28</sup>.

In questi termini la *liaison* tra libertà e segretezza si individua "*ab intra*", sul fronte "privato" dell'elettore<sup>29</sup>; tale legame deve essere anche "*ab extra*", deve cioè valere bensì sul fronte "pubblico". Infatti, il legislatore è tenuto a indicare e far rispettare accorgimenti idonei a tutelare le attività materiali che precedono il momento elettorale e le stesse procedure di votazione così che gli elettori «siano ragionevolmente certi della effettiva segretezza del voto espresso di ciascuno»<sup>30</sup>. In questi termini l'obiettivo è proteggere ogni votante da eventuali condizionamenti o pressioni che possono derivare dagli organi che detengono il potere politico<sup>31</sup>.

La legge che disciplina le elezioni deve quindi individuare un meccanismo che sia in grado di assicurare le caratteristiche del voto e che contemporaneamente ne renda effettivo l'esercizio rimuovendo gli ostacoli che rendono irragionevolmente difficile per una porzione dell'elettorato la presenza al seggio nel giorno stabilito. Al netto degli interventi normativi già introdotti al fine di rimuovere tali ostacoli<sup>32</sup>, e fermo il preoccupante dato dell'astensionismo, si tratta di provare a valutare se sussistono – ed eventualmente quali sono – altri ambiti attorno ai quali è possibile intervenire per agevolare la partecipazione al voto.

Preliminarmente si ritiene utile interrogarsi sullo spazio di manovra a disposizione del legislatore per agevolare gli elettori nell'esercizio del suffragio senza contraddire i canoni sanciti dall'art. 48, comma 2, Cost. Il che impone di realizzare un bilanciamento peculiare giacché interviene su due elementi interni allo stesso principio giuridico senza determinare alcuna contrapposizione tra principi o valori differenti, pur tuttavia imponendo di valutare quale sia il miglior equilibrio tra i diversi elementi (garanzia dei requisiti dell'art. 48 Cost. o effettiva possibilità di accedere al

---

sicurezza di non essere eventualmente perseguitato in ragione del suo comportamento e può pertanto dirsi veramente libero». A. APOSTOLI, *L'art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili*, cit., 18, riflettendo attorno, fra l'altro, al principio democratico-rappresentativo come limite alla revisione costituzionale, osserva che qualora si dovesse revisionare l'art. 48 Cost. andrebbe prestata particolare attenzione al principio di segretezza del voto non in quanto «principio immodificabile in sé», bensì in quanto «strumento in grado di garantire la concretezza della libertà del voto».

<sup>28</sup> M. RUBECHI, *Il diritto di voto*, cit., 91, sostiene che la segretezza si riferisce al momento in cui si vota, mentre la libertà si verifica in due distinti momenti: quando l'elettore forma la propria volontà prima di recarsi al seggio e quando è fisicamente al seggio elettorale e (non) appone il proprio segno sulla scheda elettorale.

<sup>29</sup> A tale fine sono stati messi a punto diversi "congegni" per garantirli, sia sufficiente richiamare quanto previsto dal d.p.r. n. 361 del 1957 che indica la necessità di predisporre postazioni di voto in un luogo pubblico e presidiato (art. 42); la circostanza che la scheda possa essere stampata solo dallo Stato (art. 31), ovvero il fatto che le matite copiative sono fornite esclusivamente dal Ministero dell'interno (art. 58); il potere di annullare la scheda qualora l'elettore si rifiuti di votare all'interno della cabina e l'esclusione dell'elettore dal voto (art. 62).

<sup>30</sup> E. BETTINELLI, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, cit., 15.

<sup>31</sup> In questo senso si sono espressi T. MARTINES, *Art. 56-58*, cit., 43; M. ROSPI, *Segretezza del voto e democrazia. Le diverse declinazioni di un rapporto complesso*, Napoli, 2020, 244. Il forte legame tra libertà e segretezza e la necessità che tali requisiti garantiscano l'elettore sia in quanto singolo, sia in quanto membro della collettività sembra debba intendersi come un principio che contraddistingue le democrazie contemporanee, come un «cardine della democrazia», come affermato da M. ARMANNI, *Personale, uguale, libero e segreto*, cit., spec. 236. Ivi, 238, sostiene che il diritto individuale alla segretezza del voto è utile anche per l'eletto che, non sapendo chi ha concorso alla sua elezione, può meglio assolvere il proprio compito di rappresentare la Nazione.

<sup>32</sup> A titolo di esempio, la regola per la quale le operazioni di votazione sono convocate nei giorni festivi (da ultimo, art. 1, comma 399, l. 27 dicembre 2013, n. 147), la previsione di agevolazioni economiche per coloro che si devono recare presso il luogo di residenza a fini elettorali e di fare ritorno nel luogo di dimora (art. 116 d.p.r. 351 del 1957), la possibilità di esercitare il proprio suffragio nel luogo di cura o di ricovero (art. 51 d.p.r. 351 del 1957) o di detenzione (art. 8 l. n. 136 del 1976)

seggio), tenuto conto delle diverse condizioni di fatto in concomitanza delle quali il diritto di voto possa essere esercitato<sup>33</sup>.

È noto che la tecnica del bilanciamento è solitamente impiegata per risolvere conflitti relativi a diritti, principi o interessi da parte degli organi di giustizia costituzionale. In questa sede il fine del bilanciamento ragionevole tra gli elementi che concorrono a costruire la dimensione costituzionale del diritto di voto deve «rendere possibile il processo di unificazione politica presupposto da una Costituzione pluralista»<sup>34</sup> senza scalfire e/o sacrificare il “nucleo duro” di alcuno degli elementi dello stesso diritto.

Affinché il bilanciamento possa essere ritenuto ragionevole è necessario che il conflitto sia reale, ovvero che uno dei due valori in gioco sia compresso dall'altro e che non sussistano altri mezzi per salvaguardare entrambi<sup>35</sup>. Avendo riguardo al diritto di voto si ritiene sussista un conflitto intra-valore<sup>36</sup> in relazione al quale pare necessario comprendere se è possibile ovviare al relativo esercizio nel giorno e nel luogo prestabilito senza compromettere i requisiti della libertà e della segretezza, oltre ovviamente alla personalità e all'eguaglianza.

Il bilanciamento tra il rispetto delle caratteristiche costituzionalmente indicate per l'espressione del suffragio e le modalità che possono migliorarne l'esercizio non dovrebbe essere eccessivamente rigido. Invero, la pedissequa e formalistica osservanza dei requisiti sanciti dall'art. 48, comma 2, Cost., sganciati dalla loro vocazione funzionale all'effettiva realizzazione del diritto che vogliono garantire, pare essere la principale causa alla base della sostanziale impossibilità per una parte considerevole del corpo elettorale di esercitare un diritto fondamentale. Il che si ritiene dia luogo a una discriminazione irragionevole<sup>37</sup>, verosimilmente aggravata dalla previsione contenuta nell'art.

<sup>33</sup> Per usare le parole di R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 72, si tratta di «valutare se l'interesse perseguito dalla norma impugnata (la sua *ratio*, quindi) sia sufficiente a giustificare la compressione del diritto costituzionalmente protetto».

<sup>34</sup> A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, cit., 13.

<sup>35</sup> In questo senso [Corte costituzionale, sentenza n. 247 del 1974](#). Contrari alla tecnica del bilanciamento in quanto ritenuta idonea a ridurre gradualmente la portata normativa dei diritti costituzionali, che diverrebbero argomenti rivedibili sulla base del caso concreto sono, fra gli altri, M. DOGLIANI, *Il “posto” del diritto costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1993, 537 ss.; A. PACE, *Diritti “fondamentali” al di là della Costituzione?*, in *Politica del diritto*, 1/1993, 3 ss.; F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale per valori*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1/1995, 66 ss.; A. D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/1997, 3065 ss.

<sup>36</sup> A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, cit., 80-81, li ha definiti come contrasti «tra la dimensione soggettiva e la dimensione oggettiva di interessi afferenti a uno stesso valore».

<sup>37</sup> Prendendo i dati offerti da [Eligendo](#), il noto sistema integrato di archiviazione e diffusione dei risultati elettorali del Ministero dell'interno, si evince che alle elezioni politiche del 18 aprile 1948 hanno partecipato poco più del 92% degli aventi diritto al voto; a quelle del 19 maggio 1968 si segnala un'affluenza di poco inferiore al 93% alla Camera dei deputati e di poco superiore alla stessa cifra per il Senato della Repubblica; da qui un calo progressivo, alle elezioni del 26 giugno 1983 l'affluenza è stata di poco superiore all'88%; diminuisce ulteriormente alle consultazioni elettorali del 13 maggio 2011, quando l'affluenza si attesta poco sopra l'81% e procede in picchiata fino alle elezioni del 25 settembre 2022, che hanno visto una partecipazione al voto appena inferiore al 64% degli aventi diritto al voto. *Libro Bianco sull'astensionismo*, cit., 70-80, attesta che la causa principale dell'astensionismo è da individuare nella maggiore mobilità della popolazione (dentro e fuori i confini nazionali) per motivi diversi (studio, lavoro, sport, svago) da cui deriva la lontananza di una fetta considerevole del corpo elettorale dal luogo di residenza ove recarsi alle urne. Accanto a ciò, e trovando solo un interesse marginale in questa sede, va messo in evidenza che il processo c.d. di personalizzazione della politica, causato dalla perdita di centralità dei partiti; il mutamento del sistema politico a partire almeno dai diversi sistemi elettorali che si sono susseguiti dal 1993; gli effetti sociali delle politiche economiche che si sono succedute dalla grande recessione degli anni Ottanta, hanno determinato un progressivo senso di disaffezione verso la politica da parte del corpo elettorale. Su questo aspetto si vedano almeno E. CHELI, *I settanta anni della Costituzione italiana. Prime indicazioni per un bilancio*, in *Nomos*, 1/2018, 7; E. GROSSO, *Malattia mentale e suffragio universale: le aporie dell'isocrazia. Rileggendo “La giornata di uno scrutatore” di Italo Calvino*, in [Costituzionalismo.it](#), 2/2018, spec. 5 e 21; S. STAIANO, *Settant'anni. Storia e sorte della Costituzione*, in [federalismi.it](#), 11/2018, *passim*, spec. 2; M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC*, 3/2018, *passim* e, *ivi*, L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, 5; A. APOSTOLI, *Il difficile equilibrio tra rappresentanza e governabilità*, in A. Carminati (a cura di), *Rappresentanza e governabilità. La (complicata) sorte della democrazia occidentale*, Napoli, 2020, 11-22.

4-bis, l. 27 dicembre 2001, n. 459<sup>38</sup> che prevede la possibilità per i cittadini italiani che si trovano all'estero per un periodo superiore a tre mesi durante il quale cade una consultazione elettorale di ricevere lo stesso trattamento riservato ai cittadini che risiedono all'estero, quindi di votare per corrispondenza<sup>39</sup>.

Sarebbe preferibile riuscire a individuare un «punto di equilibrio» tra interessi costituzionalmente protetti che, essendo «dinamico e non prefissato in anticipo», deve essere valutato dal legislatore sulla base dei «criteri di proporzionalità e di ragionevolezza», i quali non dovrebbero sacrificare il relativo nucleo essenziale<sup>40</sup>. È noto che la Carta del '47 «richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi»; la circostanza che alcuni siano considerati “primari” – come la sovranità popolare e l'eguaglianza all'accesso alle posizioni giuridiche soggettive – significa «che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto»<sup>41</sup>.

Se anche sussistesse un ordine tra i principi costituzionali, dovrebbe ammettersi che non si tratta di una gerarchia cristallizzata giacché quella “scala” dovrebbe essere valutata sulla base dei «casi concreti, dove si svolgono le relativizzazioni e i bilanciamenti che il contesto impone»<sup>42</sup>. Scopo del bilanciamento è invero individuare il punto di equilibrio tra gli interessi rilevanti sulla base delle condizioni date, proseguendo attraverso un «procedimento argomentativo» in grado di «giustificare l'assunzione delle premesse della decisione» onde adattare il testo scritto alle esigenze della realtà<sup>43</sup>.

All'atto della ricostruzione degli interessi meritevoli di considerazione, il bilanciamento dovrebbe tenere egualmente conto della «forza formale dell'enunciato costituzionale» e della «forza

---

<sup>38</sup> Così come introdotto dall'art. 2, trentasettesimo comma, della l. 6 maggio 2015, n. 52.

<sup>39</sup> Da qui almeno due diverse discriminazioni. Da un lato tra coloro che si trovano lontani dal Comune di residenza ma in Italia e coloro che sono oltre i confini nazionali; come messo in luce da A. DE NICOLA, *Il voto fuori dal comune di residenza: alcune riflessioni a partire dal recente Libro bianco sull'astensionismo elettorale*, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2022, 52, tale innovazione normativa determina «un paradosso» non indifferente posto che se uno studente dovesse trasferirsi da Palermo a Trento per proseguire gli studi universitari dovrebbe tornare a Palermo per esprimere il voto, mentre un residente a Bolzano che volesse svolgere un Erasmus a Innsbruck potrà votare per posta benché sia separato solo per una manciata di chilometri dal Comune di residenza. L'A. giudica l'effetto della l. n. 459 del 2001 «un evidente controsenso, forse anche viziato da un'irragionevolezza di fondo nella misura in cui si trattano situazioni uguali in modo diseguale». L'altra discriminazione si ritiene consista nel fatto che gli elettori che si trovano temporaneamente all'estero votano per la circoscrizione estero sfalsando il proprio rapporto di rappresentanza in quanto concorrono all'elezione di un parlamentare che non li rappresenterà; “deviando” altresì la rappresentanza di coloro che vivono stabilmente all'estero, il cui rapporto di rappresentanza sarà “inquinato” dal voto di chi viceversa risiede stabilmente in Italia. *Contra* si vedano P. FELTRIN, G. IERACI, *Facilitating voting and electoral participation in Italy*, cit., 40-41 ad avviso dei quali il rappresentante è eletto a livello circoscrizionale ma il suo obiettivo è rappresentare la Nazione, quindi il relativo compito è rappresentare gli interessi di tutti i cittadini. Ciò posto, sostengono che eventualmente sarebbe possibile stampare per l'elettore che vota fuori collegio la relativa scheda elettorale, senza però indicare il modo e, quindi, il luogo in cui saranno spogliate tali schede.

<sup>40</sup> [Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013](#), § 9 *Cons. dir.* Con questa nota pronuncia il Giudice costituzionale non si è occupato né del diritto di voto, né del tema del bilanciamento tra elementi interni allo stesso diritto, bensì del bilanciamento tra diritto alla salute e diritto al lavoro. D'altro canto, nel suo “nucleo essenziale” e cioè con riguardo alla tecnica impiegata per realizzare il bilanciamento, la sentenza si ritiene sancisca i principi-guida di questa tecnica. In questo senso si vedano almeno G. DI COSIMO, *Corte costituzionale, bilanciamento di interessi e principio di precauzione*, in [Costituzionalismo.it](#), 10 marzo 2015; M. MASSA, *Giurisdizione, bilanciamento, incertezza. La dottrina di Gaetano Silvestri e la sentenza sul caso Ilva*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, II, Torino, 2016, 1397 ss.; A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, cit., 84-88, spec., 84-85; ID., *La Corte costituzionale come giudice dell'esperienza giuridica*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2021, spec. 145.

<sup>41</sup> [Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013](#), § 9 *Cons. dir.*

<sup>42</sup> A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, cit., 85.

<sup>43</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 143. Ivi, 89 ha inoltre precisato che si dovrebbe «esaminare quale tutela la norma in questione accordi a ciascuno di essi e quale compressione ognuno di essi venga a subire», ovvero «valutare se è assicurato un assetto equilibrato degli interessi concorrenti».

materiale del bene oggetto di disciplina»<sup>44</sup> di modo che non si accordi preferenza a priori a uno dei due termini di comparazione, ma si rifletta attorno all'uno e attorno all'altro per comprendere che potrebbe essere poco ragionevole interpretare i quattro canoni sanciti dall'art. 48, comma 2, Cost. con tal rigore da impedire l'esercizio del diritto a una parte rilevante dei titolari.

Posto che l'obiettivo del voto non è fine a sé stesso, ma è orientato a perseguire uno scopo ulteriore (il costituirsi dell'organo rappresentativo della volontà popolare; *rectius*: conferire effettiva legittimazione democratica all'organo rappresentativo), l'analisi del rapporto tra garanzie del diritto e la fattiva possibilità che sia esercitato dovrebbe essere valutato alla luce del risultato finale<sup>45</sup>, ovvero avendo riguardo alla «interazione reciproca tra l'accrescimento di tutela» dell'effettività del diritto di voto in concreto e la possibile «diminuzione di garanzia» in astratto dei requisiti prescritti dalla norma costituzionale<sup>46</sup>.

I diritti fondamentali, presupposti della democrazia pluralista, sono valori «originari, assolutamente primari e perciò intangibili nel loro nucleo assiologico sia da parte di qualsiasi soggetto privato (incluso il titolare) sia da parte di qualsiasi potere costituito (pubblico o privato), compreso quello di revisione costituzionale»<sup>47</sup>. Nel caso dell'esercizio del suffragio, pertanto, dovrebbe assicurarsi a ogni elettore la possibilità di partecipare alle consultazioni elettorali anche se impossibilitato a recarsi presso la sezione elettorale del comune in cui è iscritto nel giorno delle elezioni, quantomeno nel limite delle soluzioni ragionevoli allo stato delle tecnologie disponibili (e sicure) in un dato momento storico.

Siccome «discipline e innovazioni» del procedimento elettorale non possono essere impiegate se sono «regressive cioè [capaci di] diminuire le garanzie a tutela della loro genuinità»<sup>48</sup>, e che l'analisi dei principi costituzionali non può essere condotta a detrimento dei diritti e delle libertà, si dovrebbe procedere a un'interpretazione degli enunciati costituzionali che non sia limitata al dato letterale, ma che tenga conto anche della realtà materiale in cui si verifica il conflitto tra i principi.

La «regola del conflitto» da cui partire per provare a formulare opzioni pratiche che tengano conto dell'obiettivo di riconoscere e garantire a tutti i diritti inviolabili, sembra risiedere nel punto di convergenza tra il principio costituzionale (le caratteristiche del diritto di voto) e la realtà materiale in cui si manifesta (il significativo astensionismo, da un lato, e le tecniche e tecnologie disponibili, dall'altro lato).

---

<sup>44</sup> A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, cit., 88-90, spec. 90. Per questa tecnica si vedano Corte costituzionale, [sentenze n. 320 del 1983](#) e [n. 126 del 1985](#).

<sup>45</sup> In questo senso G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, 2000, 13 ss. Aderisce a questa interpretazione M. RUBECHI, *Il diritto di voto*, cit., 73.

<sup>46</sup> [Corte costituzionale, sentenza n. 372 del 2006](#), § 5.2 *Cons. dir.* [Corte costituzionale, sentenza n. 1130 del 1988](#), § 2 *Cons. dir.* ha precisato che il giudizio dovrebbe essere svolto mediante «ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti»; il test di proporzionalità, precisa [Corte costituzionale, sentenza n. 1 del 2014](#) § 3.1 *Cons. dir.*, «richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi».

<sup>47</sup> A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 87, ma v. anche 41-61. Già A. BARBERA, *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *Iustitia*, 1962, 117 ss. aveva sostenuto che i diritti sono i valori di riferimento della posizione giuridica di ciascun consociato; in questo senso tra gli altri si vedano almeno M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome di valori*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, 176 ss. e F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, *passim*.

<sup>48</sup> E. BETTINELLI, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, cit., 12, il quale ha definito tale affermazione come principio «di resistenza» dell'ordinamento giuridico.



3. *Alcune alternative per ridurre l'astensionismo salvaguardando i canoni sanciti dall'art. 48, comma 2, Cost.*

Risultano di estrema attualità le parole del Ministero per la Costituente, che si preoccupava di impiegare «tutti i mezzi di facilitazione [...] perché la universalità del suffragio [sia] non soltanto dichiarata formalmente ma [...] concretamente attuata nei limiti estremi delle possibilità» indicate dalla norma costituzionale<sup>49</sup>.

L'obiettivo di «rimuovere un meccanismo legislativo ritenuto troppo rigido nell'assicurare la tutela di un unico interesse» e proporre «la sostituzione con meccanismi più elastici e più idonei al bilanciamento di più interessi»<sup>50</sup> richiede di passare in rassegna ulteriori modalità, già note in altri ordinamenti e in parte anche nel nostro, per riuscire a garantire a ogni elettore la possibilità di partecipare alla definizione delle vicende politico-istituzionali del Paese<sup>51</sup>.

Partendo da quel che c'è, la l. 27 dicembre 2001, n. 459<sup>52</sup>, descrivendo le modalità per l'esercizio del diritto di voto dei cittadini residenti all'estero<sup>53</sup>, ha introdotto nel nostro ordinamento il c.d. voto per corrispondenza non presidiato. Un altro caso si trova all'art. 36, legge 19 settembre 2017, n. 14, della Provincia autonoma di Bolzano, che accorda la facoltà di votare per corrispondenza per il Consiglio provinciale a coloro che risiedono all'estero e sono iscritti nel registro AIRE, nonché agli elettori che non possono votare presso il Comune di residenza in quanto temporaneamente dimoranti fuori Provincia. Il fine delle norme è chiaramente consentire la più ampia partecipazione alle consultazioni elettorali.

Si tratta di capire se tale tecnica è ragionevole, ovvero se i requisiti di libertà e segretezza indicati dall'art. 48, comma 2, Cost., tenuto conto delle difficoltà oggettive di chi risiede all'estero di tornare in Italia per esprimere il proprio suffragio, possono essere considerati recessivi rispetto alla garanzia dell'effettività del diritto di voto.

Se fosse replicata per i residenti all'estero la tecnica prevista all'interno dei confini nazionali, ad esempio istituendo i seggi elettorali presso la sede consolare, probabilmente sarebbe pregiudicata l'effettività del diritto di voto perché la necessità che il cittadino residente all'estero si rechi presso tale sede potrebbe indurlo nei fatti a rinunciare all'esercizio del voto. D'altro canto, si dovrebbe sostenere che il voto per corrispondenza all'estero è illegittimo perché pone in dubbio il rispetto dei

---

<sup>49</sup> Ministero per la Costituente, *Atti della Commissione per la elaborazione della legge elettorale politica per l'Assemblea costituente, Relazione della Commissione*, 14 settembre 1945, 61-62.

<sup>50</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 88.

<sup>51</sup> P. FELTRIN, G. IERACI, *Facilitating voting and electoral participation in Italy*, cit., 34 sostengono che per ridurre l'astensionismo «could be relatively feasible if one operated on the objective reasons of the impediments to go to the polling stations».

<sup>52</sup> Che com'è noto ha attuato l'art. 48, comma 3, Cost., così come introdotto dalla legge costituzionale 17 gennaio 2000, n. 1.

<sup>53</sup> Affinché sia possibile esprimere il suffragio è necessario che i cittadini residenti all'esterno siano iscritti nella relativa Anagrafe (AIRE). In particolare, se i cittadini residenti all'estero non dichiarano di votare in Italia presso le sezioni elettorali del Comune in cui sono iscritti (precisamente, l'elettore deve comunicare, entro dieci giorni dopo la pubblicazione del decreto di indizione delle consultazioni, per iscritto al Consolato di residenza la volontà di votare nel seggio italiano), voteranno per corrispondenza. Al Ministero dell'interno è affidato il compito di consegnare a quello degli affari esteri le schede elettorali da recapitare a questi cittadini entro il ventiseiesimo giorno antecedente la data della consultazione; le rappresentanze diplomatiche e consolari procedono alla stampa delle schede e alla raccolta del materiale da inserire nei plichi da recapitare agli elettori della circoscrizione Estero attraverso il sistema postale più affidabile (ai sensi dell'art. 12, comma 3, l. n. 459 del 2001 indica fra il materiale il certificato elettorale, la scheda e la relativa busta piccola, una busta grande affrancata recante l'indirizzo dell'Ufficio consolare competente e un foglio esplicativo delle modalità di voto così come indicato). All'elettore spetta invece di introdurre la scheda elettorale votata nella corrispondente busta piccola, che chiude e inserisce nella busta affrancata, insieme al tagliando staccato dal certificato elettorale che comprova l'esercizio del diritto di voto. Dopodiché, entro dieci giorni dalla data stabilita per le votazioni in Italia, invia il plico al Consolato competente che a sua volta lo invia all'Ufficio centrale per la circoscrizione Estero (istituita presso la Corte d'appello di Roma) mediante valigia diplomatica accompagnata, mentre le schede che arrivano troppo tardi saranno incenerite a cura degli Uffici consolari (art. 12, ottavo comma, l. n. 459 del 2001).

canoni indicati dalla norma costituzionale non offrendo le massime garanzie quanto a personalità, libertà e segretezza del voto, come è stato precisato anche dall'[ordinanza n. 63 del 2018 della Corte costituzionale](#).

Eppure, nell'ottica del bilanciamento, sembra essere ragionevole l'"affievolimento" di queste garanzie in favore dell'effettività del diritto di voto, che implica l'esistenza di una possibilità concreta di esercitare il diritto<sup>54</sup>. Ciò non equivale a sostenere che il voto per corrispondenza non presidiato è esente da criticità, anzi, se ne ravvisano alcune che inducono a sostenere che non sia possibile estendere tale tecnica all'intero corpo elettorale presente sul territorio italiano. Sebbene sembri agevolare l'esercizio del voto, consentendo a chiunque, ovunque dimorante, di esprimere il proprio suffragio facendolo recapitare a mezzo posta al proprio Comune di residenza, manifesta alcuni elementi di frizione con i principi enunciati dall'art. 48, comma 2, Cost.<sup>55</sup>.

La potenziale minaccia alla riservatezza del voto, anche se non immediata, potrebbe facilmente superare la soglia che ne assicura la libera espressione poiché l'elettore potrebbe essere vulnerabile a coercizioni o intimidazioni<sup>56</sup>. La segretezza del voto, inoltre, rimane in pericolo fino a quando la scheda non è recapitata presso l'ufficio elettorale che separerà i dati dell'elettore dalla relativa manifestazione di volontà<sup>57</sup>. Infine, potrebbe essere compromesso il requisito della personalità perché dal dato normativo non emergono chiare garanzie per assicurare che il suffragio sia stato effettivamente espresso dal titolare del diritto, posto che la verifica della titolarità del diritto avviene successivamente alla sua espressione<sup>58</sup>.

Perplessità analoghe (e forse anche più gravi) sembrano riscontrarsi in relazione al c.d. *home vote* elettronico, quello che l'elettore esprime attraverso *device* privati (*smartphone, tablet o computer*) in un luogo non presidiato. Se anche il sistema informatico fosse in grado di assicurare i requisiti della personalità e dell'eguaglianza del voto, sarebbe verosimilmente impossibile garantire quelli relativi alla libertà e alla segretezza. In particolare, sembra arduo sostenere che l'elettore sia salvaguardato da coartazioni o condizionamenti psicologici nel momento in cui esprime il proprio suffragio, creando documento proprio alla libertà e alla segretezza<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> Va precisato che tale "affievolimento" è imposto da condizioni che di fatto mancano all'estero e che viceversa sono previste in Italia. Procedendo a un bilanciamento identico tra il rispetto dei canoni che l'art. 48, comma 2, Cost. lega al diritto di voto e l'effettività dello stesso, va da sé che se in Italia è possibile istituire numerose circoscrizioni elettorali, mentre all'estero tale possibilità è impedita dalla circostanza che non sono disponibili le stesse risorse (anzitutto logistiche e di personale) che si hanno all'interno dei confini nazionali.

<sup>55</sup> P. FELTRIN, G. IERACI, *Facilitating voting and electoral participation in Italy*, cit., 30, sostengono sia dubbio se la segretezza del voto nel caso della corrispondenza "pesi" di più rispetto all'obiettivo di diminuire l'astensione del corpo elettorale; affermano che «*secrecy is really hiding behind a fig leaf*» perché le posizioni politiche di tutti non sono affatto segrete, in quanto ciascuno di noi ne parla con i consociati.

<sup>56</sup> L. SPADACINI, M. PODETTA, *Quando le nuove tecnologie possono essere utilizzate a servizio dei principi costituzionali: la proposta di digitalizzazione della tessera elettorale*, in M. Ladu, N. Maccabiani (a cura di), *L'individuo e la realtà digitale. Una questione costituzionale e democratica oltre la virtualità*, Napoli, 2023, 175, sottolineano i rischi non secondari, specialmente in alcune zone del nostro Paese, rispetto al «controllo del voto da parte della criminalità organizzata (che potrebbe giovare di qualsiasi procedura elettorale non presidiata)».

<sup>57</sup> In questo senso anche A. GRATTERI, *Il valore del voto*, cit., 109 e 112.

<sup>58</sup> Denunciano il potenziale effetto lesivo del voto per corrispondenza non presidiato in relazione ai principi di personalità e segretezza del voto, fra gli altri, F. LANCHESTER, *Il voto degli italiani all'estero: un esercizio difficile*, in Id. (a cura di), *Il voto degli italiani all'estero*, Roma, 1988, 2; G. CHIARA, *Titolarità del voto e fondamenti costituzionali di libertà ed eguaglianza*, cit., 29; M. ROSPI, *La segretezza del voto garanzia di libertà (o ostacolo alla partecipazione?)*, cit., 485-486. Ritiene invece non sussistano tali problemi C. FUSARO, *Il voto all'estero: quando i costituzionalisti... non ci stanno*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2002, 351-354.

<sup>59</sup> In questo senso si esprimono fra i tanti E. BETTINELLI, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, cit., 15; L. TRUCCO, *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, in *Rivista dell'informazione e dell'informatica*, 1/2011, 57; M. ROSPI, *Segretezza del voto e democrazia*, cit., 243-244; M. ROSINI, *Il voto elettronico tra standard europei e principi costituzionali. Prime riflessioni sulle difficoltà di implementazione dell'e-voting nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Rivista AIC*, 1/2021, *passim*; V. DESANTIS, *Le nuove prospettive dell'internet voting tra avanzamento tecnologico e sostenibilità giuridica*, in *Rivista AIC*, 4/2022, *passim*; *Libro bianco sull'astensionismo*, cit., 241.

Diverse riflessioni devono invece essere fatte per il voto cosiddetto presidiato atipico, che potrebbe assicurare segretezza e personalità perché all'atto dell'esercizio è presente un pubblico ufficiale.

Il nostro ordinamento ne conosce alcune forme, come il voto a domicilio per gli elettori affetti da infermità tali da rendere impossibile l'allontanamento dall'abitazione<sup>60</sup>. Oltre alla dichiarazione da recapitare al sindaco del Comune di residenza di voler votare presso il proprio domicilio, è necessario esibire un certificato medico che attesti l'impossibilità di recarsi al seggio<sup>61</sup>. Il Presidente di sezione elettorale, il segretario e uno scrutatore, eventualmente accompagnati anche dai rappresentanti di lista che ne facciano richiesta, nelle ore in cui è aperta la votazione devono recarsi presso il domicilio dell'elettore per raccogliergli il voto<sup>62</sup>; quindi il "seggio ambulante" torna presso la sezione e lì la scheda votata è inserita nell'urna con le altre.

Questa tecnica potrebbe assicurare l'effettività del diritto e il rispetto dei requisiti sanciti dalla norma costituzionale; d'altro canto, sussistono alcune difficoltà logistiche, tanto che potrebbe essere impiegata per un campione di popolazione o per zone scarsamente abitate in ragione del notevole dispendio di tempo, risorse economiche e di personale se venisse applicato oltre cinquantamila elettori individuati in occasione delle elezioni politiche del 2022, caratterizzate da circostanze eccezionali<sup>63</sup>.

Diverso è il diritto riconosciuto ai degenti ricoverati in ospedale e case di cura per i quali è possibile votare nel luogo di ricovero (articoli 51 d.p.r. n. 361 del 1957 e 42 d.p.r. n. 570 del 1960) in virtù della deroga al principio della rappresentanza dal momento che questi elettori sono ammessi al voto «con le schede del collegio e circoscrizione di quel territorio (cd. principio di territorialità delle schede elettorali), cambiando quindi eventualmente circoscrizione e collegio»<sup>64</sup>. Si tratta di una deroga, a ben vedere, di dubbia giustificabilità oggi, in presenza di tecniche che consentirebbero, con le medesime garanzie di libertà, personalità e segretezza, al degente di votare nel presidio ospedaliero per la propria circoscrizione o collegio (questo, infatti, accadrebbe, se si estendessero a tale ipotesi le modalità prospettate nel citato *Libro bianco sull'astensionismo*). Coincidente è la disciplina prevista per i detenuti che, se non privati del diritto di voto, possono esercitarlo nel luogo di detenzione (art. 8, l. 23 aprile 1976, n. 136), purché entro il terzo giorno antecedente la data della consultazione informino il sindaco del Comune nelle cui liste elettorali sono iscritti della volontà di votare nel luogo in cui sono detenuti.

Il voto in un seggio diverso da quello di residenza senza che sia rispettato il principio di corrispondenza tra rappresentante e rappresentato è previsto anche per gli appartenenti alle forze dell'ordine e i vigili del fuoco, i quali sono liberi di esercitare tale diritto, previa esibizione della tessera elettorale e degli altri documenti richiesti dal Ministero dell'interno, in qualsiasi sezione del Comune in cui stanno prestando servizio (art. 49 d.p.r. n. 361 del 1957). Analoga è la previsione per i naviganti marittimi o gli aviatori fuori residenza per motivi d'imbarco, i quali possono esercitare il diritto voto in qualsiasi sezione elettorale del Comune in cui sono, a condizione che esibiscano il certificato elettorale corredato dai documenti indicati dall'art. 50 d.p.r. n. 361 del 1957.

---

<sup>60</sup> Così l'art. 1 del d.l. 3 gennaio 2006, n. 1, conv., con modif., nella l. 27 gennaio 2006, n. 22, successivamente modificato dalla l. 7 maggio 2009, n. 46.

<sup>61</sup> *Libro bianco sull'astensionismo*, cit., 256-258 propone inoltre di rimuovere alcuni ostacoli all'accesso al voto per le persone disabili e anziane.

<sup>62</sup> Il Presidente di seggio in particolare ha il compito di dare luogo a ogni attività idonea ad assicurare la libertà e la segretezza del voto tenendo conto delle condizioni di salute dell'elettore.

<sup>63</sup> Cfr. Ministero dell'interno, Dipartimento per gli affari interni e territoriali, Direzione centrale per i servizi elettorali *Elezioni politiche 25/09/2022*, 21 settembre 2022, 165. Perplesso sulla possibilità che il c.d. voto itinerante possa essere implementato su tutto il territorio nazionale per le ragioni anzidette è A. GRATTERI, *Il valore del voto*, cit., 137; F. SANCHINI, *Il voto fuori dal Comune di residenza fra requisiti costituzionali, esigenze di effettività e tentativi (incompiuti) di regolamentazione*, cit., 211.

<sup>64</sup> *Libro bianco sull'astensionismo*, cit., 172. L. SPADACINI, M. PODETTA, *Quando le nuove tecnologie possono essere utilizzate a servizio dei principi costituzionali*, cit. 179 riflettono attorno alla alterazione del rapporto di rappresentanza che si verifica in questi casi.

Parzialmente diversa la regola prevista per i rappresentanti di lista e i componenti del seggio elettorale, i quali sono ammessi a votare nella sezione in cui si trovano anche se iscritti in altra sezione o in altro Comune, purché siano elettori del collegio plurinominale della Camera o della circoscrizione elettorale regionale del Senato<sup>65</sup>. A questi sono assimilati i candidati alle elezioni, che possono votare in una qualsiasi sezione del collegio plurinominale in cui sono candidati, previa esibizione della tessera elettorale (art. 48 d.p.r. n. 361 del 1957).

Il voto in un seggio diverso da quello assegnato in base alla residenza, se svolto in forma diffusa e attraverso l'apposizione di un segno sulla scheda elettorale nel segreto dell'urna, dovrebbe supporre una macchina organizzativa particolarmente articolata, che peraltro sembra non possa prescindere dall'utilizzo del sistema postale per recapitare i voti presso l'ufficio elettorale di ciascun elettore. D'altro canto, questa modalità pare non possa essere validamente impiegata se non prima del giorno fissato per la votazione, che dunque diventerebbe il giorno di chiusura per l'espressione del suffragio e che, allora, non si discosterebbe dal voto presidiato anticipato e consegnato<sup>66</sup>.

Quest'ultimo, così come descritto nel *Libro bianco sull'astensionismo*<sup>67</sup>, potrebbe rappresentare un discreto compromesso tra effettività del diritto di voto e garanzia di libertà, segretezza, personalità ed eguaglianza.

Il personale del "seggio", che potrebbe essere istituito presso l'ufficio postale o gli uffici comunali, sarebbe sostituito da altri funzionari pubblici che, previa identificazione dell'elettore, sarebbero preposti a raccogliere i voti di coloro che non si possono recare al seggio nel giorno e nel luogo previsto per le elezioni assicurando che l'apposizione del segno sulla scheda elettorale avvenga nel segreto della cabina. In questo modo dovrebbero essere salvaguardati i principi della libertà, della personalità e il rapporto di rappresentanza tra l'elettore e il luogo di residenza poiché la relativa scheda sarebbe recapitata nell'urna del seggio della propria residenza<sup>68</sup>.

Per assicurare il rispetto dell'eguaglianza del voto potrebbe immaginarsi l'utilizzo della carta d'identità elettronica o di un *election pass* in luogo della tessera elettorale cartacea<sup>69</sup>. L'impiego di strumenti di riconoscimento elettronici dovrebbe consentire la registrazione in tempo reale dell'avvenuta espressione del suffragio, rendendo di conseguenza impossibile all'elettore recarsi in un altro seggio per esprimersi nuovamente e perciò garantendo l'impossibilità di un doppio voto.

---

<sup>65</sup> Il fine è non alterare il rapporto di rappresentanza (artt. 48 d.p.r. n. 361 del 1957 e 40 d.p.r. n. 570 del 1960). In particolare, gli scrutatori e il segretario sono nominati fra gli iscritti nelle liste elettorali del Comune di ubicazione del seggio (art. 1 l. 8 marzo 1989, n. 95), mentre per il presidente non sussiste tale vincolo (art. 35 d.p.r. n. 361 del 1957); ciò nonostante, le più recenti circolari del Ministero dell'interno (cfr. le n. 15 del 2018 e n. 62 del 2021) hanno indicato la preferenza per la nomina del presidente di seggio fra i residenti del Comune in cui è ubicato il medesimo.

<sup>66</sup> Diversa la riflessione offerta da A. GRATERI, *Il valore del voto*, cit., 147-149 circa il c.d. voto mobile rispetto al quale rileva che può essere impiegato solo in collegi piccoli, dunque con pochi elettori e che verosimilmente per questa ragione non si preoccupa della necessità che il voto sia espresso prima della data prevista per l'elezione, né si occupa del modo in cui le schede possano essere recapitate presso il seggio di appartenenza dell'elettore, eventualmente anche proponendo una soluzione *brevi manu*. L'A. afferma infatti che il voto mobile «è depositato presso un seggio di altro ambito territoriale nello stesso arco temporale riservato alle ordinarie operazioni di voto» lasciando tuttavia aperte almeno due questioni: l'una relativa allo sfasamento del rapporto tra rappresentate e rappresentato che si verificherebbe se l'elettore di un'ipotetica "circoscrizione A" votasse presso la supposta "circoscrizione B"; l'altra relativa alla modalità attraverso la quale consegnare il voto presso il seggio assegnato all'elettore, dunque all'interno della propria circoscrizione.

<sup>67</sup> Soluzione proposta dal *Libro bianco sull'astensionismo*, 249-255 che, a 250, afferma che questa modalità potrebbe offrire «quasi la stessa efficacia del voto elettronico e del voto per corrispondenza» senza «presentare i problemi di compatibilità con i principi costituzionali» e condivisa da L. SPADACINI, M. PODETTA, *Quando le nuove tecnologie possono essere utilizzate a servizio dei principi costituzionali*, cit., 175-177, nonché da F. SANCHINI, *Il voto fuori dal Comune di residenza fra requisiti costituzionali, esigenze di effettività e tentativi (incompiuti) di regolamentazione*, cit., 213.

<sup>68</sup> In questo senso si veda L. SPADACINI, M. PODETTA, *Quando le nuove tecnologie possono essere utilizzate a servizio dei principi costituzionali*, cit., 176.

<sup>69</sup> Cfr. *Libro bianco sull'astensionismo*, cit., 219-220 e 222-224; si tratta di una tecnologia che sarebbe mutuata da quella impiegata per il c.d. *green pass*.

Potrebbe invece essere compromessa, almeno in astratto, la segretezza perché i plichi contenenti i voti dovrebbero viaggiare dal luogo in cui è stata effettuata la votazione a quello in cui saranno scrutinati<sup>70</sup>. La busta contenente la scheda elettorale sarebbe invero inclusa in un'altra busta all'interno della quale dovrebbe essere inserita – a parte – la dichiarazione dell'avvenuto esercizio del voto sottoscritta dall'elettore, rendendo quindi vulnerabile il plico. Nello spostamento potrebbe invero essere intercettato e desegretato, distrutto o altrimenti non recapitato al seggio di destinazione determinando l'"ineffettività" *ex post* del diritto di voto e sfalsando il risultato elettorale poiché formulato sulla base di un numero inferiore di voti espressi<sup>71</sup>. Tuttavia, posto che una volta manomesso il plico, il voto non potrebbe essere computato, non pare possano esservi in concreto soggetti interessati a violare la segretezza delle buste. Resta inteso, peraltro, che per gli scrutatori la scheda rimarrebbe anonima dal momento che quelle votate in anticipo sarebbero inserite nell'urna con quelle votate il giorno delle elezioni, quindi scrutinate tutte assieme alla chiusura delle consultazioni elettorali.

Questa tecnica di voto potrebbe nondimeno determinare almeno una ulteriore difficoltà di ordine materiale circa il numero di schede da recapitare presso ogni seggio elettorale con l'indicazione dei candidati dei diversi collegi elettorali presenti sul territorio nazionale; complessità che potrebbe essere ovviata prevedendo che l'elettore che voterà fuori sede comunichi con un certo anticipo al sindaco del Comune la propria intenzione di modo che il Ministero dell'interno ivi recapiti la scheda elettorale. Oppure, come è stato proposto dal *Libro bianco sull'astensionismo*, prevedendo che la scheda sia stampata seduta stante dal personale addetto alle operazioni di voto, previa consegna da parte del Ministero dell'interno o dell'Istituto poligrafico dell'apposita carta su cui procedere alla stampa<sup>72</sup>.

Un'altra possibile soluzione, che potrebbe consentire un bilanciamento discreto tra la libertà di movimento degli elettori e la garanzia dell'accesso al diritto di voto, rispettando anche i principi indicati dall'art. 48, comma 2, Cost., potrebbe consistere nell'esercizio del suffragio tramite dispositivo elettronico in un luogo presidiato<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> In questo senso si vedano anche M. ARMANNO, *Personale, uguale, libero e segreto*, cit., 239 e M. ROSPI, *La segretezza del voto garanzia di libertà (o ostacolo alla partecipazione?)*, cit., 488. Favorevoli, invece, al voto presidiato per corrispondenza, che non dovrebbe compromettere neppure il principio di segretezza, sono E. BETTINELLI, *Diritto di voto*, cit., 227 e ID., *Il voto degli italiani all'estero*, in M. Luciani, M. Volpi (a cura di), *Riforme elettorali*, Roma-Bari, 1995, 215 ss. e A. GRATTERI, *Il valore del voto*, cit., 139. Quest'ultimo, 139-140 sottolinea che dovrebbe essere revisionata la legislazione relativa alla campagna elettorale dal momento che dovrebbe essere chiusa diversi giorni prima rispetto alla data delle elezioni, anche se ammette che in ogni caso l'elettore potrebbe comunque formare la propria volontà rispetto al voto.

<sup>71</sup> Cfr. ancora L. SPADACINI, M. PODETTA, *Quando le nuove tecnologie possono essere utilizzate a servizio dei principi costituzionali*, 175.

<sup>72</sup> Cfr. *Libro bianco sull'astensionismo*, cit., 253. Ivi, 254 si pone in evidenza la necessità che il Ministero dell'interno riformuli l'"estetica" delle schede elettorali, che dovranno essere il più lineare e semplici possibili per facilitare la stampa. A. DE NICOLA, *Il voto fuori dal comune di residenza*, cit., 61 ritiene preferibile che gli elettori che intendano votare anticipatamente comunichino tale intendimento al sindaco del Comune nel quale voteranno dimodoché l'Ufficio elettorale della circoscrizione in cui sarà espresso il voto della persona fuori sede possa far recapitare all'Ufficio per il voto anticipato la scheda per l'elettore, senza dunque attribuire a quest'ultimo ufficio il compito di provvedere alla stampa.

<sup>73</sup> Aderiscono a questa interpretazione A. GRATTERI, *Finalità e problemi del voto elettronico: le prospettive della sua attuazione in Italia*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), 25 marzo 2015, 4-11; M. ROSPI, *Segretezza del voto e democrazia*, cit., 245. È noto che la [legge della Lombardia del 23 febbraio 2015, n. 3](http://www.governo.it/legge/legge-23-febbraio-2015-n-3) ha introdotto il voto elettronico presidiato per i referendum consultivi che è stato utilizzato in occasione del referendum consultivo del 22 ottobre 2017 con l'obiettivo di saggiare la volontà degli elettori circa la Regione in trattativa con lo Stato per accedere alle ulteriori forme di autonomia indicate dall'art. 116, comma 3, Cost. La legge è stata abrogata dall'art. 2, comma 1, lett. b), n. 70) della l. regionale 25 gennaio 2018, n. 5. Contraria sembra M. ROSINI, *Il voto elettronico tra standard europei e principi costituzionali*, cit., 13 ad avviso della quale il voto elettronico, specialmente se svolto in un luogo non presidiato, «è potenzialmente in grado di determinare lo smarrimento del valore simbolico del voto, snaturando un processo altrimenti riflessivo e cancellando l'importanza dell'atto collettivo che si sta compiendo». L'A. prosegue specificando che «recandosi fisicamente e pubblicamente al seggio elettorale» l'elettore esprime, in condizioni di eguaglianza, «il suo accordo con il sistema esistente e mostra la sua volontà di partecipare attivamente alla vita politica». Questo

Il voto sarebbe espresso in un luogo pubblico alla presenza di un pubblico ufficiale assicurando i principi di personalità ed eguaglianza del voto perché l'identità dell'elettore è verificata dal pubblico ufficiale e il voto sarebbe espresso nel segreto della cabina elettorale. L'accertamento dell'identità dell'elettore mediante carta d'identità elettronica o *election pass* potrebbe anche garantire il rispetto del principio di eguaglianza del voto, costituendone al tempo stesso lo strumento di accesso. Si potrebbe implementare un ulteriore sistema informatico che, sulla base di una lista elettorale nazionale informatizzata, "depenni" immediatamente il numero del documento d'identità dalla lista, rendendo impossibile per l'elettore presentarsi in un altro seggio per esprimere nuovamente il suffragio. Lo stesso *software*, attraverso lo strumento di identificazione dell'elettore, potrebbe generare la scheda elettorale del relativo collegio sulla quale esprimere il voto e le preferenze, ovvero lasciare bianca o annullare la scheda<sup>74</sup>.

Non servendosi di alcuna "urna intermedia", quella del seggio, che potrebbe permettere di riconoscere l'elettore nella fase di scrutinio, si potrebbe immaginare di far confluire ogni voto all'interno di un'urna virtuale "centrale" istituita per ciascun collegio così che non sia possibile risalire all'identità dell'elettore. La circostanza che i voti convergano senza intermediazioni nell'urna centrale potrebbe altresì scongiurare la manomissione dei risultati elettorali se fosse istituita una rete *ad hoc* in grado di legare ciascun *device* all'urna del collegio<sup>75</sup>. A tale fine, distinguendo tra voto digitale ed elettronico<sup>76</sup>, e tenendo fede a quest'ultimo, sarebbe necessario implementare programmi informatici *ad hoc* idonei a garantire la sicurezza, l'affidabilità, la trasparenza e il controllo del momento elettorale.

---

meccanismo, «per sua natura, rallenta la velocità del processo decisionale dell'elettore, che deve uscire di casa e percorrere un tragitto per raggiungere il seggio, durante il quale ha la possibilità di ponderare ulteriormente la sua opzione di voto». Perdendo la "fisicità" della votazione l'A. teme che possa essere minata «la coesione della comunità» dal momento che la garanzia del diritto anche a chi non si trova nel comune in cui risiede pregiudica l'interesse della collettività alla partecipazione civica. E tuttavia si ritiene che l'obiettivo del voto elettronico sia quello di favorire e incrementare la partecipazione civica proprio perché il diritto di voto può essere esercitato anche al di là degli impedimenti fisici dettati dal luogo in cui si studia o si lavora o si sta svolgendo una qualsiasi altra attività che non può essere interrotta per spostarsi, magari di molti chilometri, e fare ritorno nel luogo di residenza. Sono peraltro state elaborate alcune proposte di legge con delega al Governo volte a adottare il voto elettronico onde consentire a quanti più elettori possibili la partecipazione al voto, implementando un sistema informatico in grado di assicurare la segretezza del voto e di scongiurare contraffazioni delle schede. Si vedano il d.d.l. [A.S. n. 1620 del 2002](#), che tuttavia è stato discusso solo due volte in Commissione; il p.d.l. [A.C. n. 2585 del 2009](#), che tuttavia non è mai stato discusso nemmeno in Commissione; infine, il p.d.l. [A.C. n. 185 del 2013](#), che pure è naufragato. Attualmente è in discussione presso il Senato il d.d.l. [A.S. n. 787 del 2023](#) di conferimento della delega al Governo in materia di esercizio del diritto di voto in un comune diverso da quello di residenza, che tuttavia non sembra prendere in considerazione la possibilità di procedere al voto *online*; sull'iter che ha stravolto tale d.d.l. introducendo una delega al Governo: si veda la ricostruzione offerta da F. SANCHINI, *Il voto fuori dal Comune di residenza fra requisiti costituzionali, esigenze di effettività e tentativi (incompiuti) di regolamentazione*, cit., 215-217.

<sup>74</sup> Si sono espressi in senso favorevole a questa modalità E. BETTINELLI, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, cit., 18-19, A. GRATTERI, *Il valore del voto*, cit., 146-147 e M. ROSPI, *Segretezza del voto e democrazia*, cit., 246-247; gli Autori richiamano, inoltre, il progetto *E-Poll* finanziato dall'Unione europea per sviluppare un sistema di votazione elettronica efficiente e facilmente utilizzabile. Per ulteriori approfondimenti si veda E. BETTINELLI, *Il "Sistema E-Poll" nello spazio elettorale europeo: dalla prospettiva al progetto*, in *Il Politico*, 1/2003, 39-63.

<sup>75</sup> Sul punto si veda A. GRATTERI, *Finalità e problemi del voto elettronico*, cit., 2. V. DESANTIS, *Le nuove prospettive dell'internet voting tra avanzamento tecnologico e sostenibilità giuridica*, cit., 45 propone a tale fine di abbinare a ogni voto un codice cifrato così che saranno scrutinati solo i voti contrassegnati da un numero elaborato dal sistema informatico. Dubbiosi sugli attacchi *hacker* P. FELTRIN, G. IERACI, *Facilitating voting and electoral participation in Italy*, cit., 42.

<sup>76</sup> Per la differenza tra voto digitale, cioè le piattaforme *web* per esprimere il voto attraverso *device* personali che lo registrano e lo legano all'elettore perché quest'ultimo interagisce con un sistema che traduce l'*input* in un flusso che viene registrato e successivamente tabulato, e il voto digitale, ovvero l'uso di piattaforme *ad hoc* per esprimere il voto e inviarlo direttamente nell'urna virtuale cfr. P. FELTRIN, G. IERACI, *Facilitating voting and electoral participation in Italy*, cit., 41-42.

Ciò posto, sussistono alcune perplessità giacché «per le sue (attuali) caratteristiche tecniche il voto digitale comporta inevitabilmente il rischio di manipolazioni»<sup>77</sup>. Potrebbe invero non essere sufficiente affidare le operazioni di controllo dell'espressione, raccolta e conteggio dei voti a un organismo di revisione esterno, indipendente dallo Stato, al quale fornire i codici sorgente del *software* (lo strumento con il quale gli elettori possono verificarne l'affidabilità). Pur se ponderata considerando le diverse esigenze dei soggetti coinvolti perché, da un lato, le società responsabili dello sviluppo del *software* hanno un legittimo interesse nel preservare il segreto industriale e, d'altro lato, gli elettori hanno interesse alla trasparenza del processo elettorale, tale scelta potrebbe non essere sufficientemente garantista<sup>78</sup>.

Non sembra sufficiente verificare il codice sorgente (compito peraltro affidato a un numero ristretto di esperti, da cui deriva l'ulteriore dubbio circa la scelta di questi soggetti) perché tale procedura implica almeno tre diversi *software* (quello del voto, quello di controllo e quello che conta e traduce i voti) e un *hardware* per trasformare ciò che è calcolato dal computer in dati leggibili all'essere umano<sup>79</sup>.

In questi termini si comprende per quale ragione il Tribunale costituzionale tedesco ha dichiarato non conforme ai principi costituzionali la modalità di voto elettronico. Non essendo, perlomeno ad ora, in grado di assicurare il controllo della regolarità delle procedure elettorali, il rischio di frodi è assai elevato. Le manipolazioni del *software* potrebbero, infatti, essere rilevate solo con difficoltà da parte degli informatici, oppure richiederebbero la verifica da parte di un'altra macchina, che a sua volta dovrebbe essere controllata. Il problema principale del voto elettronico, ancorché presidiato, consiste nel fatto che «una procedura di voto in cui l'elettore non può correttamente stabilire se il suo voto è conteggiato in modo genuino e incluso nel risultato finale al pari di tutti gli altri voti espressi esclude dal controllo pubblico gli elementi centrali del procedimento e non soddisfa i

---

<sup>77</sup> G. DI COSIMO, *La partecipazione nell'era digitale*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2022, 103. Va peraltro segnalata la [Mozione sul Voto Elettronico](#) approvata dalle Assemblee Gruppo di Ingegneria informatica del 16 novembre e Gruppo di Informatica del 29 ottobre 2021 con la quale è stato affermato che «la comunità informatica italiana considera suo dovere sottolineare i rischi che accompagnano l'uso del voto elettronico nelle elezioni politiche. Pur ribadendo la necessità della ricerca su sistemi elettorali sicuri, riten[gono] doveroso – sulla base degli innumerevoli risultati scientifici raccolti in questi anni – sottolineare i rischi di voto di scambio, di attacco e manipolazione (a fronte di un incerto aumento della partecipazione elettorale, allo stato attuale delle ricerche ancora non dimostrato), ma anche i rischi connessi a un modello elettorale in cui il cittadino non è grado di convincersi della veridicità del risultato delle elezioni e la conoscenza necessaria per i controlli è patrimonio solo di un ristretto gruppo di persone».

M. ROSINI, *Il voto elettronico tra standard europei e principi costituzionali*, cit., 3, afferma, infatti, che «solo sistemi di voto elettronico sicuri, affidabili, efficienti, tecnicamente solidi, aperti a verifiche indipendenti e facilmente accessibili agli elettori, sono in grado di rafforzare la fiducia del pubblico, che costituisce un prerequisito irrinunciabile per lo svolgimento di elezioni elettroniche». In questo senso si esprime anche V. DESANTIS, *Le nuove prospettive dell'internet voting tra avanzamento tecnologico e sostenibilità giuridica*, cit., 42-43 il quale sostiene che, anche in virtù del c.d. *digital divide*, le modalità di voto elettronico che fossero implementate nel nostro ordinamento non dovrebbero impedire a chi non le ritiene sicure di poter votare attraverso la scheda cartacea.

<sup>78</sup> A. GRATTERI, *Il valore del voto*, cit., 184-185, riflette attorno al sistema di voto elettronico adottato in Olanda dove, in sintesi, gli standard tecnici relativi alla trasparenza e perciò alla sicurezza della procedura di espressione del suffragio sono indicati da un regolamento del Governo e sono controllati da una società alla quale sono forniti i codici sorgente del *software*. Il giudizio dell'A. circa tale procedura risulta prevalentemente positivo giacché l'ordinamento olandese è riuscito a realizzare un bilanciamento complessivamente soddisfacente tra la tutela del segreto industriale (il *software*) e la trasparenza del procedimento elettorale. Sulla trasparenza in queste operazioni si veda inoltre M. ROSINI, *Il voto elettronico tra standard europei e principi costituzionali*, cit., 39-42.

<sup>79</sup> In questo senso si veda P. COPPOLA, *Resistere alla tentazione del voto elettronico*, in [Astrid rassegna](#), 15/2023, 3-4, che a 8-9 propone un'altra soluzione, pur non esente da dubbi, ovvero impiegare meccanismi matematici crittografici per svolgere le consultazioni elettorali. In questo modo si dovrebbero avere due *software*, un *client* di votazione che registra la volontà dell'elettore e un *server* che raccoglie i voti e li scruta. In questo modo si ovvia – ancorché non definitivamente – il problema della sicurezza del *client* attraverso il quale si verifica a votazione perché l'elettore può scegliere quello che ritiene più opportuno. Tale sistema determina però un elevato numero di *client* e perciò anche di produttori e controllori.

requisiti costituzionali»<sup>80</sup>. Le incertezze legate alla trasparenza della procedura di voto elettronico e alla possibilità che individui malintenzionati si possano ingerire nelle fasi del *software* (dall'espressione del voto, alla confluenza nell'urna, al conteggio ecc.) sembrano rendere prematura l'adozione di questa opzione. Dal punto di vista del bilanciamento, tale tecnica appare invero insoddisfacente. Se inizialmente si potrebbe sostenere che essa garantisce l'effettività del diritto di voto perché elimina la maggior parte degli ostacoli all'espressione del suffragio, un'analisi più approfondita suggerisce che è proprio l'effettività a essere minacciata. I dubbi relativi al rispetto della libertà e segretezza dell'elettore, uniti alle deboli – se non inesistenti – garanzie circa la trasparenza della procedura, potrebbero compromettere proprio l'effettività del voto nella misura in cui i risultati elettorali potrebbero essere manipolati senza che gli elettori, *in primis*, ne abbiano contezza. In ogni caso, le procedure elettorali non solo devono essere immuni da alterazioni, ma è altrettanto importante che ciò sia ampiamente percepito dall'opinione pubblica. In sostanza, è necessario che i meccanismi adottati godano di una fiducia diffusa riguardo alla loro affidabilità, ciò che attualmente non può dirsi per le procedure elettroniche. Il bilanciamento dovrebbe allora essere orientato a comprendere, su un piano oggettivo, se i costi in termini di minore rappresentatività di un Parlamento costituito attraverso l'espressione della volontà di un numero meno vasto di elettori siano troppo elevati rispetto a quelli da sostenere per formarlo, anche tenendo conto del voto di coloro che, per motivi di forza maggiore legati alle attuali procedure, non potrebbero partecipare alle consultazioni elettorali<sup>81</sup>. Mentre, su un piano soggettivo, si tratta di capire se è preferibile accordare prevalenza al rispetto dell'art. 48, comma 2, Cost. o se è più opportuno leggerlo in funzione della possibilità di esercitare il diritto, anche perdendo l'apporto di un numero più vasto di elettori alla legittimazione della rappresentanza parlamentare.

L'opzione a favore dell'allargamento della possibilità di esercitare il suffragio senza cedere troppo in termini di garanzie del diritto – come del resto propone la Commissione di esperti incaricata di redigere il *Libro bianco sull'astensionismo* – dovrebbe essere riconosciuta come preferibile in quanto verosimilmente orientata a inverare i primi tre articoli della Carta fondamentale<sup>82</sup>. Per saggiare l'effettività dei diritti fondamentali si ritiene utile valutarne «la concreta portata in quanto attributi del diritto di partecipazione dei cittadini alla determinazione della politica generale» giacché consentono altresì di misurare i diritti di libertà in relazione al «grado di effettività della partecipazione di tutti alla vita politica, economica e sociale del sistema»<sup>83</sup>. Prestando attenzione non solo all'*an*, ma anche al *quomodo* della formazione della volontà politica chiamata a rappresentare il popolo, si può forse sostenere che se l'*an* deve essere *certus*, è inevitabile aggiornare il test di ragionevolezza delle procedure esistenti in relazione alle modalità disponibili e alle proposte di espressione del suffragio, che potrebbe contribuire all'obiettivo di «colmare il divario tra politica e società civile»<sup>84</sup> adeguando i principi sanciti dalla Carta costituzionale alle esigenze dello sviluppo storico e sociale.

<sup>80</sup> BVerfG, [2 BvC 3/07](#) del 3 marzo 2009, par. 112. Per un commento analitico della sentenza si veda per tutti A. GRATTERI, *GERMANIA: Le garanzie minime necessarie per il voto elettronico secondo il Tribunale costituzionale*, in [Costituzionalismo.it](#), 11 marzo 2009.

<sup>81</sup> Il *Libro bianco*, cit., 86, indica che coloro che non partecipano alle elezioni perché impossibilitati ma che parteciperebbero se venissero rimossi gli ostacoli equivalgono al 25% del corpo elettorale.

<sup>82</sup> In questo senso si vedano P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 93, ad avviso del quale il principio di eguaglianza sostanziale e il richiamo alla partecipazione alla vita del Paese deve essere inteso come «autentica attuazione della sovranità» perché consiste nel «controllo sociale sugli apparati» ed è il *quid* che consente al «pluralismo sociale» di trasformarsi in «pluralismo istituzionale», come indicato da C. MORATI, *Art. 1*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 1-12, Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, 23, e, da ultimo, L. SPADACINI, M. PODETTA, *Quando le nuove tecnologie possono essere utilizzate a servizio dei principi costituzionali*, cit., 179-180.

<sup>83</sup> F. BILANCIA, *I diritti fondamentali e la loro effettività*, al sito web dell'[Associazione Italiana dei Costituzionalisti](#), 2 marzo 2006.

<sup>84</sup> A. APOSTOLI, *L'art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili*, cit., 20.



**Antonio Ruggeri**  
**La riforma Meloni e le sue stranezze,**  
**al bivio tra evoluzione istituzionale ed involuzione autoritaria\***

**ABSTRACT: *The paper highlights some oddities inherent to the Reform Bill aimed at introducing the direct election of the President of the Council of Ministers, containing provisions likely to pave the way for unpredictable outcomes, possibly even leading to an overall regulatory involution.***

SOMMARIO: 1. Una matassa aggrovigliata (e non dipanabile?): il voto “contestuale” per la elezione del *Premier* e delle Camere. – 2. La stranezza della elezione diretta del *Premier*: una soluzione, comunque, originale, patrocinata da una sola parte politica e non già omnicondivisa, saggiamente ovunque scartata, e stonata rispetto al pluripartitismo accentuato che connota il nostro sistema politico. – 3. Il futuro *Premier*: un cavaliere senza cavallo, ovverosia non dotato dei poteri congrui rispetto al modo con cui è preposto all’ufficio. – 4. Se e fino a che punto possa davvero giovare il mantenimento dell’incarico di formare il Governo e della fiducia iniziale e, soprattutto, a cosa possa servire il farraginoso ingranaggio messo a punto per il superamento di crisi di governo posteriormente aperte. – 5. Il *punctum crucis* della mancata previsione del conseguimento di una soglia minima di voti al fine dell’attribuzione del premio di maggioranza: una vistosa ed inquietante testimonianza d’ignoranza delle indicazioni venute dalla Consulta e, perciò, del grave *vulnus* da siffatta lacuna causato al valore democratico. – 6. Un’ultima stranezza, con riguardo al tempo di entrata in vigore della riforma.

1. *Una matassa aggrovigliata (e non dipanabile?): il voto “contestuale” per la elezione del Premier e delle Camere*

Devo confessare un certo disagio prima di accingermi a rappresentare, con la massima stringatezza possibile, il mio pensiero [sul testo di riforma che introduce l’elezione diretta del Premier, licenziato giorni addietro dal Consiglio dei ministri](#): ho, infatti, molto esitato prima di dare alle stampe questo scritto che, già al momento della sua pubblicazione ovvero subito di seguito a questa, potrebbe aver perso o rapidamente perdere (la speranza è questa...), almeno in parte, attualità. Non è, d’altronde, senza significato che sin dai passaggi che hanno preceduto l’autorizzazione da parte del Capo dello Stato della sua presentazione al Senato, il disegno di legge in parola sia andato incontro a modifiche, presentate dalla stampa quali mere “limature” ma che tali potrebbero non essere<sup>1</sup>, già per ciò che concerne l’intitolazione dell’atto<sup>2</sup> e, soprattutto, con riferimento alle modalità di elezione del *Premier* e delle Camere che – giova subito segnalare – secondo la originaria versione avrebbe dovuto aver luogo “in un’unica scheda elettorale”, laddove nel testo presentato al Senato si parla di elezioni che si svolgono “contestualmente”. La qual cosa potrebbe far invero pensare che esse abbiano luogo contemporaneamente ma non necessariamente *uno actu*, spettando quindi alla futura disciplina elettorale chiarire come stanno al riguardo davvero le cose. Parrebbe, invero, che il Governo abbia inteso lasciarsi le mani libere, rimandando alla nuova legge elettorale la scelta sul punto di cruciale rilievo. Solo che – com’è stato opportunamente

---

\* 

<sup>1</sup> E, già solo per ciò, non è inopportuno far subito notare che sarebbe stato comunque richiesto un ulteriore passaggio dal Consiglio di “ratifica” delle innovazioni in parola, in difetto del quale l’atto appare portatore di un vizio di origine idoneo ad inficiarne la validità.

<sup>2</sup> Secondo la dizione che figura nel testo reso noto dal Ministro per le riforme istituzionali e la semplificazione normativa e confermato da un comunicato stampa della Presidenza del Consiglio, n. 57 del 3 novembre 2023, l’oggetto della riforma sarebbe dato dalla “introduzione dell’elezione popolare diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri e razionalizzazione del rapporto di fiducia”, mentre la versione che figura nel disegno di legge costituzionale n. 935 del Senato recita “Modifiche agli articoli 59, 88, 92 e 94 della Costituzione per l’elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri, il rafforzamento della stabilità del Governo e l’abolizione della nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica”. Rilevo, poi, di passaggio che il rapporto di fiducia è già stato “razionalizzato” dalla Carta del ‘47.

rilevato<sup>3</sup> – il voto in unica scheda non sarebbe stato comunque possibile richiedendosi comunque almeno due voti, uno per ciascuna Camera, forse addirittura tre, considerando anche quello per il *Premier*, con la conseguenza che potrebbero affermarsi anche maggioranze diverse nei due rami del Parlamento<sup>4</sup>. Situazione comunque incresciosa, i cui deleteri effetti avrebbero potuto essere attutiti laddove si fosse stabilita da tempo la regola secondo cui il Governo è tenuto a godere della fiducia unicamente di uno dei rami del Parlamento: una riforma questa – come si sa – che si è tentato di varare anche da noi ma senza successo e che, ad ogni buon conto, ulteriormente conferma che il sistema bicamerale, che pure ha i suoi innegabili pregi, può dimostrarsi in taluni contesti, foriero di non pochi e non poco gravi inconvenienti.

Si aggiungano, poi, gli ulteriori inconvenienti legati alla previsione del voto disgiunto che verrebbero a determinarsi nel momento in cui, verificatasi una crisi di governo, il Presidente della Repubblica intendesse determinarsi per il conferimento dell'incarico ad un parlamentare "candidato in collegamento al Presidente eletto"; nel qual caso, non si capisce come possa darsi rilievo ai voti disgiunti, così come, a rigore, non potrebbero essere presi in considerazione quali incaricati di formare il Governo i parlamentari transitati in un momento successivo nei gruppi della maggioranza ma non candidatisi in collegamento con il *Premier* direttamente eletto.

Come si vede già da questi primi cenni, si è in presenza di un autentico pasticcio, di una matassa talmente aggrovigliata da dimostrarsi, con ogni probabilità, non dipanabile. Ciò che, però, qui maggiormente preme in evidenza è che l'articolato in commento si apre ambiguamente ad esiti interpretativi significativamente diversi, alimentando il timore che possano esserne persino stravolte le basi portanti dell'ordinamento, spianandosi così la via ad una pericolosa involuzione ordinamentale, senza che si sappia poi se e come possano arginarsene gli effetti.

*2. La stranezza della elezione diretta del Premier: una soluzione, comunque, originale, patrocinata da una sola parte politica e non già omnicondivisa, saggiamente ovunque scartata, e stonata rispetto al pluripartitismo accentuato che connota il nostro sistema politico*

Che il disegno in commento risulti complessivamente confuso ed appannato è testimoniato già dalle letture diametralmente opposte datane da pur accreditati commentatori che, sulla questione cruciale relativa al nuovo volto del Presidente del Consiglio (e, di riflesso, alla connotazione della intera trama istituzionale), si sono espressi in termini significativamente diversi, ora sminuendo il ruolo dell'organo ed ora, di contro, rimarcandolo a tal punto da configurarlo quale quello proprio di un sovrano assoluto<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Mi riferisco ad una dichiarazione di S. CECCANTI, resa nota dall'ANSA il 18 novembre scorso.

<sup>4</sup> Si è fatto al riguardo notare dall'autore appena richiamato che sarebbe come eleggere un Sindaco con due Consigli comunali collegati.

<sup>5</sup> Nell'un senso, v., tra gli altri, A. PANEBIANCO, *I poteri (reali) del premier*, in *Il Corriere della sera*, 6 novembre 2023, a cui giudizio il *Premier* sarebbe "debole", o – come preferisce dire A. POLITO, *Poteri del Colle e rischi per il governo. I nodi della riforma*, in *Il Corriere della sera*, 5 novembre 2023 – "ingessato", *et similia* (di un "premieratino ... inutile e dannoso" discorre A. MORRONE, *Il "premieratino" di Meloni è inutile e dannoso*, in *Domani*, 1° novembre 2023; similmente, S. CURRERI, *Troppi poteri al Premier? No, sarà un'anatra zoppa*, in *L'Unità*, 2 novembre 2023, e A. STERPA, *Migliorare questo semi-premierato*, in *Il Riformista*, 2 novembre 2023, che parlano, l'uno, di un "mini-premierato" e, l'altro, di un "semi-premierato"; cfr., inoltre, F. CLEMENTI, *Premierato? Sì alla riforma ma no ai pasticci all'italiana*, intervista a G. Casula, in *Il Foglio*, 1° novembre 2023).

Sul fronte opposto, si schierano quanti paventano il rischio di una "diarchia istituzionale e politica", oltretutto di un "bipresidenzialismo" (M. AINIS, *Bi-presidenzialismo ipocrita*, in *La Repubblica*, 30 ottobre 2023, e M. PERA, nella intervista resa a E. Patta, sotto il titolo *Una riforma forzata, c'è il rischio di conflitti con il Capo dello Stato*, in *Il Sole 24 ore*, 4 novembre 2023) o, ancora, discorrono di un "premierato assoluto" (G. AZZARITI, *I pericoli del premierato confuso*, in *Il Manifesto*, 3 novembre 2023; similmente, D. STASIO, che parla di un "uomo solo al comando" (*Il modello è l'uomo solo al comando, così si tradisce la Costituzione*, in *La Stampa*, 30 ottobre 2023, e, pure *ivi*, M. SORGI, a cui opinione al *Premier* sarebbero devoluti "pieni poteri": *Quei pieni poteri che negano la Carta*, 1° novembre 2023. "Siamo al potere unico, altro che separazione dei poteri": la lapidaria conclusione di un giurista e politico di lungo

Se è, dunque, vero che il dettato in parola si consegna in ordine alla sua implementazione alle esperienze che verranno, dispiegandosi a ventaglio e rendendosi disponibile a plurimi esiti ricostruttivi, cautela vorrebbe che non vi si dia corso e che le riforme considerate ormai non più differibili risultino il frutto di una riflessione adeguatamente approfondita, che tenga conto dei peculiari connotati del nostro sistema politico e – ciò che maggiormente importa – che in esse si riconoscano, come al tempo della stagione costituente, tutte (o quasi) le forze politiche rappresentate in Parlamento. D'altronde, una Costituzione di parte è una “non-Costituzione”, per la elementare ragione che sulle regole del gioco politico tutti i giocatori in campo devono potersi riconoscere, apprezzandone il senso complessivo. Si potrebbe subito opporre che non sempre è stato così e che la Carta è già stata riscritta in consistente misura a colpi di maggioranza, come inopinatamente si è fatto nel 2001 con il Titolo V. Senza, ovviamente, sminuire il significato posseduto – nel bene come nel male – da quella revisione, si converrà tuttavia che altro è il rifacimento dei rapporti centro-periferia, con specifica attenzione alla condizione delle autonomie regionali, ed altra cosa il rifacimento della forma di governo e – come si tenterà di mostrare – della relazione complessiva tra comunità governata ed apparato governante.

Tutto ciò posto, nessun dubbio può aversi a riguardo del fatto che ragionare su meri progetti di legge quando ancora l'*iter* parlamentare volto a darvi forma è agli inizi può dimostrarsi, a tacer d'altro, antieconomico. È pur vero, però, che una qualche utilità se ne può ugualmente avere per il fatto che il dibattito parlamentare potrebbe giovare di taluni rilievi mossi al disegno, quanto meno al fine di colmarne le più gravi lacune o rimediare alle sue più vistose contraddizioni.

Qui, però, la critica è – ahimè – tranciante, non riguardando tanto specifici e secondari punti<sup>6</sup> della trama normativa di cui il disegno si compone quanto la struttura portante dello stesso che, a mia opinione, non regge; temo, perciò, che sia pressoché disperato il tentativo di salvarlo, seppur col costo di taluni marginali ritocchi.

Non poche come si diceva, sono infatti le stranezze che è dato rilevare praticamente in ogni punto dell'articolato in esame; ciò che, poi, è ancora più grave è che esso non soltanto incide profondamente sulla forma di governo<sup>7</sup> ma, più ancora, espone la stessa forma di Stato al rischio micidiale della sua irrimediabile torsione, facendola a conti fatti deragliare dai binari della liberal-democrazia.

Mi soffermo, dunque, con la massima rapidità, su entrambi i profili appena indicati, rilevando unicamente i dati maggiormente appariscenti che avallano il preoccupato giudizio sinteticamente enunciato.

La prima (e più rilevante) stranezza è data dal fatto in sé della introduzione di un meccanismo – l'elezione diretta del *Premier* – di cui non si ha riscontro in alcun altro Paese di liberal-democrazia, sperimentato (senza successo) – come si sa – in Israele negli anni novanta del secolo scorso e quindi prontamente rimosso.

Non regge, peraltro, nessuna delle giustificazioni addotte a suo sostegno, con specifico riguardo agli obiettivi della stabilità e governabilità, da tempo vagheggiati e tuttavia, nel complesso, non raggiunti in apprezzabile misura<sup>8</sup>. Tra l'altro, è singolare che il Presidente del Consiglio e i

---

corso, L. VIOLANTE, nell'intervista resa a F. Martini, *Con questo testo siamo al potere unico. Rischiamo gravi fratture sociali*, in *La Stampa*, 5 novembre 2023).

<sup>6</sup> ... tra i quali, ad es., quello relativo alla soppressione dei senatori a vita, mantenuti solo in relazione alle persone che in atto sono dotate del titolo in parola: una rimozione che sembra, per vero, dettata dall'orientamento di coloro che oggi siedono nella seconda Camera, giudicato complessivamente non benigno per le forze politiche di maggioranza, piuttosto che da ragioni di ordine teorico che, invero, parrebbero essere non irresistibili nel loro porsi in senso avverso a siffatta componente non elettiva.

<sup>7</sup> ... a riguardo della quale si è addirittura discusso di un suo “rovesciamento” (G. DE MINICO, *Con questa riforma costituzionale rischi e perdite per tutti*, in *Il Sole 24 ore*, 1° novembre 2023).

<sup>8</sup> È chiaro, d'altronde, che la mancanza di stabilità ridonda in una parimenti carente governabilità, mentre – come si dirà a breve – non è affatto detto che questa sia assicurata per il mero fatto della esistenza di quella che a volte viene meno per ragioni inconfessabili che poco o nulla hanno a che fare con il buon governo; di contro, A. MORRONE, *Il “premieratino” di Meloni è inutile e dannoso*, cit., si è dichiarato dell'avviso che la stabilità si consegna con la “buona politica”. Senza anticipare ora nulla in merito a quest'ultima, quanto alla stabilità è sufficiente rammentare che

maggiori esponenti dei partiti di maggioranza non si avvedano dell'effetto *boomerang* insito nella iniziativa vigorosamente patrocinata: quasi che, cioè, neppure l'attuale Governo, contrariamente a quanto in modo martellante dichiarato, possa assicurare, nel rispetto delle regole costituzionali in atto vigenti, il conseguimento degli obiettivi in parola...

È, ad ogni buon conto, di tutta evidenza che nessuna garanzia né la Meloni né altri può offrire per ciò che attiene alla stabilità del Governo nei cui riguardi altri meccanismi, quale la sfiducia costruttiva<sup>9</sup>, si rivelano – comunque, fino ad un certo punto – serventi: una stabilità che, infatti, in buona sostanza dipende da ragioni di ordine politico e che, pertanto, si fa, ovvero non si fa, apprezzare per il tramite di canoni di natura convenzionale, a seconda che vi sia, o no, prestata osservanza. E, invero, è chiaro che, nel momento in cui uno o più dei *partners* della coalizione si sfilano dalla maggioranza schierandosi sul fronte avverso, lo sbocco della crisi è, ad ogni buon conto, inevitabile e non v'è ingranaggio costituzionale che tenga, idoneo perciò ad evitarlo; qui, anzi, il marchingegno predisposto dall'autore della riforma – come si dirà a momenti – complica non poco le cose, rendendo farraginoso e tortuoso il processo volto al superamento della crisi.

Similmente – com'è chiaro – è da dire per il buon governo, quale attitudine delle forze politiche di maggioranza di farsi interpreti dei più diffusi ed avvertiti bisogni emergenti dal corpo sociale apprestando, di conseguenza, le misure congrue in vista del loro ottimale appagamento, alle pur difficili e talora per vero proibitive condizioni di contesto. La stabilità, anzi, come si è fatto notare altrove<sup>10</sup>, può dimostrarsi un'autentica iattura laddove le forze politiche di maggioranza e le sedi di apparato in cui esse s'incarnano ed operano si dimostrino inadeguate a dar voce alle maggiori aspettative nutrite dal corpo sociale.

Si dirà che allo scopo nessun rilievo hanno le *regole* e ciò che solo conta sono le *regolarità* della politica. Questa, però, è una mezza verità, dal momento che, fermo il rilievo delle seconde, anche le prime possono ugualmente incidere – nel bene come nel male – sul verso e sul concreto funzionamento delle seconde. Anche per quest'aspetto, la riforma in esame solleva non poche preoccupazioni, già per il fatto di comportare una vistosa emarginazione delle Camere in ordine alla direzione politica ed una parimenti vistosa contrazione dei poteri e del ruolo degli organi di garanzia, dovuta alla circostanza per cui la consistenza numerica della maggioranza conseguente all'attribuzione del premio concesso a seguito della prova elettorale risulta tale da dar modo alla maggioranza stessa di scegliersi il futuro Capo dello Stato e una quota consistente di componenti il Consiglio Superiore della Magistratura e la Corte costituzionale (persino i due terzi di quest'ultima, cinque eletti dalle Camere e cinque di nomina presidenziale)<sup>11</sup>. Già solo per ciò – come si vede – il rischio di una complessiva torsione ordinamentale è, per vero, incombente.

Ora, le *regole* – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – possono (e devono) fare tutta quanta la loro parte; e, laddove si mostrino ormai obsolete, è giusto che siano cambiate; e cambiate devono altresì essere – come si viene dicendo – le *regolarità* della politica. È singolare, tuttavia, che di queste ultime, in ispecie del bisogno del loro profondo rifacimento, negli animati dibattiti aperti dalla iniziativa del Governo Meloni non si faccia parola alcuna. Eppure, è risaputo che alcuni difetti che da tempo si trascinano e si fanno via via sempre più acuti si annidano proprio nel cuore della politica e dei meccanismi che la governano e, ancora più a fondo, nel cuore della società da cui il

---

dall'avvento della Repubblica si sono succeduti poco meno di settanta Governi e oltre trenta Presidenti del Consiglio. Si tratta, tuttavia, di vedere se davvero il disegno in commento sia in grado di segnare una svolta positiva in questo *trend*, della qual cosa – come si dirà a momenti – è lecito dubitare.

<sup>9</sup> ... caldeggiata, tra gli altri, da P. BECCHI - G. PALMA, *Per un premierato ragionato ed equilibrato*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 4/2023, 31 ottobre 2023, 25 s.; F. CLEMENTI, *Premierato? Sì alla riforma ma no ai pasticci all'italiana*, cit., e V. FERLA, *Una riforma con troppi paradossi: premier eletto ma impotente*, in *Il Quotidiano del Sud*, 3 novembre 2023.

<sup>10</sup> ... nel mio *Riforme costituzionali: quali e perché?*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2023, 24 aprile 2023, 107 ss., spec. 128.

<sup>11</sup> La vistosa contrazione del ruolo del Presidente della Repubblica costituisce, poi, un *leit motiv* ricorrente (per tutti, M. LUCIANI, Intervista a C. Bertini, sotto il titolo *La norma anti-ribaltoni una trovata fallimentare*, in *La Stampa*, 1° novembre 2023).

ceto politico è estratto, avendosene quindi lampante e sconcertante testimonianza nel degrado culturale – come lo si è altrove chiamato<sup>12</sup> – della rappresentanza politica.

Ci si ferma, insomma, alla crosta del fenomeno, senza prestare la dovuta attenzione a ciò che sta al di sotto di essa, alla struttura del sistema politico ed ai guasti da cui quest'ultimo è annosamente afflitto e che, poi, a conti fatti, vanificano gli effetti delle norme, pur laddove – ma, come si viene dicendo, non è questo il nostro caso – i disposti che le esprimono siano fatti nel migliore dei modi.

Le regole, d'altro canto, sono destinate pur sempre a calarsi nel contesto politico-istituzionale cui si riferiscono ed a spiegare ivi gli effetti loro propri. Ed è chiaro che, laddove il contesto sia inadeguato ad accoglierle e *quodammodo* metabolizzarle, al pari di un terreno sassoso e non spianato a dovere si da far crescere i semi in esso piantati, lo scenario che viene a delinearsi è, nel migliore dei casi, quello della improduttività degli effetti discendenti dalle regole stesse, nel peggiore la produzione di effetti gravemente distorsivi.

Ora, l'elezione diretta del "capo" – sia esso il Presidente della Repubblica ovvero il *Premier* – può dimostrarsi conducente allo scopo della stabilità e del buon governo (e non è detto che ciò poi si abbia davvero: Trump *docet*), sempre che tuttavia si abbia un quadro politico connotato da un pluripartitismo moderato, meglio ancora da un sostanziale bipartitismo. Come insegna l'esperienza maturata negli Stati Uniti d'America e in Gran Bretagna (dove, peraltro, come si sa, il meccanismo della elezione diretta è stato saggiamente scartato), il *leader* del partito vincente, facendosi forte del sostegno venuto da quest'ultimo, è messo nelle ottimali condizioni di partenza per far luogo ad un efficace esercizio del *munus* conferitogli. Non a caso, le vicende maturate nella patria del premierato ci insegnano che, nel momento in cui il *leader* dovesse perdere il controllo del partito di appartenenza, si troverebbe obbligato a rassegnare le dimissioni.

Da noi, però, il quadro politico è – perlomeno ad oggi – assai diverso da quello che si ha nei Paesi suddetti. La frammentazione del quadro politico è una delle proprietà qualificanti il sistema dei partiti e, con (e per effetto di) essa, la necessità che i Governi siano di coalizione. Stando così le cose, come potrà mai sortire positivi effetti la diretta legittimazione popolare del *Premier*?

### 3. *Il futuro Premier: un cavaliere senza cavallo, o verosia non dotato dei poteri congrui rispetto al modo con cui è preposto all'ufficio*

Un'ulteriore stranezza esibita dal disegno in parola è che parrebbe farsi del *Premier* un cavaliere, senza che però gli si dia il cavallo per poter correre spedito verso la meta prefissasi. Se, infatti, l'obiettivo avuto di mira con la previsione della elezione diretta è il rafforzamento del ruolo del *Premier*, a prima impressione appare singolare che non si sia pensato di riscrivere di sana pianta i disposti relativi ai poteri dell'organo che, invece, rimangono in buona sostanza inalterati, vale a dire per come pensati per una forma di governo non riportabile al modello del premierato. Non è così, per questo verso, per il progetto di legge di Italia Viva, Sen. 830, che dota espressamente il Presidente del Consiglio del potere di nomina e revoca dei Ministri. Ambigua e complessivamente incoerente appare, però, in questo progetto la nuova disciplina delineata per l'art. 95, dal momento che, per un verso, si qualifica il Presidente del Consiglio "l'organo di vertice del Governo", prefigurandosi dunque una ordinazione piramidale di quest'ultimo (e, con essa, una connotazione d'ispirazione gerarchica dei rapporti tra Presidente del Consiglio e Ministri)<sup>13</sup> e, per un altro verso, si mantiene il linguaggio sfumato e – direi – paludato che è proprio della Carta nel dettato ad oggi in vigore, per ciò che attiene alla direzione (e non – si badi – alla determinazione) della politica

---

<sup>12</sup> ... nel mio *Le revisioni costituzionali e il nodo (non scioglibile?) del degrado culturale della rappresentanza politica (prime notazioni)*, in *Liber amicorum Guerino D'Ignazio*, nonché in [Ordine internazionale e Diritti Umani](#), 2/2023, 15 maggio 2023, 216 ss.

<sup>13</sup> Forse, sarà inappropriato il raffronto con il Duce-"Capo del Governo" delineato nella legge n. 2263 del 1925 ma la collocazione dell'organo al "vertice" del Governo non rende, per vero, peregrino l'accostamento.

(stranamente non più definita “generale”) del Governo ed ai rapporti tra il Presidente del Consiglio ed i Ministri.

Viene, per vero, da pensare che la mancata riscrittura da parte del disegno Meloni dell’art. 95 rinvenga la sua *ratio* significativa nel bisogno di parare sul nascere la critica, che altrimenti verosimilmente si sarebbe avuta (e si avrebbe), di voler alterare in eccessiva misura i delicati equilibri sottesi al dettato costituzionale, ingenerando pertanto l’impressione di accentrare in capo al solo *Premier* i poteri connessi alla direzione politica dello Stato. Si spiega, peraltro, in questa luce la scelta di non innovare all’etichetta di Presidente del Consiglio sostituendola con quella di Primo Ministro, scelta comune al disegno Renzi. D’altro canto, che per quest’ultimo i poteri suddetti si appuntino specificamente in capo all’“organo di vertice del Governo” è avvalorato dall’esplicito riconoscimento, come si è accennato, del potere esclusivamente spettante al *Premier* di nomina e revoca dei Ministri.

Ora, poiché quest’ultimo segmento non figura *expressis verbis* nel disegno Meloni e se è vero – com’è vero – che le competenze si hanno laddove si dia una norma che le prevede e ne regoli l’esercizio, se ne ha che, per l’aspetto formale solo il potere di nomina e non pure quello di revoca è da annoverare tra le attribuzioni del *Premier*<sup>14</sup> che, nondimeno, può trovarsi a disporre di strumenti – come dire? – di “persuasione” anche particolarmente efficaci per indurre un Ministro a dimettersi, sempre che ovviamente i canoni di natura convenzionale che reggono le dinamiche endogovernative glieli conferiscano. Sul piatto opposto della bilancia è, tuttavia, da mettere pur sempre in conto la “copertura” di cui, al piano politico, il Ministro stesso, entrato in rotta di collisione con il *Premier*, potrebbe godere da parte del partito di appartenenza che può agitare lo spauracchio della crisi per il caso che un suo esponente di spicco dovesse trovarsi obbligato a farsi da parte. Queste vicende, insomma, come si sa, sono, per loro indeclinabile vocazione, governate da regole di natura politica ed a poco o a nulla può nei fatti valere il riferimento ad esse fatto nella Carta novellata.

4. *Se e fino a che punto possa davvero giovare il mantenimento dell’incarico di formare il Governo e della fiducia iniziale e, soprattutto, a cosa possa servire il farraginoso ingranaggio messo a punto per il superamento di crisi di governo posteriormente aperte*

Singolare può altresì apparire il mantenimento dell’incarico di formare il Governo conferito al Presidente del Consiglio all’indomani della sua elezione popolare.

Può tornare utile rammentare che se n’è parlato già al tempo in cui si è inaugurato il metodo della designazione *de facto* (dunque, ancora una volta, per via convenzionale) del futuro Presidente del Consiglio da parte degli schieramenti contrapposti in occasione della prova elettorale, tant’è che, pur tenendosi fermo l’istituto dell’incarico, all’esito della prova stessa il Presidente *in pectore* ha talora sciolto la riserva con immediatezza, dichiarandosi pronto a consegnare al Capo dello Stato la lista dei Ministri ovvero lo ha fatto in un lasso temporale estremamente circoscritto. Come si vede, la *ratio* originaria dell’incarico era già mutata da tempo, ancora una volta per effetto di talune regolarità della politica di rottura rispetto al passato; ed è allora da chiedersi se (e fino a che punto) il mantenimento dell’incarico possa giovare nel nuovo scenario immaginato dal disegno in commento.

L’utilità di preservare il passaggio procedurale in parola non si coglie di certo alla luce della novità della elezione diretta (che, anzi, parrebbe poterne fare a meno) ma si lega – oggi come ieri e, verosimilmente, domani – alla connotazione pluripartitica delle compagini governative. Di qui la opportunità (e, in talune congiunture, la necessità) che il *Premier* disponga di un pur corto margine temporale per completare, alla luce del responso delle urne, la definizione in ogni loro aspetto degli accordi tra i partiti usciti vittoriosi dalla competizione elettorale.

---

<sup>14</sup> Lamenta, tra gli altri, siffatta esclusione C. FUSARO, *Premierato, un progetto invotabile. Proposte riformiste per modificarlo*, in [libertàeguale](#), 9 novembre 2023.

Singolare e agli occhi di molti commentatori superflua e, anzi, contraddittoria appare, poi, la previsione della fiducia iniziale<sup>15</sup>. Convegno sulla prima qualifica per l'aspetto politico, mentre per ciò che attiene al piano giuridico il giudizio ha, a mia opinione, da essere maggiormente articolato.

Per l'un verso, infatti, è chiaro che, disponendo grazie al premio di maggioranza di una consistente base parlamentare sulla quale appoggiarsi<sup>16</sup>, il *Premier* è pressoché certo d'incassare la fiducia di entrambi i rami del Parlamento (*per incidens*, faccio qui rilevare che, anche alla luce del disegno in parola e già in forza della tendenza al monocameralismo di fatto, com'è da molti qualificata<sup>17</sup>, si fa sempre più arduo argomentare il mantenimento del sistema bicamerale vigente).

Per l'altro verso, si può però osservare che la fiducia insita nella elezione diretta riguarda la sola persona del *Premier* e, implicitamente, anche la formula politica, vale a dire il "tipo" di coalizione che lo sorregge, non pure la composizione dei Ministri, sconosciuti al momento del voto popolare, e, soprattutto, il programma, tutt'al più assai sommariamente enunciato nei suoi punti qualificanti prima del voto stesso (programma – faccio notare di sfuggita – la cui menzione seguita ad essere un misterioso tabù, non facendosene parola neppure nel disegno qui annotato).

Il programma, ad ogni buon conto, ha (e deve avere) centrale rilievo nel corso della vicenda che porta all'apertura della crisi, nonché in ordine al modo con cui se ne ha il superamento. Viene, tuttavia, difficile pensare che gli stessi parlamentari eletti grazie all'effetto di trascinamento esercitato dal nome del candidato *Premier* neghino quindi la fiducia a quest'ultimo ed al Governo da lui presieduto, consapevoli del rischio incombente cui tutti vanno incontro del possibile scioglimento anticipato delle Camere appena elette. È pur vero, tuttavia, che il disegno in commento ha inteso dare un qualche rilievo anche alla fiducia sui nomi dei Ministri. Non si spiegherebbe altrimenti la previsione secondo cui, negata la prima volta la fiducia stessa, si offra una seconda *chance* al Presidente eletto cui il Capo dello Stato è tenuto a conferire un secondo incarico<sup>18</sup>: ad un Presidente, dunque, che – si faccia caso – non ha, di certo, dato buona prova di sé, quanto meno, per l'ipotesi ora ragionata, per l'aspetto della scelta dei suoi collaboratori nell'azione di governo. La previsione in esame appare, nondimeno, essere alquanto rigida e potrebbe pertanto dimostrarsi, perlomeno in taluni contesti, inopportuna. Non è, infatti, verosimile pensare che il primo voto negativo espresso dalle Camere si debba ad una sostanziale bocciatura del programma e che, con molta disinvoltura, quest'ultimo sia cambiato lasciando intatta la lista dei Ministri.

Il *favor* per il Presidente del Consiglio dimissionario si coglie, poi, anche nell'ulteriore previsione relativa a cessazioni dalla carica successive al conseguimento della fiducia iniziale, per quanto il dettato non impegni necessariamente il Capo dello Stato ad accordare la precedenza al Presidente dimissionario nel tentativo di formare un nuovo Governo.

Si segnala infatti al riguardo un dispostò su cui sono piovute critiche da più parti e di vario segno<sup>19</sup>, con riferimento cioè all'ipotesi che l'incarico sia conferito ad un parlamentare (dunque,

---

<sup>15</sup> *Ex plurimis*, A. MORRONE, *Il "premieratino" di Meloni è inutile e dannoso*, cit.; S. CURRERI, *Troppi poteri al Premier? No, sarà un'anatra zoppa*, cit., a cui opinione la previsione in parola costituirebbe un'autentica "sgrammaticatura istituzionale" e fa al riguardo opportunamente richiamo alla giurisprudenza relativa alla elezione del Presidente della Regione; v., inoltre, G.M. FLICK, nella intervista a C. Bertini, sotto il titolo *Riforma illogica che apre una frattura tra il capo del governo e il Quirinale*, in *La Stampa*, 3 novembre 2023; pure *ivi*, E. CHELI, Intervista a F. Grignetti, *"La Costituzione voleva evitare il potere nelle mani di uno solo. Così si va verso il bonapartismo"*, 4 novembre 2023, nonché C. FUSARO, *Premierato, un progetto invotabile*, cit.

<sup>16</sup> A giudizio di S. CURRERI, *ult. cit.*, il Presidente del Consiglio diverrebbe fatalmente "ostaggio della maggioranza e dei suoi ministri".

<sup>17</sup> V., almeno, i contributi che sono in [Costituzionalismo.it](https://www.constituzionalismo.it), 3/2022, e S. LEONE, *Un Parlamento per metà, tra critica e proposte*, in *Quad. cost.*, 2/2023, 327 ss.

<sup>18</sup> "Bislacca", a giudizio di un'accreditata dottrina [M. VOLPI, *Il Premierato nel disegno di legge costituzionale Meloni-Casellati: al peggio non c'è fine*, in [Astrid](https://www.astroid.it), 16/2023], la previsione di un secondo voto di fiducia al *Premier*, pur laddove il primo abbia dato esito negativo.

<sup>19</sup> Vi ha intravisto la razionalizzazione del patto della staffetta M. VILLONE, *La terza Repubblica tra autocrazia e trovate vintage*, in *Il Manifesto*, 5 novembre 2023. Osserva, poi, S. CASSESE, nell'intervista a N. Carratelli, dal titolo *La riforma va nella direzione giusta. Ma ora attenzione a non sbandare*, in *La Stampa*, 5 novembre 2023, che "la norma cosiddetta anti-ribaltone spinge il leader del secondo partito a far cadere il presidente del consiglio". V., inoltre, tra gli

non più, in alcun caso, a tecnici di valore che pure hanno costituito – come si sa – una preziosa risorsa per il Paese sull’orlo del baratro), candidato in collegamento con il Presidente eletto, che s’impegni a dare attuazione agli impegni programmatici assunti dal primo<sup>20</sup>. Una previsione, questa, francamente sconcertante sol che si pensi, per un verso, che la rotta può essere mutata dallo stesso Presidente del Consiglio (e dal Governo da lui presieduto) per far fronte ad eventi dapprima imprevedibili, in specie ad emergenze le più varie che lo richiedano, e, per un altro verso, che nessuna garanzia lo stesso parlamentare può dare che resterà immutato l’indirizzo politico dapprima delineato né si vede chi mai, al di fuori dello stesso Parlamento, potrebbe assicurare l’osservanza di siffatto precetto costituzionale<sup>21</sup>.

Si aggiunga, poi, che, ove la crisi si debba – come, verosimilmente, il più delle volte si ha – a vicende riguardanti la formula politica (e, dunque, alla rottura degli accordi di governo), appare alquanto singolare che lo stesso Presidente dimissionario si ponga in testa ad un nuovo cartello di forze politiche (e, dunque, si volga a far luogo a sostanziali, seppur parziali, correzioni o integrazioni del programma). Per come è formulato il disposto ora in esame, parrebbe che questa eventualità non possa scongiurarsi (e, con essa, dunque, i “ribaltoni” in corso di legislatura), mentre parrebbe scartata con riguardo al caso che l’incarico sia conferito, anziché al *Premier* dimissionario, ad un parlamentare a lui collegato in occasione della prova elettorale che si impegni a dare attuazione all’originario programma di governo<sup>22</sup>, non riuscendosi ad immaginare il caso di una nuova formula politica portatrice del vecchio programma. Certo, una parziale diversificazione dei fini da raggiungere è pur sempre da mettere in conto, come lo è, all’opposto, una parziale sovrapposizione di contenuti in caso di reincarico al dimissionario. La stessa Meloni che, dai banchi dell’opposizione, aspramente criticava il PNRR varato dal Governo Draghi si è quindi trovata – come si sa – a darvi in larga parte attuazione, per quanto la linea politica complessivamente tracciata dal Governo da lei presieduto si discosti sensibilmente da quelle dei suoi predecessori, disvelando la matrice ideologica alla quale di tutta evidenza s’ispira.

Se, poi, dovesse darsi una diversa lettura dell’infelice (per l’aspetto linguistico) enunciato in oggetto, assumendo che lo stesso *Premier* reincaricato si trovi obbligato a dare attuazione all’originario programma, ci troveremmo dinnanzi ad uno scenario da teatro dell’assurdo, con un *Premier* costretto a gettare la spugna la prima volta e quindi vincolato a muoversi lungo la stessa linea politica cui verosimilmente è da imputare, in tutto o in parte, il fallimento della precedente esperienza di governo, linea che invece – si immagina – potrebbe essere tenuta ferma ed ulteriormente portata avanti dal parlamentare al primo collegato.

Ciò che, ad ogni buon conto, importa sopra ogni altra cosa mettere in chiaro è che, pur laddove dovesse delinearci con chiarezza un quadro politico internamente lacerato da gravi tensioni e contraddizioni, che dunque non lasci in buona sostanza alcuna speranza circa la possibile ricomposizione del conflitto da cui traggono origine le dimissioni, ugualmente (e, appunto, *stranamente*) il Capo dello Stato non potrebbe far luogo senza ulteriori indugi allo scioglimento

---

altri, G. QUAGLIARELLO, *Premierato? Così non va. Se cade il capo del governo l’unica strada è il voto*, intervista ad A. Coppari, in *Il Resto del Carlino*, 5 novembre 2023, che fa notare come il parlamentare che prenda il posto del *Premier* sia ancora più forte di quest’ultimo, dal momento che per effetto delle sue dimissioni si andrebbe diritto a nuove elezioni.

<sup>20</sup> Ridondante e confusa al riguardo la dizione adoperata dal disegno, facendosi riferimento all’attuazione delle dichiarazioni rese dal Presidente del Consiglio in ordine “all’indirizzo politico e agli impegni programmatici su cui il Governo del Presidente eletto ha ottenuto la fiducia”. Si ha qui una ulteriore riprova della carente attenzione prestata al linguaggio, con l’uso disinvolto di termini che, per effetto di un lavoro dottrinale protrattosi per anni, hanno ormai acquistato precisi significati tecnico-giuridici.

<sup>21</sup> Disastroso sarebbe, infatti, l’esito, pure astrattamente configurabile, di continui ricorsi fatti alla Consulta avverso i provvedimenti legislativi che si discostino dal programma, ormai eretto a parametro della loro validità, o anche – e perché no? – di rinvii operati dal Capo dello Stato per la medesima ragione.

<sup>22</sup> Singolare è, francamente, l’esito che si ha di un parlamentare eletto anche (e, forse, proprio) perché collegato al *Premier*, che poi si trovi a prenderne il posto, cui non avrebbe comunque potuto avere accesso senza quel collegamento. Parlamentare che, ad ogni buon conto, non disponendo del titolo della elezione diretta a *Premier*, non dovrebbe quindi disporre dell’*auctoritas* da questo discendente (su ciò, anche *infra*).



delle Camere, dovendo dapprima mettere in moto l'eccentrico ingranaggio inserito nel nuovo art. 94 della Carta.

L'unico modo sicuro per tentare di dare un senso (ammesso che vi sia...) all'originale dettato in esame è quello di muovere dall'assunto che le dimissioni del *Premier* si debbano esclusivamente a vicende sue personali, non pure alla necessità di apportare sostanziali innovazioni al programma, avutesi – come si sa – molte volte per via di fatto, ovviamente con il consenso dei *partners* di governo, né che si debbano alla formula politica, per quanto sia per vero arduo immaginare alterazioni di quest'ultima non accompagnate da sostanziali modifiche del programma stesso.

È pur vero, tuttavia, che risulta altresì difficile immaginare che si dia un voto di sfiducia riguardante la sola persona del *Premier* e il modo con cui ha esercitato il *munus* conferitogli, per quanto la previsione del possibile conferimento dell'incarico ad un parlamentare al fine di seguire nella medesima azione di governo possa avallare questa eventualità, tuttavia contraddetta – com'è chiaro – dalla previsione del reincarico al *Premier* dimissionario.

Al tirar delle somme, come si vede, si è davanti ad un autentico pasticcio, nessuna ragionevole spiegazione riuscendosi, per l'uno o per l'altro verso, a dare del quadro confusamente delineato nel disegno in commento.

Si consideri, infine, la stranezza di un Presidente del Consiglio che, sdoppiandosi, viene a disporre di un diverso titolo di legittimazione (e, pertanto, di una potenzialmente diversa *auctoritas*), la cui origine è ora diretta (e popolare), ora indiretta, in virtù dell'investitura parlamentare. Si segnala, comunque (ed è l'unica nota positiva che francamente si riesce a vedere nel disegno in parola), il recupero di un certo margine di apprezzamento discrezionale da parte del Capo dello Stato cui è rimessa la scelta della persona alla quale conferire l'incarico di formare il Governo, incarico che – come si vede – recupera qui, almeno in parte e seppur in una forma sbiadita, la sua originaria valenza.

*5. Il punctum crucis della mancata previsione del conseguimento di una soglia minima di voti al fine dell'attribuzione del premio di maggioranza: una vistosa ed inquietante testimonianza d'ignoranza delle indicazioni venute dalla Consulta e, perciò, del grave vulnus da siffatta lacuna causato al valore democratico*

Il punto di maggiore debolezza (e stranezza...) dell'impianto eretto dall'autore della riforma è dato dalla mancata previsione di una soglia minima di voti necessaria per poter godere del consistente premio di maggioranza offerto dal disegno in commento. Si tratta di un autentico *punctum crucis* che ha attratto su di sé critiche penetranti ed ingenerato non poca inquietudine<sup>23</sup>: un sentimento, questo, che confesso di nutrire anch'io.

Francamente sorprende che, perlomeno su questo punto, il Presidente della Repubblica, estremamente solerte nell'autorizzare la presentazione del disegno di legge in parola, non abbia avvertito il Presidente del Consiglio del macroscopico vizio d'incostituzionalità esibito dal disegno stesso, specie a fronte della cristallina dichiarazione presente nella giurisprudenza costituzionale in ordine alle condizioni ed alla consistenza del premio stesso. Non è, infatti, fuori dalla realtà immaginare che il partito uscito vittorioso dal responso delle urne veda persino raddoppiati (e, forse, ancora di più...) i consensi riscossi in termini di seggi quindi assegnatigli<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Tra gli altri, LUCIANI, *La norma anti-ribaltoni una trovata fallimentare*, cit.; V. ZAGREBELSKY, *Il ruolo scomodo del Quirinale*, in *La Stampa*, 4 novembre 2023, che fa, tra l'altro, notare essere di una "imprudenza sconcertante" la previsione in Costituzione del sistema elettorale, potendosi tutt'al più acconsentire ad una mera indicazione generica di favore per questo o quel sistema; F. CLEMENTI, *Premierato? Sì alla riforma ma no ai pasticci all'italiana*, cit.; M. AINIS, in più scritti, tra i quali *La Costituzione incostituzionale*, in *La Repubblica*, 5 novembre 2023, nonché nella intervista resa a G. Puletti, sotto il titolo *Con il premierato il Colle ha meno poteri. La sfiducia "vincolata"? Non regge*, in *Il Dubbio*, 31 ottobre 2023; R. BIN, *Una riforma da ridere*, in [laCostituzione.info](https://www.lacostituzione.info), 12 novembre 2023.

<sup>24</sup> Non si dimentichi che, per effetto del tasso assai elevato di assenteismo elettorale, lo stesso *Premier* potrebbe essere eletto da una esigua porzione del corpo elettorale (lo rammenta opportunamente M. VOLPI, *Il Premierato nel*

Il *vulnus* in tal modo recato al valore democratico è di tutta evidenza e, con esso, la grave torsione operata a danno della forma di Stato prescelta per il nostro ordinamento al momento della fondazione della Repubblica e della venuta alla luce della Carta costituzionale. Se, poi, a ciò si aggiunge la grave *deminutio capitis* patita, in un sol colpo, dal Parlamento e dal Capo dello Stato, unitamente all'incidenza che può aversi in ordine alla composizione degli organi di garanzia, cui si è già fatto poc'anzi cenno, se ne ha un quadro complessivo a tinte fosche che non lascia neppure uno spiraglio alla speranza che possa non mettersi in moto un ingranaggio perverso in grado di portare in breve lasso di tempo ad una complessiva involuzione autoritaria dell'ordinamento.

Questa è, dunque, la posta in palio; e, francamente, non si vede come il rischio ora paventato possa essere fugato, se non grazie ad una decisa reazione del corpo elettorale che, reso edotto di come stanno realmente le cose, faccia buon uso dell'arma referendaria di cui è pressoché certo che sarà chiamato ad avvalersi. Immaginare, di contro, che, a seguito dell'eventuale avallo dato al disegno dal verdetto popolare, possa quindi entrare in campo la Consulta per sanzionare il disegno stesso ormai divenuto legge è cosa, seppur non impossibile, di assai remoto riscontro. Per un verso, infatti, non si vede come possa farsi luogo ad un'iniziativa processuale che porti la legge stessa alla cognizione del giudice costituzionale, salvo a pensare che le formazioni politiche danneggiate dal conferimento del premio di maggioranza trovino un giudice sensibile disposto a dar credito alla loro azione ed investa pertanto il giudice stesso della questione, sulla falsariga di quanto si è avuto con le leggi elettorali. Non è, poi, affatto sicuro che la questione stessa sia accolta, non già per la infondatezza della pretesa (che – come si è venuti dicendo – dispone di numerosi e penetranti argomenti a suo sostegno) bensì in considerazione del suo carattere fortemente divisivo e gravido di valenza politica; la qual cosa potrebbe, invero, consigliare di far luogo ad un atteggiamento ispirato a cautela e prudenza.

V'è, poi, da aggiungere un'ulteriore considerazione, a mio modo di vedere meritevole di particolare attenzione; ed è che, mentre si conoscono casi di pronunzie nel merito su leggi gravide di valenza politica e caratterizzanti sia la forma di governo che la stessa forma di Stato, quali appunto quelle elettorali, non se ne hanno invece con riguardo a leggi di revisione costituzionale che, seppur astrattamente assoggettabili a sindacato, di fatto non risultano oggetto di pronunzie ablative, ad eccezione – com'è noto – delle risalenti e in tutto peculiari vicende dello statuto siciliano, bisognoso di essere messo in linea con la Carta costituzionale.

La Corte, insomma, si trattiene dal contrastare frontalmente, alla luce del sole, decisioni politico-normative racchiuse entro atti che si dispongono al massimo grado di positività giuridica, tanto più laddove provvisti dell'avallo datovi dal popolo con l'arma referendaria; e se ne capisce agevolmente la ragione, nel timore di esporsi alla critica strumentale di voler ostacolare le riforme, specie laddove volte a rendere ancora più incisiva la sovranità popolare, in una delle sue più salienti espressioni.

Piuttosto, considerando bisognose le discipline varate con le forme di cui all'art. 138 di opportune correzioni ed integrazioni, la Corte preferisce battere la via assai più piana e meno irta d'insidie della riscrittura "tacita", in sede d'interpretazione, della quale si hanno numerosi esempi, praticamente a tappeto, estesi cioè per l'intera trama costituzionale (particolarmente eloquente, sopra ogni altra, la vicenda maturata in relazione al nuovo Titolo V, riscritto – come si diceva – di sana pianta da una ipercreativa giurisprudenza, a finalità appunto "sanante").

---

*disegno di legge costituzionale Meloni-Casellati: al peggio non c'è fine*, cit.). Eloquente, al riguardo, l'esito del voto per il seggio senatoriale rimasto scoperto a Monza dopo la scomparsa di Berlusconi: essendosi recato alle urne poco meno del 20% degli aventi diritto, Galliani, con il 51,46% dei voti ottenuti, rappresenta meno di un elettore su dieci (esattamente, il 9,89%); è, anche per ciò, che, a mia opinione, il nostro è un ordinamento *a-democratico* [[L'assenteismo elettorale e la forma a-democratica di Stato \(nota minima su una spinosa ed irrisolta questione\)](#)], Editoriale, in questa [Rivista](#), 19 ottobre 2021; in tema di assenteismo elettorale, da ultimo e nella stessa [Rivista](#), A. MAZZOLA, [L'effettività del suffragio tra astensionismo e nuove modalità di espressione alla luce dei principi costituzionali](#), 2023/III, 16 novembre 2023, 991 ss.].

Ora, è verosimile che alle elezioni per il *Premier* si registrerà una maggiore affluenza ma è ugualmente da mettere in conto che lo stesso *Premier* sarà espressivo di una parte significativamente minoritaria degli elettori.

Nel caso nostro, tuttavia, porre mano ad una siffatta opera di sostanziale rifacimento del testo non è per nulla agevole, non trattandosi di enunciati dotati della necessaria apertura strutturale, come tali agevolmente malleabili. Non vedo, perciò, alcuno spazio intermedio tra la possibilità della caducazione, magari accompagnata da indicazioni di principio utili alla futura disciplina, e quella del mantenimento del dettato vigente così com'è. I rischi ai quali si va pertanto incontro dando via libera alla riforma qui annotata sono particolarmente elevati e, con essi, accresciuta la responsabilità del corpo elettorale e dei suoi singoli componenti in occasione della prova referendaria. Non credo, dunque, che convenga correrli a cuor leggero.

#### 6. *Un'ultima stranezza, con riguardo al tempo di entrata in vigore della riforma*

L'ultima stranezza che desidero qui segnalare attiene al tempo di entrata in vigore della legge di riforma e, ancora una volta, ai riflessi che la previsione che lo stabilisce può avere nei riguardi dei poteri del Capo dello Stato come pure delle stesse forze politiche.

Dice, infatti, il disposto finale dell'articolato che la legge troverà applicazione a far data dal primo scioglimento o dalla prima cessazione delle Camere successiva alla entrata in vigore della nuova disciplina elettorale riguardante le Camere stesse e il Presidente del Consiglio. La disgiuntiva farebbe, dunque, pensare che per effetto del primo degli eventi prefigurati si metterebbe in moto il meccanismo che porta alla elezione diretta del *Premier*. Il termine "successiva", poi, non può che riferirsi al secondo corno dell'alternativa, vale a dire alla cessazione delle Camere posteriore alla entrata in vigore della disciplina elettorale, con la conseguenza che anche il *solo* scioglimento anticipato darebbe modo all'atto di riforma di spiegare subito effetti; ciò che, però, è di tutta evidenza impossibile in difetto della disciplina suddetta.

D'altro canto, a me pare di tutta evidenza che, una volta adottata la nuova disciplina elettorale, il Capo dello Stato non possa trattenersi dal far luogo senza alcun indugio allo scioglimento delle Camere, ormai delegittimate di fatto dall'avvento della novità elettorale, così come (e più ancora) lo sarebbero lo stesso Presidente del Consiglio in carica e il Governo da lui presieduto.

Senonché, una volta entrata in vigore ai sensi dell'art. 138 la legge di riforma, il Capo dello Stato dovrebbe – perlomeno fin dove possibile – astenersi dal far luogo allo scioglimento *prima* dell'adozione della nuova disciplina elettorale, correndosi altrimenti il rischio che in un breve arco temporale si succedano più scioglimenti a cavallo della entrata in vigore della disciplina stessa. È chiaro che possono darsi situazioni che rendano inevitabile il ricorso ad una misura sì gravida di implicazioni politico-istituzionali ma, appunto, dovrà farsi di tutto perché ciò non si abbia. Le stesse forze politiche sono, pertanto, chiamate a dar prova di responsabilità nel periodo transitorio intercorrente tra l'entrata in vigore della legge di riforma e quella della disciplina elettorale.

Certo si è che nessuno è in grado di poter dire se e quando la riforma stessa potrà finalmente produrre effetti, essendo le sue sorti legate a quelle della disciplina in parola. Non è, pertanto, da escludere che, al tirar delle somme, la nuova legge costituzionale si dimostri una sorta di legge-manifesto, buona solo ad alimentare commenti di vario segno ed orientamento tra studiosi ed operatori ma incapace di farsi valere priva del supporto offertole dalla normativa elettorale, di cui nondimeno non si sa se e quando potrà vedere la luce. Non saprei, ad ogni buon conto, dire con tutta franchezza quale fondamento abbia questa aspettativa.

**Federico Furlan**  
**Il premierato elettivo è la strada giusta?**  
**La lezione di vent'anni di elezione diretta dei Presidenti di regione\***

**ABSTRACT:** *The paper explores the Constitutional Reform project aiming to introduce direct election of the Italian Prime Minister. The author begins by describing the evolution of this parliamentary form of government then attempts to draw possible insights from the practice of direct election of the Regional President which regions have been experiencing for the last two decades.*

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. La storia del premierato elettivo: dalle proposte di Duverger al Sindaco d'Italia. – 3. La trasposizione italiana del modello duvergeriano: la forma di governo *neoparlamentare* di Comuni e Regioni. – 4. I punti di forza e le criticità del neoparlamentarismo all'italiana come evidenziatisi nella prassi regionale. – 5. Il disegno di legge costituzionale sul premierato elettivo presentato dal Governo Meloni. – 6. Le indicazioni per il futuro premierato elettivo deducibili dalla prassi applicativa dell'elezione diretta del Presidente regionale. – 7. Conclusioni.

### 1. Premessa

È trascorso poco più di un anno da quando, nel discorso programmatico pronunciato alla Camera dei deputati in occasione della votazione fiduciaria sul Governo da Lei presieduto, la Presidente del Consiglio, on. Giorgia Meloni, affermava che, per superare l'instabilità governativa che dall'Unità contraddistingue il nostro Paese, sarebbe stata necessaria *“una riforma costituzionale in senso presidenziale, che garantisca stabilità e restituisca centralità alla sovranità popolare. Una riforma che consenta all'Italia di passare da una ‘democrazia interloquente’ a una ‘democrazia decidente’. Vogliamo partire dall'ipotesi di un semipresidenzialismo sul modello francese, che in passato aveva ottenuto un ampio gradimento anche da parte del centrosinistra, ma rimaniamo aperti anche ad altre soluzioni”*<sup>1</sup>.

Ma, nel breve volgere di alcuni mesi, il Governo Meloni modificava il proprio orientamento e, abbandonato il primigenio progetto di riforma in senso (semi)presidenziale, decideva di puntare in una diversa direzione: il rafforzamento del Presidente del Consiglio all'interno della forma di governo parlamentare. Annunciava, infatti, il 29 agosto scorso la ministra per le riforme Casellati<sup>2</sup>: *“Sarà un modello di premierato ‘all'italiana’ e mi auguro che si possa trovare con le altre forze politiche un punto di caduta e quindi un largo consenso in Commissione così come in Aula. Sono fiduciosa sulla collaborazione di tutti i partiti”*.

Il disegno di legge di revisione costituzionale della forma di governo è stato, infine, discusso e approvato nel Consiglio dei ministri del 3 novembre 2023 e prevede, come elemento strutturale, l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri, cui si accompagnano altre disposizioni che dovrebbero garantire la stabilità dell'Esecutivo e impedire la nascita di governi supportati da maggioranze diverse da quella uscita vincitrice dalle urne, grazie al collegamento con il candidato alla Presidenza del Consiglio più votato dagli elettori ed al premio di maggioranza (che sarebbe costituzionalizzato).

Un progetto che, se confermato al termine del lungo procedimento previsto dall'art. 138 Cost., sarebbe di portata epocale e di cui tratteremo diffusamente nei paragrafi 5 e 6.

---

\* 

<sup>1</sup> Il testo integrale del discorso pronunciato il 25 ottobre 2022 si può leggere nelle pagine *on line* del quotidiano [la Repubblica](https://www.larepubblica.it).

<sup>2</sup> Intervistata dal quotidiano *on line* [affaritaliani.it](https://www.affaritaliani.it)

Ma, prima di affrontare l'analisi del disegno di legge di riforma, ripercorreremo il dibattito - che in Italia è aperto da oltre un quarantennio - sull'opportunità di introdurre forme di elezione/designazione del capo del Governo a suffragio popolare diretto e cercheremo di verificare quali elementi utili alla discussione possano derivare dall'esperienza maturata in oltre vent'anni di sperimentazione, al livello regionale, della forma di governo neoparlamentare, anch'essa caratterizzata dall'elezione diretta del vertice dell'Esecutivo.

## 2. La storia del premierato elettivo: dalle proposte di Duverger al Sindaco d'Italia

Il primo studioso a proporre la formula del premierato elettivo è stato il politologo francese Maurice Duverger<sup>3</sup>, il quale, in due articoli apparsi nell'aprile del 1956<sup>4</sup> sul quotidiano *Le Monde*, aveva suggerito di riformare la Costituzione francese con l'elezione a suffragio universale e diretto del Presidente del Consiglio, da tenersi contestualmente alle elezioni per l'Assemblea nazionale, mentre il Presidente della Repubblica avrebbe continuato ad essere eletto dalle Camere per esercitare un potere moderatore<sup>5</sup>. L'elemento di razionalizzazione del sistema era individuato nel meccanismo dell'*aut simul stabunt aut simul cadent*: l'approvazione di una mozione di sfiducia da parte dell'Assemblea nazionale oppure le dimissioni volontarie del Primo ministro avrebbero provocato lo scioglimento automatico del Parlamento e l'immediato ritorno alle urne.

Era lo stesso Duverger a definire tale sistema "*neoparlamentare*" perché, a suo dire, l'opinione pubblica francese non avrebbe gradito l'utilizzo del termine semipresidenziale (che l'Autore riteneva preferibile) a causa del pessimo ricordo di quanto avvenuto nel 1848 con la trasformazione, ad opera di Luigi Bonaparte, del regime presidenziale in dittatura<sup>6</sup>.

Nel nostro Paese la formula ideata da Duverger è stata ripresa e riproposta da insigni costituzionalisti italiani in diversi momenti storici:

a) dapprima, da Aldo Maria Sandulli e Costantino Mortati all'interno del dibattito "*La Costituzione e la crisi*", ospitato, nel 1973, sulle pagine della rivista *Gli Stati* (1973)<sup>7</sup>. Sandulli sposava pienamente la formula duvergeriana, ribattezzata del "*governo di legislatura*", e ne accettava tutte le conseguenze: "*Questa formula comporterebbe un regime dualistico, e perciò certi equilibri: un Presidente della Repubblica in posizione super partes, l'indirizzo politico commesso a un presidente del Consiglio eletto direttamente dal popolo contemporaneamente alle Camere e libero nella formazione del suo Governo. L'elezione popolare del presidente del Consiglio naturalmente dovrebbe essere maggioritaria a doppio turno, mentre quella per il Parlamento potrebbe rimanere proporzionale. Governo di legislatura significa che, se il Parlamento fa cadere il Governo, si chiude la legislatura, si sciogliono le Camere, si rifanno le elezioni. Significa anche*

---

<sup>3</sup> Ricorda, correttamente, F. CLEMENTI nel suo *Il Governo del Primo Ministro: da Londra (via Parigi) a Roma, possibilmente senza passare per Tel Aviv*, in S. Ceccanti - S. Vassallo (a cura di), *Come chiudere la transizione. Cambiamento, apprendimento e adattamento nel sistema politico italiano*, Bologna, 2004, 289, che Duverger fu influenzato dalla lettura di alcuni articoli scritti da LEON BLUM e ripubblicati (con qualche modifica) nel 1936 con il titolo *La réforme gouvernementale*. In tale lavoro Blum - che proprio nel giugno di quello stesso 1936 era stato nominato Primo ministro - teorizzava la necessità di un rafforzamento del Primo ministro, nella sua qualità di capo della maggioranza parlamentare, sia rispetto agli altri ministri sia rispetto alle Camere. Ma, mentre Blum si limitava a richiedere riforme di tipo organizzativo e dei regolamenti parlamentari, Duverger proponeva una riforma costituzionale che portasse all'elezione diretta del Primo ministro.

<sup>4</sup> Rispettivamente: *Réformer le régime. I. Un système présidentiel? (12.4.1956)* e *Réformer le régime. II - Un véritable régime parlementaire (13.4.1956)*.

<sup>5</sup> La proposta di Duverger fu prontamente accolta da G. VEDEL, *Pour un exécutif élu par la Nation*, in *Revue politique des idées et des institutions*, n. 19/1956, 579 ss.

<sup>6</sup> M. DUVERGER, *Il regime semipresidenziale francese*, in *Studi Urbinati - Scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 1998, 297 ss.

<sup>7</sup> I loro interventi, unitamente a quelli di V. Crisafulli, G. Ferrari, S. Galeotti e A. La Pergola (intervistati da Arturo Carlo Jemolo) sono pubblicati in *Gli Stati*, 1/1973 e ripresi dall'*Archivio di diritto e storia costituzionali*, nella sezione [Documenti](#).

che, se il Governo viene messo dalle Camere in condizione di non poter governare, se viene paralizzato, il presidente del Consiglio può chiedere la chiusura della legislatura, con la conseguenza che si rifanno le elezioni per le Camere e per il Presidente del Consiglio”. Mortati, invece, riteneva necessario temperare la rigidità di quel sistema, mantenendo la titolarità sostanziale del potere di scioglimento al capo dello Stato: “la logica del sistema che si vorrebbe adottare richiede che i due organi, come sorgono, così cessino contemporaneamente; si tratta di vedere se la cessazione debba essere automatica per il semplice verificarsi del rigetto da parte del Parlamento di misure considerate dal Governo corrispondenti all’indirizzo politico perseguito, o se invece non si renda più opportuno affidare ad un organo neutro e imparziale, come il Capo dello Stato, di esercitare un’opera di mediazione rivolta a far superare il dissenso, o comunque sia affidata a lui la scelta del momento dello scioglimento, e quindi consentendo per un certo periodo la permanenza in carica dei due organi pur non più concordanti tra loro”;

b) *successivamente*, negli anni Ottanta del secolo scorso, da Serio Galeotti<sup>8</sup> - sia singolarmente sia all’interno del Gruppo di Milano coadiuvato da Gianfranco Miglio<sup>9</sup> - sempre sotto le insegne del “governo di legislatura” con la finalità di giungere ad una forma di democrazia immediata (ovverosia non mediata dalle forze partitiche) “nella quale la scelta, e l’investitura concreta del governo e del suo programma politico derivino direttamente (solo così è «immediata» la democrazia) dal voto dei cittadini-elettori”<sup>10</sup>. Il principio distintivo del governo di legislatura era sintetizzato, dallo stesso Galeotti, nella “derivazione diretta e simultanea del Premier (Presidente del Consiglio) e dell’Assemblea Parlamentare (Parlamento) dal voto popolare; i due Poteri, governo e assemblea, nascono così insieme per legittimazione dal Popolo sovrano, e cadono insieme (simul stabunt, simul cadent) al termine naturale o anticipato della Legislatura (per voto di sfiducia al Premier e conseguente scioglimento automatico dell’assemblea)”<sup>11</sup>;

c) negli anni Novanta ne è stato un convinto propugnatore Augusto Barbera<sup>12</sup>;

d) di recente, numerosi costituzionalisti italiani hanno sostenuto l’opportunità di sperimentare il sistema neoparlamentare a livello nazionale<sup>13</sup>.

La prima applicazione concreta dell’idealtipo duvergeriano si è avuta, però, in Israele quando, nel 1992, la *Knesset* approvò una Legge fondamentale sul Governo (applicata nelle elezioni del 1996, 1999 e per le suppletive del 2001, poi abrogata in quello stesso anno) che presentava i seguenti caratteri:

i) elezione, diretta e simultanea (art. 4), del Primo ministro e del parlamento monocamerale ma senza collegamenti tra le due competizioni elettorali [peraltro rette da due leggi assai diverse (maggioritario doppio turno vs proporzionale)];

ii) potere di nomina dei ministri attribuita al Primo ministro ma con approvazione da parte della *Knesset* e con le medesime conseguenze dell’approvazione della sfiducia in caso di rigetto (art. 3);

<sup>8</sup> V., in particolare S. GALEOTTI, *Alla ricerca della governabilità*, Milano, 1983 e ID., *Un governo scelto dal popolo. “Il governo di legislatura”*. Contributo per una “grande riforma” istituzionale, Milano, 1984.

<sup>9</sup> «GRUPPO DI MILANO», *Verso una nuova Costituzione*, Milano, 1983.

<sup>10</sup> S. GALEOTTI, *Consonanze e dissonanze sulle riforme istituzionali*, in *Il Politico*, n. 2/1991, 225 ss.

<sup>11</sup> S. GALEOTTI, *Consonanze e dissonanze*, cit., 225.

<sup>12</sup> A. BARBERA, *Riforma elettorale ed elezione diretta del premier. Un’alternativa neoparlamentare al presidenzialismo*, in *Democrazia e diritto*, 2/1990, 23 ss. e ID., *Una riforma per la Repubblica*, Roma, 1991, 224 ss.

<sup>13</sup> Tra i pubblicisti intervenuti al Convegno “Riforme istituzionali e forme di governo. Un confronto”, tenutosi a Roma, il 17 maggio 2023, presso la sede del CNEL, i cui atti sono stati pubblicati su [federalismi.it](https://www.federalismi.it) (7.6.2023), si sono pronunciati per l’adozione del modello duvergeriano: G. CERRINA FERONI (*Rafforzare il Premier per rafforzare la legislatura: spunti per una riforma possibile*); T. E. FROSINI [*Sulla forma di governo del premierato (elettivo)*]; A. POGGI (*Perché e a che condizioni l’elezione diretta del Presidente del Consiglio può essere utile alla razionalizzazione della forma di governo parlamentare*); O. POLLICINO (*L’instabilità dei governi italiani e la forma di governo neoparlamentare*); V. TONDI DELLA MURA (*Il neoparlamentarismo per una riforma di compromesso rispettosa della prassi politica*); F. VARI (*Per un Esecutivo più stabile. Primi spunti sulle riforme possibili nella XIX Legislatura repubblicana*); L. VIOLINI (*Crisi della democrazia e elezione diretta del premier: un passo verso il superamento della disaffezione al voto?*).

iii) possibilità per la *Knesset* di revocare la fiducia al Primo ministro, a maggioranza assoluta dei propri membri, (art. 19) con previsione, in tale caso, di elezioni anticipate per ambo gli organi (art. 21);

iv) attribuzione al Primo ministro del potere di sciogliere anticipatamente la *Knesset* qualora questa si fosse dimostrata ostile al punto da rendere impossibile l'azione politica del Gabinetto (art. 22);

v) previsione di elezione speciale per il solo Primo ministro in caso di sua morte/impedimento permanente (art. 28) oppure di dimissioni volontarie (art. 23)<sup>14</sup>.

Come si può notare dal breve riassunto fatto, il premierato all'israeliana presentava caratteri più propriamente parlamentari (nel senso classico) rispetto alle proposte di Duverger e di Galeotti; infatti:

a) non era previsto alcun collegamento tra il voto per il Primo ministro e il voto per la *Knesset* e, di conseguenza, non era previsto alcun premio di maggioranza per le liste collegate al Primo ministro vincitore;

b) il voto della *Knesset* sui ministri equivaleva ad una mozione di fiducia iniziale sul Governo;

c) il *simul simul* era affievolito dal momento che la morte e le dimissioni del primo ministro non comportavano nuove elezioni parlamentari ma solo l'elezione speciale del capo dell'Esecutivo (prevista anche in altri sei casi!)<sup>15</sup>.

Il fallimento del premierato elettivo all'israeliana - concretizzatosi nella impossibilità per i Primi ministri eletti (Netanyahu e Barak) di esercitare un effettivo controllo sulla propria maggioranza e di realizzare il proprio programma - è imputabile, secondo la dottrina che maggiormente ha studiato quel modello<sup>16</sup>, a diversi elementi concorrenti: il mancato collegamento tra candidati *Premier* e liste; la doppia scheda e la possibilità di esercitare il voto disgiunto; la formula proporzionale; la mancanza di una idonea soglia di sbarramento; la disomogeneità della società israeliana.

L'insieme di questi fattori ha finito per premiare i numerosi partiti minori (dopo le elezioni del 1996 si formarono 13 gruppi parlamentari, saliti a 15 dopo le elezioni del 1999) e ha reso il Primo ministro ancor più dipendente da essi (*rectius*: di quelli entrati nella coalizione di governo) di quanto lo fosse prima della riforma<sup>17</sup>. Nel complesso, la riforma non è riuscita ad ottenere l'auspicato rafforzamento di un *Premier* legittimato dall'appoggio popolare ma, di fatto, impossibilitato ad attuare il proprio programma e condannato ad un ruolo di continua mediazione tra le forze di maggioranza.

L'esperienza israeliana insegna (qualora ce ne fosse ulteriore bisogno) che solo disponendo di una maggioranza coesa e disciplinata il primo ministro può affermare una *premiership* che, da sola, l'elezione diretta non è in grado di costruire e che, affinché il sistema possa stabilizzarsi, occorre che la designazione popolare sia accompagnata da una legislazione elettorale in grado di assicurare

---

<sup>14</sup> V. E. OTTOLENGHI, *L'elezione del primo ministro: il caso d'Israele*, in *Quad. cost.*, n. 1/1994, 95 ss.; ID. *Israele: un premierato fallito*, in G. Pasquino (a cura di), *Capi di governo*, Bologna, 2005, 155 ss.

<sup>15</sup> Per ulteriori approfondimenti si v. F. CLEMENTI, *L'elezione diretta del Primo ministro: l'origine francese, il caso israeliano, il dibattito in Italia*, in *Quad. cost.*, n. 3/2000, 579 ss.

<sup>16</sup> V. soprattutto l'analisi di E. OTTOLENGHI, *Sopravvivere senza governare: l'elezione diretta del primo ministro in Israele*, in *Riv. it. Sc. Pol.*, fasc. n. 2/2002, e ID., *Israele: un premierato fallito*, in G. Pasquino (a cura di), *Capi di governo*, Bologna, 2005, 155 ss. Nella dottrina in lingua inglese, v. i v. R. Y. HAZAN, *The Failure of Presidential Parliamentarism: Constitutional versus Structural Presidentialization in Israel's Parliamentary Democracy*, in T. Pogunkte – P. Webb (a cura di), *The Presidentialization of Politics: A Comparative Study of Modern Democracies*, Oxford University Press, 2005, 289 ss.

<sup>17</sup> Scrive, in proposito, E. OTTOLENGHI, *Sopravvivere senza governare*, cit., 244, nt. 7, che “la permanenza dell'istituto della fiducia, unito alla frammentazione partitica prodotta dal voto disgiunto e dalle conseguenti fragili coalizioni, ha reso il Premier fortemente dipendente dal parlamento. Il sistema israeliano è sì caratterizzato dall'elezione diretta dell'esecutivo ma la centralità del parlamento, la sua preminenza sul premier e la sua capacità di rimuovere il premier rendono il sistema solo formalmente presidenziale, grazie all'istituto dell'elezione diretta. In pratica esso rimane un regime assembleare, dove la rigidità del sistema presidenziale e temperata, se non addirittura neutralizzata, dalla mancanza di una separazione rigida dei due poteri, cioè dal permanere delle legame di fiducia e della dipendenza del Premier dal parlamento”.

(almeno ad inizio legislatura) una maggioranza di seggi nella camera politica su cui il Primo ministro eletto possa contare.

Sono, invero, queste le condizioni che, unite al sistema elettorale maggioritario ed alla storica bipolarizzazione del sistema partitico, hanno consentito la costruzione del *Prime Ministerial Government*<sup>18</sup> nel Regno Unito<sup>19</sup>. E, in loro assenza, la legittimazione popolare del vertice dell'Esecutivo non pare in grado, *ex se*, di garantire un Gabinetto stabile, efficiente e in grado di realizzare l'indirizzo politico promesso in fase elettorale. Peraltro, si osservi che lo stesso modello Westminster ha sempre evidenziato difficoltà di funzionamento in presenza di governi di coalizione tanto che si mantengono attuali le parole di Benjamin Disraeli (in quel momento Cancelliere dello Scacchiere) che, in un noto intervento alla Camera dei Comuni, il 16 dicembre 1852, sentenziò: "*England does not love coalitions*"<sup>20</sup>.

Ritornando al nostro Paese, che nella sua storia repubblicana ha conosciuto (di fatto) solo la forma del governo di coalizione<sup>21</sup>, un'ipotesi di premierato<sup>22</sup>, sia pure "debole", era stato previsto nella riforma costituzionale del 2005, approvata a maggioranza assoluta dalle Camere (con i voti dei soli gruppi che appoggiavano l'Esecutivo di centrodestra guidato da Berlusconi) e bocciata dal corpo elettorale nel referendum costituzionale del 2006<sup>23</sup>.

Quel progetto mirava ad introdurre una forma di governo nella quale il Primo ministro non era direttamente eletto ma "*designato*" dal corpo elettorale<sup>24</sup>. Il Primo ministro sarebbe stato rafforzato

---

<sup>18</sup> La definizione è attribuibile a R. H. S. CROSSMAN, *The Myths of Cabinet Government*, Harvard University Press, Cambridge, 1972, e ID., *Prime Ministerial Government*, in A. King (a cura di) *The British Prime Minister*, Londra, 1985, 175 ss.

<sup>19</sup> Nella dottrina italiana si v., *ex multis*: G. CARVALE, *Il Governo del Premier nell'esperienza costituzionale del Regno Unito*, Milano, 1997; T. E. Frosini (a cura di), *Il Premierato nei governi parlamentari*, Torino, 2004; A. Torre - L. Volpe (a cura di), *La Costituzione britannica*, Torino, 2005; A. MARCHETTI, *Il Westminster model tra eredità del passato ed evoluzioni istituzionali più recenti: la funzione egemonica della Premiership alla prova dei recenti tentativi di razionalizzazione del parlamentarismo inglese. Un nuovo assestamento della forma di governo britannica*, in [Rivista AIC](#), fasc. 1/2018 (31.1.2018); A. TORRE, *Storia costituzionale del Regno Unito attraverso i primi ministri*, Milano, 2023; G.G. CARBONI, *Il modello Westminster tra politica e diritto*, in [Nomos](#), fasc. 1/2022; C. Fasone - C. Martinelli (a cura di), [L'impatto della Brexit sul modello Westminster](#), Torino, 2023.

<sup>20</sup> Si v. I. MCLEAN, '*England Does Not Love Coalitions*': *The Most Misused Political Quotation in the Book*, in *Government and Opposition*, Vol. 47/2012, 3 ss.

<sup>21</sup> Si mantiene sempre attuale, per tale motivo, la monografia di G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, Milano, 1973; più di recente, in tema, cfr. S. PRISCO, "*Il governo di coalizione*" rivisitato, in AA. VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, 195 ss. e L. DELL'ATTI, *Il governo di coalizione aggiornato. Appunti sulla forma costituzionale di governo nelle incertezze della cd. terza Repubblica*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), fasc. 2/2022 (8.6.2022).

<sup>22</sup> Una forma di premierato assai diversa rispetto alla proposta Duverger era delineata (in alternativa al semipresidenzialismo) nella bozza di articolato presentata dal Relatore Cesare Salvi alla Bicamerale D'Alema, il 28.5.1997; questi ne erano gli elementi caratterizzanti:

a) elezione popolare indiretta, prevedendosi la «candidatura alla carica di Primo ministro avviene mediante collegamento con i candidati all'elezione del Parlamento» seguita dalla nomina presidenziale del «candidato a tale carica al quale è collegata la maggioranza dei parlamentari eletti»;

b) presentazione del programma governativo alle Camere ma senza votazione fiduciaria;

c) attribuzione al Primo ministro del potere di nomina/revoca dei ministri e del potere di scioglimento anticipato delle Camere;

d) sfiducia costruttiva a maggioranza assoluta;

e) elezione parlamentare di un nuovo Primo ministro nel caso di morte, dimissioni o impedimento del precedente titolare.

Su questa proposta, criticamente, G. PASQUINO, *Dal premierato forte al semipresidenzialismo debole*, in *il Mulino*, fasc. n. 4/1997, 685 ss.

<sup>23</sup> Tra i numerosi contributi su quella tentata riforma, v. A. Bevere (a cura di), *La democrazia riformata. Analisi del progetto di revisione costituzionale*, Napoli, 2004; G. Cordini (a cura di), *Le modifiche alla parte seconda della Costituzione*, Milano, 2005; C. FUSARO, *La riforma costituzionale: piena di difetti, ma meglio di niente*, in *Quad. cost.*, n. 1/2006; B. Pezzini - S. Troilo (a cura di), *La Costituzione riscritta. Ombre e luci nella revisione costituzionale del 2005*, Milano, 2006.

<sup>24</sup> Tuttavia, si prevedeva che i candidati dovessero collegarsi ad uno o più liste e che la legge elettorale avrebbe disciplinato «l'elezione dei deputati in modo da favorire la formazione di una maggioranza, collegata al candidato alla carica di Primo ministro».



dalla titolarità del potere di nomina/revoca dei ministri (senza intermediazione del Capo dello Stato) e del potere di scioglimento anticipato (ancora formalmente presidenziale). Si è parlato, a proposito di questa proposta, di premierato “*debole*” perché si stabiliva sia la necessità di un voto di investitura fiduciaria (sul programma governativo) da parte della Camera dei deputati sia che il Primo ministro potesse essere sostituito - sia pure solo dalla propria maggioranza («*da parte dei deputati appartenenti alla maggioranza espressa dalle elezioni*») - non solo a seguito di approvazione di una mozione di sfiducia costruttiva ma anche nei casi di morte, dimissioni o richiesta di scioglimento anticipato presentata dal Primo ministro al Capo dello Stato<sup>25</sup>.

Non si prefiguravano, invece, grandi cambiamenti della forma di governo qualora la riforma costituzionale ricordata come Renzi-Boschi avesse completato il proprio percorso e non fosse stata bocciata dagli elettori nel *referendum* confermativo del dicembre 2016<sup>26</sup>; quel testo si limitava, invero, ad implementare i poteri dell'Esecutivo di fronte ad un Parlamento differenziato (e diseguale) e lasciava alla legge elettorale (l'*Italicum*, che sarebbe stato travolto dalla sentenza della [Corte costituzionale n. 35 del 2017](#)) il compito di garantire la stabilità governativa.

Ma l'*ex* Presidente del Consiglio ha, successivamente, mutato orientamento sul versante della forma di governo poiché, dal 2020, si spende per una diversa formula: l'elezione del “*Sindaco d'Italia*” ossia l'elezione popolare diretta del capo del Governo sulla falsariga di quanto avviene a livello comunale dal 1993 (e su cui torneremo *infra*). In questa legislatura il senatore Renzi ha presentato un nuovo testo di riforma (Atti Sen. 830, assegnato in sede referente alla I Commissione) che presenta caratteristiche non dissimili da quelle del progetto presentato dal Governo Meloni: elezione diretta del Presidente del Consiglio e *simul simul* con scioglimento automatico delle Camere in caso di morte, impedimento permanente, dimissioni del Presidente del Consiglio nonché in caso di approvazione di una mozione di sfiducia da parte di una delle due Camere. Tre, invece, gli elementi di dissonanza: in primo luogo, nel testo renziano le Camere non sarebbero più chiamate ad esprimere la fiducia (men che meno quella iniziale) ma potrebbero solo revocarla, così provocando la fine della legislatura; in secondo luogo, la rigidità del *simul simul* sarebbe assoluta non potendosi nominare nessun Presidente del Consiglio diverso da quello demoeletto; in terzo e ultimo luogo, il potere di nomina e revoca dei ministri si sposterebbe dal Capo dello Stato al Presidente del Consiglio<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Questo sarebbe stato il testo del revisionato art. 88 Cost. «1. Il Presidente della Repubblica decreta lo scioglimento della Camera dei deputati ed indice le elezioni nei seguenti casi:

a) su richiesta del Primo ministro, che ne assume la esclusiva responsabilità;  
b) in caso di morte del Primo ministro o di impedimento permanente accertato secondo le modalità fissate dalla legge;

c) in caso di dimissioni del Primo ministro; d) nel caso di cui all'articolo 94, terzo comma.

2. Il Presidente della Repubblica non emana il decreto di scioglimento nei casi di cui alle lettere a), b) e c) del primo comma, qualora alla Camera dei deputati, entro i venti giorni successivi, venga presentata e approvata con votazione per appello nominale dai deputati appartenenti alla maggioranza espressa dalle elezioni in numero non inferiore alla maggioranza dei componenti della Camera, una mozione nella quale si dichiara di voler continuare nell'attuazione del programma e si designi un nuovo Primo ministro. In tale caso, il Presidente della Repubblica nomina il nuovo Primo ministro designato».

<sup>26</sup> Tra i tanti commenti, v. P. Costanzo, A. Giovannelli, L. Trucco (a cura di), *Forum sul d.d.l. costituzionale “Renzi-Boschi”*. *Dieci studiosi a confronto*, Torino, 2015; E. ROSSI, *Una Costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale*, Pisa, 2016.

<sup>27</sup> Una peculiarità di questa proposta è, poi, rappresentata dalla costituzionalizzazione della questione di fiducia: non verrebbe, però, disciplinato l'istituto ma si prevederebbe unicamente (e direi abbastanza singolarmente) che, in caso di voto sfavorevole su di essa, il governo (non il Premier) possa chiedere una nuova deliberazione e in caso di sconfitta il Presidente del Consiglio (e non il governo) sia obbligato a dimettersi (con automatico scioglimento delle Camere).

### 3. La trasposizione italiana del modello duvergeriano: la forma di governo neoparlamentare di Comuni e Regioni

Il primo adattamento del progetto duvergeriano alle istituzioni italiane ha riguardato, esattamente trent'anni fa, gli enti locali: con la legge 81 del 1993 è stata introdotta nell'ordinamento di Comuni e Province<sup>28</sup> una forma di governo di legislatura, che viene comunemente denominata *neoparlamentare* ed è basata sull'elezione diretta del Sindaco (e del Presidente della Provincia) e su una rigorosa applicazione del meccanismo del *simul simul*.

Quest'ultimo crea un inscindibile cordone ombelicale tra Sindaco direttamente eletto e maggioranza consiliare: qualsiasi evento ponga fine al mandato del Sindaco (sfiducia, dimissioni, morte, impedimento permanente, sospensione, decadenza) oppure determini lo scioglimento dell'assemblea elettiva (dimissioni della maggioranza dei consiglieri, mancata approvazione del bilancio, del rendiconto o degli strumenti urbanistici) comporta, in modo automatico, nuove elezioni per entrambi gli organi<sup>29</sup>.

È indubitabile che la formula prevista per gli enti locali nel 1993 abbia ottenuto i risultati auspicati, soprattutto in termini di stabilità degli Esecutivi, forte legittimazione riconosciuta ai Sindaci (che fungono da traino alle coalizioni che li sostengono), costruzione di una democrazia maggioritaria e decidente, tanto da essere preso, sul finire degli anni Novanta, a modello per la riforma della *governance* regionale. Ma, come ha ricordato correttamente Cerulli Irelli<sup>30</sup>, negli enti locali non si pone un problema di rapporto tra Legislativo ed Esecutivo dal momento che i Comuni sono titolari solo di “*funzioni amministrative, le quali vengono distribuite secondo criteri stabiliti dalla legge tra gli organi di governo dell'ente tutti accomunati invero dall'esercizio di funzioni del medesimo tipo*”.

Successivamente, con l. cost. n. 1 del 1999, il legislatore costituzionale ha imposto in via transitoria a tutte le Regioni il modello sperimentato per i Comuni e lo ha “suggerito” (salvo diversa prescrizione dello statuto di autonomia), come modello *standard*, per tutte le Regioni ordinarie chiamate a rivedere i propri statuti di autonomia. Invero, per come sono formulati gli articoli 122 e 126 Cost., l'unica alternativa al modello *standard* per i legislatori statutari regionali era la conferma della forma parlamentare classica. Così, tutte le Regioni ad autonomia ordinaria hanno ritenuto di (*rectius* non hanno potuto esimersi da) adottare quel sistema, che aveva reso i governi comunali così stabili e rafforzato la *leadership* del Sindaco.

Nel 2001 (con l. cost. n. 2) la forma di governo neoparlamentare è stata estesa, sempre in via provvisoria, anche a Sardegna, Sicilia, Friuli-Venezia Giulia e Provincia di Trento.

---

<sup>28</sup> Invero una prima sperimentazione si era avuta in Sicilia ove l'Assemblea regionale aveva introdotto, con Lr n. 7/1992, rilevanti modifiche alle modalità di elezione e di funzionamento degli organi comunali. In particolare, detta legge prevedeva:

a) elezione diretta del Sindaco a doppio turno, con ballottaggio nel caso in cui nessun candidato avesse ottenuto la maggioranza assoluta di voti validi (art. 1);

b) necessità di accompagnare la presentazione alla candidatura a Sindaco con un documento programmatico ed elenco degli assessori che il candidato intendeva nominare, entrambi modificabili per il ballottaggio (art. 7);

c) facoltà del Consiglio (a maggioranza assoluta dei componenti) di promuovere un *referendum* popolare sulla rimozione del Sindaco, sperimentando così una forma di *recall* che riprende il meccanismo previsto dall'art. 43, comma 2, della Costituzione di Weimar del 1919 (art. 18);

d) riparto proporzionale tra le liste concorrenti del 70% dei seggi disponibili nel Consiglio, assegnazione del 20% dei seggi alla lista/coalizione più votata e del residuo 10% alla lista/coalizione di liste risultata seconda;

e) netta separazione tra Consiglio comunale e Sindaco con impossibilità per il primo di sfiduciare il secondo e Sindaco che non presiedeva e non aveva diritto di voto in Consiglio.

Per un'analisi completa di questo sistema si v. G. GARRA, *Elezione diretta del sindaco e ordinamento comunale in Sicilia*, Milano, 1993.

<sup>29</sup> Cfr. V. Italia-M. Bassani (a cura di), *L'elezione diretta del Sindaco (e del Presidente della Provincia)*, Milano, 1993; F. LANCHESTER, *Il nuovo attraverso il vecchio: la legge 81/93 sull'elezione degli enti locali*, in *Nomos*, n. 2/1993; F. GABRIELE, *Le nuove norme sulla elezione e sulle competenze degli organi dei Comuni e delle Province*, Bari, 1994.

<sup>30</sup> V. CERULLI IRELLI, *Sulla “forma di governo” regionale (e su alcuni problemi attuali della teoria delle forme di governo)*, in *Astrid* (21.6.2004), 19.

#### 4. I punti di forza e le criticità del neoparlamentarismo all'italiana come evidenziatisi nella prassi regionale

In primo luogo, occorre evidenziare che, nonostante il *nomen*, vi sono forti dubbi che il sistema neoparlamentare - almeno nella realizzazione concreta sperimentata con gli enti territoriali in Italia - possa essere ascritto alla famiglia del parlamentarismo perché privo di tre elementi essenziali:

1. la sussistenza di un rapporto fiduciario tra Esecutivo e Legislativo;
2. la possibilità per l'assemblea rappresentativa di sostituire il vertice dell'Esecutivo, assicurando il proprio sostegno ad un nuovo Gabinetto;
3. la presenza di un organo, il Capo dello Stato, che, nelle forme di parlamentarismo dualista (tipica del costituzionalismo liberale ottocentesco e dell'esperienza weimariana), era parte integrante del potere esecutivo<sup>31</sup> mentre, nelle forme moniste (prevalenti in Europa dopo la Seconda Guerra mondiale)<sup>32</sup>, è divenuto un potere autonomo, estraneo all'indirizzo politico, ed esercita compiti rappresentativi dell'unità nazionale nonché di garanzia istituzionale.

Quanto alla mancanza di un rapporto fiduciario tra consiglio e governo regionale<sup>33</sup>, essa è certificata nella sentenza della Corte costituzionale sullo statuto della Calabria ([n. 2 del 2004](#)): «Di certo in sistemi istituzionali nei quali anche il vertice dell'esecutivo sia eletto direttamente dal corpo elettorale non sussiste il tradizionale rapporto fiduciario con il consiglio rappresentativo dell'intero corpo elettorale, tanto che in assetti istituzionali del genere appare tutt'altro che irragionevole che l'organo monocratico eletto disponga anche del potere di dimettersi trascinando con sé l'intero sistema delle istituzioni rappresentative, evidentemente ove valuti come irraggiungibile l'attuazione del programma di governo sulla cui base è stato eletto» (cons. dir. n. 6). Tanto è vero che la stessa Corte ha fatto ricorso alla nota formula del *rapporto di consonanza* per descrivere il peculiare rapporto che si crea tra assemblea regionale e Presidente della Regione: l'elezione del vertice dell'Esecutivo non dipende in nessun modo dall'assemblea ma dal corpo elettorale e l'attribuzione al corpo legislativo della facoltà di obbligare alle dimissioni il Presidente costituisce solo un'arma di deterrenza, nei fatti inutilizzata ed inutilizzabile nella dinamica dei rapporti tra gli organi di indirizzo politico.

In ordine al punto 2, si osservi, invece, che il Consiglio regionale non può sostituire il vertice dell'Esecutivo ma, al più, farlo cadere costringendolo alle dimissioni e obbligando la convocazione dei comizi elettorali<sup>34</sup>. Nella logica neoparlamentare il corpo legislativo, pur eletto contestualmente al capo del governo e dotato di pari legittimazione rispetto ad esso, non può individuare un nuovo vertice dell'Esecutivo perché questi è scelto dal corpo elettorale e dunque solo gli elettori possono

---

<sup>31</sup> Così, nella monografia di G. BURDEAU, *Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après guerre*, Parigi, 1932 si trova la celebre formula «due poteri, tre organi» che, a giudizio dell'Autore, racchiudeva l'essenza del regime parlamentare.

<sup>32</sup> Sulla distinzione tra sistemi dualistici e monistici si v. C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973, 145 ss.

<sup>33</sup> In senso contrario si è espresso S. CECCANTI, *La forma neoparlamentare di governo alla prova della dottrina e della prassi*, in *Quad. cost.*, fasc. 1/2002, 107 ss. a detta del quale andrebbe presa "sul serio l'esistenza del rapporto fiduciario" dal momento che "il fatto che il ricorso a scioglimenti anticipati sia raro non significa per nulla che quell'elemento non sia rilevante, in quanto esso funziona da deterrente contro le crisi".

<sup>34</sup> Sull'importanza di tale aspetto cfr. M. VOLPI, *Forma di governo: quel che resta dell'autonomia statutaria regionale*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, fasc. 2/3-2004, 404, per il quale: "La sostituibilità del Primo ministro [...] è un dato che differenzia nettamente le democrazie parlamentari realmente esistenti dal modello della elezione popolare del Primo ministro ed è incompatibile con quest'ultimo, perché spezza il presunto rapporto diretto tra corpo elettorale e vertice del Governo, attribuendo un ruolo importante alla maggioranza parlamentare" nonché E. GIANFRANCESCO, *La forma di governo regionale nella recente esperienza italiana*, in A. D'Atena (a cura di), *I cantieri del federalismo in Europa*, Milano, 2008, 257, il quale ritiene "difficilmente compatibile con il nucleo essenziale del parlamentarismo un modello di forma di governo nel quale il legislativo possa sì votare la sfiducia all'esecutivo ma a pena del proprio suicidio istituzionale".

individuare uno di nuovo. È questo il motivo per cui anche in caso di vicende non politiche che colpiscano il capo dell'Esecutivo (la morte o l'impedimento permanente) si devono tenere nuove elezioni per entrambi gli organi.

Infine (punto 3), l'assenza di un organo - estraneo al circuito dell'indirizzo politico - con compiti di rappresentanza unitaria dell'ente comporta l'esercizio contestuale da parte del Presidente regionale di attribuzioni di natura assai diversa<sup>35</sup>: da un lato, sono attribuite a questo organo alcune funzioni in qualità di rappresentante istituzionale dell'ente (promulgazione delle leggi ed emanazione dei regolamenti; partecipazione al sistema delle Conferenze; attività internazionale; adozione di ordinanze in materia sanitaria e ambientale) che richiederebbero un esercizio "non parziale" dei poteri conferiti e nelle quali occorrerebbe tutelare l'interesse dell'intera comunità regionale<sup>36</sup>; dall'altro lato, vi sono delle competenze esercitate in qualità di capo del Governo regionale (nomina e revoca dei componenti della Giunta; poteri connessi alla direzione politica del Governo regionale; poteri connessi alla presidenza del collegio giuntale; nomine) nelle quali la discrezionalità politica è massima<sup>37</sup>.

Ciò posto, occorre evidenziare che l'applicazione alle Regioni di questa forma di governo ibrida - che coniuga elementi del parlamentarismo (il legislativo conserva sempre la facoltà di votare una mozione di sfiducia nei confronti del capo dell'Esecutivo anche se questo porta obbligatoriamente a nuove elezioni) a tratti tipici del presidenzialismo (l'elezione a suffragio universale e diretto del vertice dell'Esecutivo) - unita ad una legislazione elettorale che assicura la maggioranza assoluta dei seggi alle liste che sostengono il candidato vincitore ha certamente ottenuto gli esiti sperati in termini di:

- stabilità dei governi regionali<sup>38</sup>, dimostrata dai seguenti dati empirici:

a) sei Regioni (Campania, Liguria, Marche, Puglia, Toscana e Veneto) hanno visto sempre giungere la consiliatura al termine naturale del mandato;

b) la drastica diminuzione delle crisi dei governi regionali legate a lacerazioni del rapporto tra Presidente e maggioranza consiliare ovvero a crisi interne alla coalizione di partiti collegati al Presidente della Regione;

c) solo in due casi (Sardegna 2008 e Lombardia 2012) la fine anticipata della consiliatura è stato il portato di una crisi all'interno della coalizione di governo contraddistinta nel primo caso dalle dimissioni del Presidente regionale in aperta rottura con i partiti della coalizione e nel secondo caso dalle dimissioni di oltre il 50% dei consiglieri regionali;

d) la durata in carica dei governi regionali è passata dai 17 mesi anteriforma ai 50 mesi attuali;

- continuità dell'azione di governo e tendenziale capacità di realizzare il programma con cui il candidato Presidente si era presentato agli elettori;

- maggiore visibilità e maggiore prestigio del Presidente della Regione (appellato come "governatore"<sup>39</sup> dai media nazionali<sup>40</sup>), capace di ergersi a *leader* indiscusso dell'ente territoriale,

---

<sup>35</sup> Occorre ricordare che questa natura bifronte dell'organo presidenziale era presente anche nella prima versione degli ordinamenti regionali ed era stata evidenziata dalla dottrina regionalistica; si v., in proposito, E. SPAGNA MUSSO, *Corso di diritto regionale*, I ed., Padova, 1983, 141 ss.;

<sup>36</sup> Ha osservato Q. CAMERLENGO, *La "neutralità" del Presidente della Regione*, in A. Pisaneschi-L. Violini (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessant'anni dalla Costituzione. Scritti per Grottanelli de' Santi*, Vol. I, Milano, 2007, 371 ss. che nell'esercizio di queste attribuzioni è naturale un'oscillazione continua del Presidente regionale tra una "versione faziosa" e una "dimensione neutrale".

<sup>37</sup> Sul punto sia permesso di rinviare a F. FURLAN, *Il Presidente della Regione 2.0*, Milano, 2021, 157 ss.

<sup>38</sup> In tal senso, tra gli altri, G. FERRI, *La forma di governo regionale a vent'anni dalla legge costituzionale n. 1 del 1999. Introduzione*, in [Osservatorio sulle fonti](#), fasc. 2/2020, il quale osserva, peraltro, che "nell'esperienza delle forme di governo in generale, non sempre alla stabilità dell'Esecutivo ha corrisposto l'efficacia dell'azione governativa e che, nella specifica esperienza delle forme di governo regionali degli ultimi decenni, non sono mancati casi di 'immobilismo' e di cattiva gestione della cosa pubblica, come dimostra, tra l'altro, il commissariamento di alcune Regioni in un settore fondamentale come quello della Sanità."

<sup>39</sup> L'improprietà terminologica di tale denominazione è stata confermata dalla Corte costituzionale all'interno di un'ordinanza di correzione di errore materiale, la [n. 105 del 2011](#), nella quale la Consulta ha rammentato (anche a sé stessa) che la corretta dizione è quella di "*Presidente pro-tempore della Giunta regionale*".

protagonista non solo sul piano interno e nei rapporti con lo Stato centrale (ruolo questo esponenzialmente cresciuto nel periodo pandemico<sup>41</sup>) ma anche della politica estera regionale (si v. il caso del Presidente lombardo Formigoni e delle sue numerose visite ufficiali nell'America Latina e in Cina, occasioni per stringere intese e per far conoscere le imprese lombarde<sup>42</sup>);

- preminenza non solo giuridica ma anche politica del Presidente nei confronti degli altri componenti della Giunta (anche se, essendosi prodotti sempre e solo governi di coalizione, eventuali mutamenti della compagine giuntale – ad es. revoca di un assessore - debbono essere condivisi con i partiti che compongono l'eterogenea maggioranza);

- acquisizione, da parte del corpo elettorale, del potere “*di determinare col suo voto esiti certi*” determinando così “*ricambi di classe politica dirigente*”<sup>43</sup>.

Fin qui i punti di forza; veniamo, ora, alle principali criticità che contraddistinguono questa innovativa forma di governo.

#### *i. La marginalizzazione dell'assemblea rappresentativa*

L'applicazione della forma di governo neoparlamentare al livello regionale ha rafforzato l'Esecutivo a danni di un'assemblea rappresentativa che, rimanendo assai frammentata (al pari di quanto accade al livello nazionale) ed essendo incapace di svolgere un'effettiva funzione di controllo sulla Giunta, finisce per ridursi a mero organo ratificatore di scelte già assunte e condivise (dalla coalizione che appoggia il Presidente) in sede giuntale. La debolezza dei Consigli regionali deriva dal combinato disposto di diversi fattori:

a) il *simul simul* che indebolisce la posizione istituzionale dei Consigli dal momento che questi sono di fatto impossibilitati a sfiduciare il Presidente perché ciò comporterebbe il proprio contestuale scioglimento e sono sotto il ricatto delle dimissioni di questo<sup>44</sup>;

b) il sistema elettorale, proporzionale con premio di maggioranza (omogeneo in tutte le Regioni), che pone al centro dell'attenzione mediatica la figura del Presidente di Regione, con il corpo elettorale che spesso premia le “sue” liste (si v. il caso Zaia);

c) l'incapacità delle carte statutarie di seconda generazione di comprendere che il nuovo sistema di governo avrebbe comportato un cambiamento del ruolo consiliare e quindi la necessità di prevedere strumenti nuovi sia per esercitare il controllo sulla Giunta e sul suo Presidente (ad es. prevedendo momenti di confronto e di serio dibattito sull'attività amministrativa e finanziaria regionale oppure sull'attuazione delle leggi regionali) sia per migliorare sul fronte conoscitivo, individuando, al contempo, un serio statuto per l'opposizione (solo lo Statuto della Toscana contiene previsioni in tale direzione);

d) la frammentazione delle coalizioni vincitrici e delle opposizioni consiliari, accentuata da regolamenti consiliari che consentono la formazione di gruppi assembleari con un numero ridotto di componenti (ad es. il regolamento consiliare della Lombardia ammette i gruppi con un solo componente);

---

<sup>40</sup> Si leggano, in proposito, le osservazioni di G. PITRUZZELLA, *L'impatto dei “governatori regionali” nelle istituzioni e nella politica italiana*, in *Le Regioni*, fasc. n. 6/2004, 1239 ss.

<sup>41</sup> Scriveva il direttore de *Il Foglio*, C. CERASA, in un editoriale del 19.10.2020: “I nuovi assetti istituzionali determinati dalla progressione della pandemia hanno dato un contributo importante all'affermazione delle leadership regionali e l'effetto di questa piccola rivoluzione non è solo aver messo, mai come oggi, nelle mani dei governatori il destino delle proprie regioni, anche a costo di creare un'Italia a più velocità, ma è anche aver reso le figure dei presidenti di regione dei soggetti politici cruciali anche per determinare alcune dinamiche delle politiche nazionali. V. anche S. CAFIERO, *I “Governatori” e la pandemia. Il balzo della politica personale nelle elezioni regionali del settembre 2020*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, 504

<sup>42</sup> Interessante, in chiave ricostruttiva di questo attivismo internazionale, il racconto fatto dallo stesso R. FORMIGONI nella sua autobiografia (intitolata “*Una storia popolare*”) uscita nel 2021 e in particolare il cap. 3.

<sup>43</sup> Così C. FUSARO, *La forma di governo regionale: pregi e difetti di una soluzione che funziona*, in S. Ceccanti - S. Vassallo (a cura di), *Come chiudere la transizione. Cambiamento, apprendimento e adattamento nel sistema politico italiano*, Bologna, 2004, 167 ss.

<sup>44</sup> Così, tra gli altri, E. GIANFRANCESCO, *La forma di governo regionale nella recente esperienza italiana*, cit., 258.

e) la fuga dalla legge regionale in direzione di altre forme di normazione secondaria anche se non necessariamente di tipo regolamentare (rammentando che quasi tutti i nuovi Statuti, con l'eccezione di Abruzzo e Marche, hanno attribuito alle Giunte il potere regolamentare). Invero, i Rapporti dell'Osservatorio sulla legislazione della Camera dei Deputati relativi agli anni 2020, 2021 e 2022 evidenziano come nelle Regioni ordinarie<sup>45</sup> i regolamenti siano circa un quinto rispetto alle leggi approvate (nel 2020 a fronte di 563 leggi sono stati emanati 150 regolamenti; nel 2021 il rapporto è di 506/104 e nel 2022 di 479/118) ma soprattutto la persistenza di “*poteri regolamentari atipici, consistenti appunto nel ricorso ad atti paranormativi nella forma di delibere di Giunta, attuativi di leggi, ma anche di piani e programmi*”<sup>46</sup>;

f) la totale emarginazione dei Consigli regionali dal luogo principe per il confronto con lo Stato centrale ovvero il sistema delle conferenze, nel quale si confrontano gli esecutivi (statale/regionale)<sup>47</sup>. Nulla escluderebbe, ad esempio, che si prevedano sessioni speciali del Consiglio (o di una commissione) in previsione o successivamente allo svolgimento di importanti sessioni della conferenza Stato/Regioni;

g) lo scarso (se non nullo) apporto dei Consigli regionali nella fase di formazione (ascendente) ed attuazione (discendente) del diritto dell'Unione europea<sup>48</sup>.

Infine, sebbene gli organi legislativi abbiano statutariamente gli strumenti per intervenire sull'indirizzo politico regionale, correggendo o integrando la programmazione e la legislazione di provenienza giuntale, raramente si spingono a farlo in modo sostanziale, mantenendo una sorta di timore reverenziale nei confronti dell'Esecutivo ed anche dei dirigenti apicali dell'amministrazione.

## ii. *La rigidità del sistema istituzionale*

È indubitabile che dall'applicazione del meccanismo del *simul simul* discenda un sistema molto rigido perché esso non consente, in nessun caso, di sostituire il Presidente regionale democraticamente eletto in carica.

E la fine obbligata della legislatura finisce per conseguire anche ad eventi che colpiscono la persona del capo dell'Esecutivo (morte<sup>49</sup>, impedimento permanente, applicazione di misure cautelari) senza che siano insorti, all'interno della maggioranza, dissidi di natura politica.

Analogo discorso può farsi per le dimissioni “nucleari”: l'idea base è di affidare al capo dell'Esecutivo uno strumento di pressione nei confronti della propria maggioranza. Ma l'esperienza regionale maturata dopo la riforma del 1999 ha dimostrato che l'arma delle dimissioni presidenziali è stata utilizzata per motivi politici una sola volta (dal Presidente sardo Soru nel 2008) mentre in otto casi [Abruzzo 2008 (Del Turco), Calabria 2014 (Scopelliti), Emilia-Romagna 2014 (Errani), Lazio-2010 (Marrazzo) e 2012 (Polverini), Sicilia-2008 (Cuffaro) e 2012 (Lombardo), Umbria 2019 (Marini)], il Presidente della Regione si è dimesso/a per il suo coinvolgimento in indagini penali (inerenti la sanità regionale o la c.d. rimborsopoli) oppure per la condanna riportata in un processo penale (prima di incorrere nella tagliola della legge Severino). Si segnalano anche due precedenti (Abruzzo, D'Alfonso-2018 e Lazio, Zingaretti-2022) nei quali il Presidente si è dimesso dalla carica optando per un seggio parlamentare.

---

<sup>45</sup> I rapporti sono invertiti nelle Regioni speciali ove i regolamenti emanati sono circa il doppio rispetto alle leggi pubblicate: nel 2020 a fronte di 137 leggi sono stati emanati 232 regolamenti, nel 2021 il rapporto è di 165 a 300 mentre nel 2022 è di 144 a 276.

<sup>46</sup> OSSERVATORIO SULLA LEGISLAZIONE, *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea, rapporto 2021*, Roma, 2021, 248.

<sup>47</sup> Su questo tema già si era espresso A. D'ATENA, *Il sistema delle conferenze e l'emarginazione delle assemblee*, in ID., *Le Regioni dopo il big bang*, Milano, 2005, 169 ss.

<sup>48</sup> Su cui L. SPADACINI, *Integrazione europea e ordinamenti regionali: la debolezza dei Consigli*, in *Istituzioni del Federalismo*, fasc. 3-4 2007, 353 ss.

<sup>49</sup> Emblematico il caso della Calabria, con la Presidente Santelli prematuramente scomparsa a soli 8 mesi dall'elezione (15.2.2020 - 15.10.2020) e la supplenza del vicepresidente Spirli protrattasi per un periodo superiore (quasi un anno).

Pare potersi affermare, peraltro, che la rigidità costituisca, nel sistema neoparlamentare, il prezzo da pagare sull'altare della stabilità degli esecutivi.

iii. *La concentrazione monocratica del potere*

Dal combinato disposto tra investitura popolare, *simul simul*, premio di maggioranza per le liste collegate al Presidente vincitore e caratteristiche intrinseche del regionalismo italiano (che è prevalentemente di esecuzione e nel quale un ruolo decisivo è giocato dagli apparati di giunta) discende una concentrazione dei poteri nella persona del capo del governo regionale che non ha eguali nelle forme di governo contemporanee<sup>50</sup>.

La concentrazione del potere nel vertice dell'Esecutivo regionale è, inoltre, rafforzata dal fatto che, come già ricordato, il Presidente della Regione è un moderno Giano bifronte poiché è al medesimo tempo rappresentante istituzionale dell'ente e capo del Governo regionale.

L'affermazione va, peraltro, mitigata dalla considerazione che le coalizioni che appoggiano i governi regionali sono, di norma, ampie e litigiose il che rappresenta di per sé un potente antidoto nei confronti del principio monocratico richiedendo necessariamente momenti di condivisione collegiale, tra i quali si annoverano certamente le sedute di Giunta.

iv. *La tolleranza (de facto) per le alterazioni della maggioranza uscita dalle elezioni*

Sebbene il sistema in esame si sforzi, con tutti i mezzi, di impedire una distorsione del voto popolare, vietando ogni ipotesi di sostituzione del Presidente regionale democraticamente eletto ad opera del Consiglio regionale, tuttavia non è in grado di evitare l'alterazione nella composizione della maggioranza di governo in corso di consiliatura. Due sono i casi possibili:

a) il c.d. "*ribaltone*": qualora uno o più partiti della coalizione che aveva appoggiato il Presidente regionale decida di defilarsi dalla maggioranza il Presidente può cercare e trovare l'appoggio di altri gruppi consiliari per continuare nella propria azione di governo. Ciò comporterà la sostituzione degli assessori dei partiti fuoriusciti con esponenti dei nuovi gruppi subentrati nella maggioranza ma potrà essere assorbito (almeno a livello istituzionale) senza particolari traumi. L'esempio più nitido è stato rappresentato dalla Sicilia ove, tra il 2008 e il 2010, si sono succedute quattro diverse giunte guidate dal Presidente Raffaele Lombardo, ciascuna delle quali sostenuta da maggioranze consiliari diverse<sup>51</sup>;

b) la maggioranza "*zoppa*": qualora uno o più partiti minori escano dal perimetro della maggioranza il Presidente può cercare di andare avanti ugualmente nella consiliatura con il paventato rischio di cercare una sorta di "legittimazione plebiscitaria" al di fuori del Consiglio<sup>52</sup>.

v. *La mancanza di trasparenza e partecipazione nel processo di selezione dei candidati alla presidenza della Regione*

La scelta dei candidati alla presidenza regionale è rimasta totalmente appannaggio dei partiti/coalizioni non essendosi in nessuna legge elettorale regionale previste delle forme obbligatorie di elezioni primarie per selezionare, con modalità partecipative, i pretendenti alla massima carica regionale.

Lo svolgimento delle primarie avrebbe il precipuo scopo, come ha sostenuto uno dei suoi sostenitori, Gianfranco Pasquino, di ridimensionare il "potere dei plenipotenziari dei partiti, che spesso acquisiscono questo ruolo attraverso modalità tutt'altro che democratiche, ma oligarchiche"<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> In tal senso A. DI GIOVINE, *Appunto sulla cultura espressa dalla legge costituzionale n. 1 del 1999*, in G.F. Ferrari - G. Parodi (a cura di), *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, Padova, 2003, 215 ss.

<sup>51</sup> Per una ricostruzione delle vicende legate alla presidenza Lombardo si v. M. CERRUTO, *La delegittimazione della classe politica regionale*, in *Istituzioni del Federalismo*, fasc. n. 2/2013, 490 ss.

<sup>52</sup> Come ha sostenuto P. CAVALERI, *Elezioni dirette dei Presidenti delle Regioni e democrazia*, in L. Carlassare (a cura di), *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, Padova, 2001, 105 ss.

<sup>53</sup> G. PASQUINO, *Le primarie per riformare partiti e politica*, in *Il Mulino*, 2/1997, 271 ss.

È interessante notare che le primarie per scegliere i propri candidati alla presidenza regionale sono state celebrate solo dal centro-sinistra e, nella quasi totalità dei casi [Puglia (2005 e 2010), Sicilia (2006) e Abruzzo (2014)], i candidati così individuati hanno conquistato la carica.

### 5. Il disegno di legge costituzionale sul premierato elettivo presentato dal Governo Meloni

Il breve testo (5 articoli) licenziato dal Consiglio dei ministri del 3 novembre 2023 (Atti Senato n. 935)<sup>54</sup> mira a riformare in modo sostanziale gli art. 88, 92 e 94 della Carta nonché ad abolire il comma 2 dell'art. 59 Cost. che, come noto, prevede la presenza di cinque di senatori a vita di nomina presidenziale scelti per avere «*illustrato la Patria per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario*»<sup>55</sup>.

Tralasciando di prendere in considerazione la disposizione che abolisce i senatori di nomina presidenziale - che appare neutrale dal punto di vista della forma di governo e risponde all'esigenza di non alterare i rapporti di forza tra le forze politiche alla luce della recente riduzione dei senatori elettivi -, gli aspetti salienti del progetto riformatore sono rappresentati da:

a) l'elezione a suffragio universale e diretto, in unico turno (senza ballottaggio e con la sola maggioranza relativa dei votanti) del Presidente del Consiglio, destinato a restare in carica cinque anni;

b) l'inclusione nel testo costituzionale di indicazioni precise e dettagliate sul sistema elettorale:

b1) la previsione che le votazioni per l'elezione del Presidente del Consiglio e per i membri delle due Camere avvengono tramite un'unica scheda elettorale;

b2) l'indicazione di un obbligatorio premio di maggioranza assegnato su base nazionale, tale da garantire ai candidati e alle liste collegati al Presidente del Consiglio dei ministri il 55% dei seggi nelle Camere;

c) la trasformazione del potere del Presidente della Repubblica di nomina del Presidente del Consiglio in mero "conferimento" al *Premier* indicato dal corpo elettorale dell'incarico a formare il Governo;

d) il mantenimento del potere presidenziale di nomina dei ministri, sempre su proposta del Presidente del Consiglio;

e) il mantenimento del voto di fiducia iniziale al Governo così formatosi, con l'avvertenza che, in caso di mancata fiducia, il Capo dello Stato debba rinviare alle Camere il Governo per un secondo voto e nel caso di mancata fiducia sciogliere immediatamente le Camere;

f) la previsione che qualora, per qualunque motivo, il Presidente del Consiglio democraticamente eletto venga a cessare dalla carica<sup>56</sup> il Capo dello Stato ha davanti a sé tre possibili alternative:

f1) reincaricare il Presidente demoeletto (anche se sfiduciato?);

f2) incaricare un altro parlamentare il quale però deve essere stato «*eletto in collegamento al Presidente eletto*» ed è vincolato ad «*attuare le dichiarazioni relative all'indirizzo politico e agli impegni programmatici su cui il Governo del Presidente eletto ha chiesto la fiducia delle Camere*»;

f3) sciogliere (con l'assenso del Presidente del Consiglio) anticipatamente le due Camere (necessariamente entrambe).

Per quanto riguarda le dinamiche relative alla forma di governo, ci sembra che i punti di maggiore interesse siano da rinvenirsi in:

---

<sup>54</sup> Di cui il Presidente della Repubblica ha autorizzato la trasmissione alle Camere il 15 novembre 2023.

<sup>55</sup> Per una prima valutazione critica del disegno di legge costituzionale, v. il contributo di A. RUGGERI, [La riforma Meloni e le sue stranezze, al bivio tra evoluzione istituzionale ed involuzione autoritaria](#), in questa [Rivista](#), 2023/III, 1009 ss., pubblicato quando il presente lavoro era già in bozze.

<sup>56</sup> Ci muoviamo, quindi, all'interno di un ventaglio di ipotesi che comprendono: la morte del *Premier*; le sue dimissioni contestuali a quelle del Gabinetto; l'approvazione da parte di una delle due Camere di una mozione di sfiducia; la riezione della questione di fiducia apposta dal governo da parte di una delle Camere.



i. l'elezione a suffragio universale in unico turno (in assenza di una previsione specifica sul ballottaggio) e a maggioranza relativa del Presidente del Consiglio, che dovrebbe garantire all'eletto forte legittimazione e indiscussa *leadership* all'interno della coalizione vincitrice;

ii. la previsione, da attuare all'interno della futura legge elettorale, di un obbligatorio premio di maggioranza in grado di garantire alle liste collegate al Presidente eletto il 55% dei seggi in entrambe le Camere. Non si pongono limiti, invece, alla discrezionalità legislativa sulle formule elettorali anche se potrebbe desumersi una scelta implicita per una formula proporzionale dal momento che un maggioritario o un sistema misto sarebbero difficilmente compatibili con il premio. Si deve ricordare, peraltro, che la Corte costituzionale (nella [sent. 1/2014](#)) ha già rilevato che un premio di maggioranza senza una ragionevole soglia minima (non precisato dalla Corte ma ragionevolmente non inferiore al 40%) è incostituzionale;

iii. la conservazione del rapporto fiduciario (non degradato a rapporto di consonanza come avviene nella forma di governo regionale) e della necessità della fiducia iniziale. Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto appare davvero difficile comprenderne la logica sottesa: se il Primo ministro è già stato scelto dagli elettori che hanno approvato il suo programma per quale motivo il Governo si deve presentare alle Camere per ottenerne la fiducia? Sulla impossibilità di configurare un rapporto fiduciario in presenza dell'elezione diretta del vertice dell'Esecutivo si è anche espressa la Consulta, nella già ricordata sentenza n. 2 del 2004 sullo statuto calabrese;

iv. la rimozione di qualsivoglia forma di discrezionalità del Capo dello Stato sia nella procedura di formazione del Governo dopo le elezioni politiche sia nella soluzione delle crisi di governo in corso di legislatura dal momento che:

a) il potere di scelta del Presidente del Consiglio<sup>57</sup> è vincolato perché, subito dopo le elezioni, non deve far altro che conferire «*al Presidente del Consiglio dei ministri eletto l'incarico di formare il Governo*» (nuovo art. 93, comma 3) così come, qualora si manifesti una crisi in corso di legislatura, la sua scelta è fortemente limitata: o conferisce un reincarico al *Premier* demoeletto o può indicare un altro soggetto ma questi deve essere un parlamentare che è stato eletto all'interno delle liste collegate con il *Premier* scelto dagli elettori;

b) rimane fermo il potere presidenziale di nomina dei ministri su proposta del Presidente del Consiglio ma sussistono forti dubbi che, a fronte di un Primo ministro eletto a suffragio diretto, il Capo dello Stato potrà compiere valutazioni simili a quelle che hanno portato al rifiuto della nomina di Paolo Savona a ministro dell'economia nel governo Conte I<sup>58</sup>;

c) il potere di scioglimento anticipato non sarebbe più totalmente libero (*extrema ratio* a fronte dell'impossibilità di formare un governo che riesca ad ottenere la fiducia parlamentare) ma, a fronte del verificarsi di alcuni tassativi eventi:

c1). mancato raggiungimento della fiducia iniziale da parte del Presidente del Consiglio demoeletto in due distinte votazioni;

c2). mancato raggiungimento della fiducia iniziale da parte di un governo guidato da un parlamentare eletto nelle liste collegate al Presidente del Consiglio demoeletto (nel testo indicato come «*subentrante*»);

c3). in tutti i casi di cessazione dalla carica del Presidente del Consiglio *subentrante*], vincolato. Rispetto a queste ipotesi dovrà essere sicuramente rivista, coordinandola, la disposizione sul semestre bianco (art. 88, comma 2, Cost.).

Alla luce di queste osservazioni non residuano dubbi che, qualora il d.d.l. di riforma costituzionale dovesse essere approvato senza modifiche sostanziali, il ruolo del Presidente della Repubblica nella soluzione delle crisi di governo subirebbe un drastico ridimensionamento, passando dalla situazione attuale, connotata da attivismo (talvolta necessitato dalla debolezza del

---

<sup>57</sup> Per una ricostruzione storico-comparatistica su questo argomento si rinvia a S. BONFIGLIO, *La scelta del Premier nei sistemi parlamentari*, Torino, 2023.

<sup>58</sup> Per una ricostruzione della vicenda, v. A. D'ALOIA, *Nomina dei Ministri, interessi costituzionali fondamentali, poteri del Presidente della Repubblica. Appunti a margine del caso 'Savona'*, in [Osservatorio costituzionale](#), fasc. 2/2018 (9 luglio 2018).

sistema partitico) e massima libertà di azione<sup>59</sup>, ad una funzione quasi notarile anche se non totalmente vincolata.

Invero, soltanto a seguito della cessazione dalla carica del *Premier* che era stato votato dagli elettori, il Capo dello Stato avrebbe un certo margine di scelta potendo optare tra:

(a) il reincarico;

(b) la nomina di un diverso Presidente del Consiglio, sia pure selezionato all'interno di un perimetro ben recintato, quello dei parlamentari collegati al Presidente demoeletto;

(c) lo scioglimento anticipato delle due Camere. La persistenza di un potere di scioglimento anticipato “libero” appare suffragata dall'interpretazione letterale («*In caso di cessazione dalla carica del Presidente del Consiglio eletto, il Presidente della Repubblica può [...]»*).

Ma, evidentemente, la latitudine dei poteri presidenziali di soluzione delle crisi - che ha raggiunto l'apice con gli ultimi due inquilini del Quirinale nella formazione dei Governi Letta, Conte I<sup>60</sup> e II<sup>61</sup> e nella gestione delle crisi dei Governi Berlusconi IV (con la nomina di Monti)<sup>62</sup> e Conte II (con l'incarico a Draghi)<sup>63</sup> – resterebbe, una volta divenuta operativa la riforma, solo un ricordo nei manuali di diritto costituzionale.

Non si deve, peraltro, dimenticare che l'esercizio di tali funzioni di mediazione presidenziale è (ed è sempre stata) inversamente proporzionale alla stabilità del quadro politico e che in presenza di chiare indicazioni elettorali il Capo dello Stato non è costretto ad azionare il suo intervento sussidiario e si limita a prendere atto di uno stato di fatto (così Ciampi con il governo Berlusconi I, Napolitano con il Berlusconi IV, Mattarella con Meloni);

v. il permanere di un rapporto fiduciario tra Governo e Camere che non sarebbe degradato a rapporto di consonanza, rimanendo necessaria (anche se fatico a coglierne l'utilità) la fiducia iniziale e la possibilità di sfiduciare il Governo;

vi. la definitiva archiviazione dei governi “tecnici” (quattro dal 1993 ad oggi) dal momento che i possibili *Premier*, oltre a quello eletto, potrebbero essere ricercati solo tra i parlamentari eletti in collegamento con il Presidente demoeletto e, soprattutto, dovrebbero mantenere fermo gli obiettivi programmatici su cui il Presidente demoeletto ha ottenuto la fiducia;

vii. diversamente dalle intenzioni di chi ha redatto il testo, forme di “ribaltone” sarebbero comunque possibili perché nel testo nulla esclude che il Presidente demoeletto, una volta dimessosi volontariamente o sfiduciato, formi un governo supportato da forze politiche diverse rispetto a quelle che erano a lui collegate al momento delle elezioni.

Analogamente, l'unico possibile sostituto alla Presidenza del Consiglio (necessariamente, come detto, un parlamentare eletto in collegamento al premier demoeletto), seppure vincolato a dare continuità al programma di governo, tuttavia, potrebbe ottenere il voto fiduciario da una maggioranza diversa da quella originaria.

---

<sup>59</sup> Questa libertà di azione ha da sempre costituito una differenza con l'ordinamento costituzionale tedesco nel quale i poteri del Presidente federale sono assai limitati: il *Bundespräsident* non nomina il Cancelliere ma si limita a proporre un nominativo al *Bundestag* (potere condizionato, nella prassi, dall'esistenza di un “candidato Cancelliere” nella persona del leader del partito vincitore delle elezioni o indicato dalla coalizione costituitasi dopo le elezioni) mentre i casi di scioglimento anticipato del *Bundestag* sono tassativamente individuati dall'art. 63, par. 4, del *Grundgesetz* (incapacità di trovare un Cancelliere che riesca ad ottenere la maggioranza al *Bundestag*) e dall'art. 68 del *Grundgesetz*. Sui poteri del *Bundespräsident* nella gestione delle crisi di governo, v. A. DE PETRIS, *A bridge over troubled waters? Il Presidente federale tedesco nel procedimento di formazione del Governo*, in [Rivista AIC](#), 2/2018 (5.4.2018).

<sup>60</sup> Per una ricostruzione analitica di queste vicende, si rinvia a G. CAVAGGION, *La formazione del Governo. Aspetti e problemi tra quadro costituzionale e nuove prassi*, Torino, 2020.

<sup>61</sup> Sulla formazione del governo Conte 2, v. Q. CAMERLENGO, *La forma di governo parlamentare nella transizione dal primo al secondo esecutivo Conte: verso un ritorno alla normalità costituzionale?* in [Osservatorio costituzionale](#), n. 5/2019 (10.9.2019), 13 ss.

<sup>62</sup> Per la descrizione di questa crisi, v. N. MACCABIANI - M. FRAU - E. TIRA, *Dalla crisi del quarto governo Berlusconi alla formazione del I governo Monti*, in [Rivista AIC](#), 1/2012 (22.2.2012).

<sup>63</sup> V. A. ARCURI, *Dal Conte I a Draghi. Studio sulle novità nei procedimenti di formazione dei Governi della XVIII legislatura*, in *Quad. cost.*, n. 1/2022, 17.

A parere di chi scrive gli aspetti di maggiore debolezza del testo di riforma in questo stato embrionale sono da ricercarsi, da un lato, nell'assenza di robusti contrappesi (i *checks and balances* dei *Founders* nordamericani) allo strapotere del Presidente del Consiglio e, dall'altro, nell'eccessiva rigidità di una forma di governo così strutturata.

Quanto al primo punto è evidente che l'oggettivo depotenziamento del Capo dello Stato come solutore delle crisi di governo, l'assenza di correttivi volti a riequilibrare il rapporto Governo/Parlamento (sbilanciato, come visto, dalla parte del Gabinetto tramite l'utilizzo abnorme di decretazione d'urgenza, deleghe legislative, questioni di fiducia e maxiemendamenti) e la mancata previsione di garanzie per le opposizioni (quali, ad esempio, la *saisine parlementaire* e la facoltà di richiedere l'istituzione di commissioni di inchiesta da parte di una minoranza qualificata nonché l'innalzamento a 3/5 del *quorum* per eleggere il Presidente della Repubblica dopo il terzo scrutinio) finirebbero per potenziare il vertice dell'Esecutivo con modalità ignote agli ordinamenti costituzionali dell'Occidente.

In ordine, invece, al secondo punto si osserva che l'eccessiva rigidità degli istituti di razionalizzazione della forma di governo nuoce al funzionamento delle democrazie perché rischia di portare al voto con eccessiva frequenza, aumentando la distanza tra governanti e governati. Inoltre, condizionare l'unica possibile ipotesi di sostituzione del Primo ministro eletto al rispetto delle linee programmatiche sulle quali questi aveva ottenuto la fiducia appare davvero inspiegabile perché anche nel breve volgere di un semestre potrebbero mutare le condizioni economiche, presentarsi dei fenomeni naturali (come è stata la pandemia Covid19) o affacciarsi questioni di politica estera/difesa che richiedono un drastico mutamento del programma di governo.

#### 6. Le indicazioni per il futuro premierato elettivo deducibili dalla prassi applicativa dell'elezione diretta del Presidente regionale

Il premierato elettivo nella versione che il Governo Meloni affida alla discussione delle Camere presenta alcune differenze rispetto al neoparlamentarismo sperimentato nelle Regioni ma anche numerosi tratti comuni che portano a ritenere che si possano considerare, biologicamente, specie diverse all'interno di uno stesso genere, quello del parlamentarismo razionalizzato.

Analizziamo, dunque, i caratteri comuni:

a) a condivisione delle dinamiche legate alla c.d. presidenzializzazione dell'Esecutivo, processo in atto in quasi tutti i regimi parlamentari che si estrinseca in un ruolo dominante del vertice monocratico della compagine governativa (non solo all'interno della compagine ministeriale ma anche all'interno del sistema dei partiti) e in una spiccata personalizzazione del voto<sup>64</sup>;

b) l'elezione a suffragio universale e diretto del vertice dell'Esecutivo a turno unico, senza ballottaggio;

c) il sistema elettorale proporzionale caratterizzato da un premio di maggioranza che porta in dote alle liste collegate al Presidente eletto il 55% dei seggi;

d) la previsione che all'elezione diretta del vertice del potere Esecutivo si accompagni un "meccanismo di stabilizzazione" il cui obiettivo è impedire la formazione di governi guidati da un *leader* politico diverso da quello che ha ottenuto la legittimazione dalla maggioranza dei cittadini/elettori. Nella forma di governo regionale neoparlamentare detto meccanismo è rappresentato da un istituto, il *simul simul*, che non conosce eccezioni e, quindi, ogni ipotesi di cessazione del Presidente porta allo scioglimento anticipato del legislativo e alle urne. Nel

---

<sup>64</sup> Assai centrata mi sembra la descrizione del fenomeno data da C. FUSARO – T. TAKAHASH, *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee: il caso del Giappone*, in A. Di Giovine – A. Mastromarino (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, 2007, 287, i quali parlano di uno "spostamento da uno schema nel quale la politica di governo e prima ancora quella elettorale erano dominate dal partito politico a uno nel quale il leader di partito tende a diventare forza politica relativamente autonoma".

premierato elettivo vi è un *simul simul* attenuato dal momento che alla necessaria compresenza dei due organi che ricevono la legittimazione popolare (capo dell'Esecutivo e Legislativo) è prevista un'unica deroga, che consentirebbe di dare vita ad un governo capeggiato da un parlamentare eletto in collegamento con il Primo ministro ma obbligato a portare avanti il suo stesso programma.

Invero, l'elemento di maggiore differenziazione tra i due sistemi consiste nella necessità per il Governo statale (nella sua interezza, si badi) di ottenere l'investitura fiduciaria per entrare in carica, passaggio che è stato eliminato nella forma di governo regionale neoparlamentare a seguito delle decise prese di posizione della Corte costituzionale nelle sentenze sugli statuti della Calabria ([n. 2 del 2004](#)), della Toscana ([n. 372 del 2004](#)), dell'Emilia-Romagna ([n. 379 del 2004](#)) e dell'Abruzzo ([n. 12 del 2006](#)). Afferma, infatti, la Corte nella [sentenza n. 379/2004](#) (cons. dir. n. 9) che: “*Nel caso che venga scelto, come fa la delibera statutaria in oggetto, il sistema della elezione a suffragio universale e diretto del Presidente della Regione, ciò ha quale sicura conseguenza l'impossibilità di prevedere una iniziale mozione di fiducia da parte del Consiglio*”.

Pertanto, con tutti i distinguo del caso, anche legati alle caratteristiche del sistema istituzionale nazionale (Capo dello Stato con rilevanti funzioni di garanzia; parlamento bicamerale; ministri dotati di ampi margini di manovra e di condizionamento come i titolari dell'Economia e della Giustizia), è possibile immaginare che alcuni dei punti di forza della forma di governo regionale, come sopra descritti, si possano replicare anche al livello statale:

- il *simul simul* “attenuato” dovrebbe certamente assicurare stabilità all'Esecutivo grazie alla sua struttura genetica che prevede una sola ipotesi di sostituzione del Presidente del Consiglio democraticamente eletto e rende indigeribili (prospettando lo spauracchio del ritorno alle urne) ai partiti che compongono la maggioranza le crisi di governo. E che la stabilità di governo e la rapidità del processo decisionale - sia pure senza comprimere «*la rappresentatività dell'assemblea parlamentare*» - siano obiettivi costituzionalmente legittimi lo ha affermato la stessa Corte costituzionale nella [sentenza n. 1 del 2014](#);

- l'elezione diretta dovrebbe garantire la preminenza sia giuridica che politica del Presidente del Consiglio (vero Primo ministro) nei confronti degli altri ministri anche in assenza di una espressa attribuzione del potere di nomina e revoca dei componenti del Gabinetto. Restano, peraltro, alcuni nodi da sciogliere per una vera preminenza politica del vertice dell'Esecutivo: la debolezza dei partiti in questa fase della Repubblica e la reversibilità dei rapporti di forza tra essi causata da forti oscillazioni nel consenso elettorale; l'ampiezza dei governi coalizionali; il mancato accentramento nel Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (DAGL) presso la Presidenza del Consiglio della progettazione dei testi normativi del Governo o quantomeno di un vero controllo su di essi (che continuano ad essere redatti dagli uffici legislativi dei singoli ministeri)<sup>65</sup>;

- ad essere accresciuta sarebbero sicuramente la visibilità e il prestigio del Presidente del Consiglio. Questo soprattutto sul versante interno perché a livello internazionale la credibilità di un Primo ministro non è certo legata alle modalità della sua elezione;

- quanto, infine, all'acquisizione, da parte del corpo elettorale, del potere “di determinare col suo voto esiti certi”, questo effetto dipenderà dalle modifiche che saranno apportate alla legge elettorale per le due Camere per tradurre in termini operativi le nuove indicazioni costituzionali sul premio di maggioranza.

Simmetricamente, l'applicazione della forma di governo sperimentata dal 1999 su scala regionale al livello statale potrebbe trascinare con sé alcune delle sopra evidenziate criticità:

#### *i. la marginalizzazione del Legislativo*

Su questo punto si deve evidenziare che, a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, il potere legislativo ha gradualmente perduto, a vantaggio del potere governante, la centralità nel sistema istituzionale italiano, che aveva raggiunto l'espansione massima negli anni Settanta. Si tratta di un processo che pare inarrestabile, già concretizzatosi nelle altre democrazie occidentali e collegato al

---

<sup>65</sup> Si v. sul punto P. BONETTI, *Il coordinamento della progettazione degli atti normativi del Governo: problemi e prospettive*, in [Astrid Rassegna](#), fasc. n. 58/2009, 1 ss.

pieno sviluppo dello stato democratico-sociale nonché alla necessità di prendere decisioni sempre più rapide in molti contesti<sup>66</sup>.

Il graduale passaggio dalla perdita di centralità alla marginalizzazione è iniziato nell'ultimo decennio del XX secolo e si è estremizzato nella XVIII legislatura (2018-2023)<sup>67</sup>. Il sintomo principale della patologia è rappresentato dall'affermazione della signoria del Governo sulle fonti normative, affermatasi per mezzo di diversi strumenti:

a) la progressiva atrofizzazione della legge parlamentare come fonte principale del diritto a beneficio degli atti governativi con forza di legge (decretazione d'urgenza e delegazione legislativa). Anche tale processo (anche denominato "*fuga dalla legge*") era in corso da tempo<sup>68</sup> e non ha conosciuto interruzioni (anzi si può dire il contrario) nemmeno durante i governi "*tecnici*" che si sono succeduti dal 1993 ad oggi (Ciampi, Dini, Monti, Draghi);

b) il frequente ricorso alla questione di fiducia (principalmente in sede di conversione dei decreti legge e di legge di bilancio) e alla tecnica dei maxiemendamenti<sup>69</sup>;

c) la "frantumazione legislativa", fenomeno con cui si intende la disorganicità e l'eterogeneità dei contenuti della normazione primaria che colpisce sia la legislazione parlamentare (si pensi non solo alla legge di bilancio ma anche alla legge comunitaria e a quella sulla concorrenza) che i decreti-legge (sempre più *omnibus*);

d) il monocameralismo di fatto, termine con cui si individua la prassi che ha portato a svolgere l'istruttoria del procedimento legislativo in una sola delle due assemblee approvando un testo di fatto non emendabile (per volontà della maggioranza) nell'altra. Tale prassi si è manifestata sia nella conversione dei decreti-legge sia nell'approvazione della legge di bilancio.

## ii. *L'eccessiva rigidità istituzionale*

L'adozione di una forma di governo nella quale il Primo ministro non può essere, di fatto, sostituito e qualunque evento porti alla sua cessazione dalla carica conduce a nuove elezioni rende un sistema politico ontologicamente rigido.

Chi scrive è convinto del fatto che sia inopportuno replicare una simile ingessatura al livello nazionale e che occorra lasciare libera la formazione dei governi, come accade in quasi tutte le altre democrazie occidentali che praticano forme di governo di tipo parlamentare.

I governi tecnici e di unità nazionale che hanno contraddistinto la nostra storia istituzionale dopo il crollo del sistema di partiti che hanno scritto ed attuato la Costituzione sono un esempio di come la libertà di formare governi sostenuti da partiti che alle elezioni si erano programmaticamente contrapposti possa essere una risorsa. Essi sono stati additati dalle forze politiche come il male assoluto ma sono stati necessari per approvare riforme (come ad es. la riforma delle pensioni nel governo Monti) e adottare provvedimenti di contenimento della spesa/aumento delle entrate che i partiti assai difficilmente avrebbero potuto far digerire al proprio elettorato. Mi spingo a dire che anche il governo Lega-Cinquestelle è una dimostrazione della vitalità di un sistema parlamentare aperto.

Tornare ripetutamente al voto in un breve lasso di tempo può accentuare le divisioni e rendere assai difficile la formazione di governi stabili come dimostrano i recenti esempi della Spagna e della Grecia (ove dal 2015 ad oggi i comizi elettorali sono stati convocati per cinque volte in otto anni).

---

<sup>66</sup> Si leggano, sulla centralità del potere governante nelle moderne democrazie occidentali, le magistrali pagine di G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, II ed., Milano, 2001, soprattutto 91 ss.

<sup>67</sup> Si v., su questo tema, M.G. RODOMONTE, *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?* in [Nomos](#), n. 3/2021, 1 ss.

<sup>68</sup> V. i numerosi contributi del volume a cura di R. ZACCARIA, *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, 2011.

<sup>69</sup> Cfr. N. Lupo (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, Padova, 2010, e, più recentemente, la monografia di G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Napoli, 2018.

Mi sembra utile ricordare, inoltre, che i tentativi di imporre il bipolarismo forzosamente attraverso il sistema elettorale (dapprima con il *Mattarellum* e poi con il *Porcellum*) sono miseramente falliti.

Volendo mantenere un rapporto diretto con gli elettori si potrebbe ricorrere all'introduzione del *recall*, istituto di revoca popolare del Governatore previsto in molti Stati della Federazione americana<sup>70</sup> e nelle Costituzioni (presidenziali) di Messico (dal 2019), Colombia e Bolivia. Pensando, invece, di attenuare la portata del *simul simul* un correttivo idoneo a garantire la dinamicità del sistema potrebbe essere la sfiducia costruttiva (prevista negli ordinamenti costituzionali di Germania e Spagna), che impedisce di aprire una crisi al buio e obbliga ad avere già individuato un nuovo candidato alla Presidenza del Consiglio<sup>71</sup>.

### iii. *L'incapacità di impedire i "ribaltoni"*

Come si è già *supra* evidenziato, nemmeno un sistema ultrarigido come quello neoparlamentare è in grado di evitare che, nel corso della legislatura, si possano verificare mutamenti negli equilibri interni alle coalizioni e che si formino maggioranze di governo diverse rispetto a quelle premiate dagli elettori nei seggi (Sicilia *docet*).

Nella forma di governo regionale è sufficiente che il Presidente revochi gli assessori dei partiti che hanno deciso di uscire dalla coalizione con esponenti dei partiti che si sono accordati per entrarvi. Eventuali sanzioni sono solo di natura politica.

Similmente, nel testo di premierato elettivo che sarà discusso dalle Camere è previsto che il Presidente del Consiglio eletto e che è cessato dalle funzioni (ad esempio a seguito di dimissioni) possa essere reincaricato. Ma non si ipotizza (e sarebbe tecnicamente impossibile farlo) il mantenimento della stessa maggioranza uscita dalle urne. Quindi, una volta dimessosi o sfiduciato, il *Premier* demoeletto potrebbe cercare i voti per la sua conferma anche tra i partiti che erano, dopo le elezioni, all'opposizione. Analogo discorso vale per il possibile *Premier* di riserva, il quale dovrebbe provenire dalle fila dei parlamentari eletti in collegamento con il Presidente demoeletto ma ben potrebbe coagulare una maggioranza diversa da quella iniziale sia pure dovendo portare a compimento un programma già approvato: ma, anche in questo caso, il vincolo è solo di natura politica e non giuridica.

## 7. Conclusioni

Nelle pagine di questo contributo abbiamo cercato di capire quali elementi di riflessione per il progetto di premierato elettivo, recentemente licenziato dal Consiglio dei ministri e in attesa di essere esaminato dalle Camere, possano venire dalla pratica ventennale del neoparlamentarismo in sede regionale.

Invero, se pure qualche differenza sussiste, i due sistemi di governo sembrano condividere i medesimi elementi strutturali ossia il collocarsi all'interno della tendenza alla presidenzializzazione degli esecutivi, l'elezione diretta del vertice dell'Esecutivo a turno unico, un premio di maggioranza del 55% dei seggi disponibili per le liste collegate al Presidente eletto, un meccanismo di stabilità per impedire che, in corso di legislatura, il Presidente possa essere sostituito.

Se è così, possiamo ritenere che, per un verso, si potrebbero estendere al premierato elettivo alcuni dei capisaldi evidenziatisi nella prassi regionale dal 1999 ad oggi: la stabilità dei governi, la preminenza politica e giuridica del Presidente rispetto agli altri componenti del Gabinetto, la

---

<sup>70</sup> V. A. DE PETRIS, *Da «We the people» a «Hasta la vista, Davis!»: origini, evoluzione e profili di costituzionalità del recall negli ordinamenti degli Stati Uniti*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2004, 1833 ss.

<sup>71</sup> Sulla storia e l'impatto dell'istituto nel costituzionalismo tedesco, v. M. FRAU, *Le origini weimariane del voto di sfiducia costruttivo e la prassi applicativa dell'istituto nell'ordinamento costituzionale tedesco*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012 (24.7.2012).

visibilità e il prestigio del capo del governo, l'acquisizione da parte del corpo elettorale della capacità di determinare (almeno all'inizio della legislatura) non solo il vertice dell'Esecutivo ma anche le maggioranze di governo.

D'altra parte, il premierato elettivo - per come delineato nel disegno di legge costituzionale di iniziativa governativa - oltre ad accentuare il fenomeno (già in avanzato stato di realizzazione) della marginalizzazione del Parlamento nella definizione delle politiche pubbliche e della legislazione, condividerebbe con il neoparlamentarismo una forte rigidità istituzionale e non parrebbe in grado di impedire mutamenti nelle maggioranze di governo in corso di legislatura.

E, tra le segnalate criticità, soprattutto la rigidità istituzionale (voluta, nella misura in cui mira ad impedire che le indicazioni espresse dal corpo elettorale sul capo del governo e sulla sua maggioranza non siano disattese dai partiti in corso di legislatura) appare, a chi scrive, il punto di maggiore vulnerabilità di siffatta *governance* perché l'estrema litigiosità e frammentazione del nostro sistema partitico (attestata dalla costante numerosità dei gruppi parlamentari<sup>72</sup> e dai ripetuti episodi di transfughismo<sup>73</sup>), cui né le leggi elettorali che si sono succedute dal 1993 né cospicui premi di maggioranza sono stati in grado di porre un freno, potrebbe portare a frequenti ritorni alle urne con ripercussioni sulla già calante partecipazione al momento elettorale.

Senza dimenticare che i tanto vituperati governi "tecnici" e di unità nazionale (che la riforma si sforza di archiviare) hanno avuto l'indubbio merito di tranquillizzare i mercati finanziari sull'affidabilità del nostro Paese e di rammendare una gestione della finanza pubblica che, a partire dagli anni Ottanta (nel 1981 il debito pubblico italiano si trovava al 60% del Pil, anche grazie agli acquisti di titoli di stato da parte della Banca d'Italia), è stata spesso irresponsabile, consentendoci di rimanere all'interno dell'area Euro e di evitare cure draconiane simili a quelle imposte dalle istituzioni internazionali (FMI, BCE ed Eurogruppo)<sup>74</sup> alla Grecia per ottenere aiuti ed evitare il fallimento.

Inoltre, senza voler fare alcuna agiografia di questa tipologia di governo (che costituisce una delle peculiarità della forma di governo italiana post Guerra Fredda), va evidenziato come, in tutti i casi in cui si è ricorso ad un governo a guida non politica, le necessità congiunturali (che hanno mosso l'azione del Presidente della Repubblica nel promuovere siffatte compagini governative) si siano sposate con le convenienze degli stessi partiti (nessuno escluso), che hanno potuto scaricare su di essi le colpe di sacrifici e di maldigerite (dal corpo elettorale) imposizioni fiscali e/o previdenziali.

Cercare di porre un rimedio alla frammentazione e alle fratture di un sistema partitico caotico e composito come quello italiano blindando la coalizione che ha espresso il Presidente del Consiglio designato dagli elettori ed impedendo la formazione di maggioranze alternative in corso di legislatura appare, nella prospettiva del governo parlamentare, un errore paragonabile al pensare di eliminare un virus con gli antibiotici.

E, per concludere, ci affidiamo alle parole di Mirkine-Guetzevitch che, nel 1950, così ammoniva: *"Il problema della stabilità di governo non è un problema costituzionale: nessuna legge, nessuna regola rigida la può realizzare se la vita politica di un paese non offre le condizioni necessarie"*<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Si possono, a tal fine, riportare alcuni dati sulla consistenza dei gruppi parlamentari (diversi dal Misto) nelle diverse legislature, rinvenibili nel [sito](#) storico della Camera dei deputati: nella I legislatura si è arrivati a contare 8 gruppi; alla conclusione della V (maggio 1972) si registravano 9 gruppi; al termine della X (aprile 1992) si contavano 11 gruppi; nella XV legislatura si sono contati fino a 14 gruppi; la XVIII si è chiusa con 8 gruppi ma ben 9 componenti del Misto (nel quale erano affluiti 107 deputati).

<sup>73</sup> Secondo i dati riportati da Openpolis ([www.openpolis.it](http://www.openpolis.it)), i cambi di gruppo totali nella XVIII legislatura sono stati 456 (297 alla Camera e 159 al Senato) ed hanno visto coinvolti 217 deputati e 87 senatori.

<sup>74</sup> Nel linguaggio dei media la "trojka".

<sup>75</sup> B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Le régime parlementaire dans les récentes Constitutions européennes*, in *Revue internationale de droit comparé*, fasc. 2-4/1950, 613.

Daniela Tarantino

**“Questo matrimonio non s’ha da fare”. The introduction of civil marriage in Italy, France and Spain between the Catholic Church's reactions and State legislation\***

**ABSTRACT:** *Pre-Unitarian Italy struggled to implement the formalization of marriage mandated by the Council of Trent. The push for civil marriage over religious marriage caused tension with the Church. Italy aimed to assert its secular sovereignty post-unification, differing from France and Spain in their approaches to regulating matrimonial matters.*

*L'Italia preunitaria ha faticato ad attuare la formalizzazione del matrimonio voluta dal Concilio di Trento. La spinta per il matrimonio civile rispetto al matrimonio religioso ha causato tensioni con la Chiesa. L'Italia mirava ad affermare la propria sovranità secolare post-unitaria, differenziandosi da Francia e Spagna nell'approccio alla regolamentazione delle questioni matrimoniali.*

SUMMARY: 1. Civil marriage in Italy: from the pre-unification period to the liberal State. – 2. The "subsidiary" civil marriage system in Spain. – 3. Civil and religious rite in France. – 4. Concluding reflections.

1. *Civil marriage in Italy: from the pre-unification period to the liberal State*

“Questo matrimonio non s’ha da fare, né domani, né mai”<sup>1</sup>.


This was the phrase said by the “bravo” in the ears of Don Abbondio in a solemn tone, to prevent Renzo and Lucia from getting married “justly”. And indeed, from a historical-legal point of view, the introduction of civil marriage as the only legitimate institution for the recognition of marital status by secular law, seems to echo Manzoni's words, referring to the matrimonial discipline contemplated by the laws of various countries of 19th century Europe, this would have inevitable consequences not only in the legal sphere, but also in the relations between Church and State.

Moreover, marriage, as the foundation of the family understood as a natural society by Article 29 of the Constitution, is not only a legal act, but also a human and social fact, an act from which moral and emotional relationships arise, as the Roman jurist Modestino himself noted:

*«nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio»*<sup>2</sup>.

A phenomenon, therefore, in which the law is interested, but which pre-exists the law itself, since it is its source. In Italy, the legal profiles of the family in general, and of marriage in particular, have always constituted a reason for intense debate in the political and legislative panorama, also because of the numerous religious and ethical implications that derive from them, and which have historically determined their regulation. With the Council of Trent in 1563, the process of regulating marriage was completed with the precise indication of the legal forms necessary for the celebration of a valid marriage, and for a long-time marriage was regulated according to the rules of the Catholic Church, while the State claimed the right to regulate the relationship. In Italy, this process did not take place until 1865, when civil marriage was introduced and represents the only form of bond valid for all citizens, so much so that its regulation constitutes one of the postulates of the secularism of the modern State, which did not intend to sacrifice the freedom of the Church and of believers, but rather to ensure citizens equal opportunities to build a legitimate family outside of confessional relations<sup>3</sup>.

During the Restoration, with Napoleon's downsizing of private law institutes and the “return to the past”, the “secularising” will of the more moderate monarchies - which considered the French codicic experience as the most effective means to consolidate their power and at the same time to achieve a

\*  The contribution reproduces the text of the report, with the appropriate additions and notes, held at the Annual Conference 2021 of European Academy of Religion (EuARE) “Religion and Change” (Münster, Germany, from Monday, August 30 to Thursday, September 2). Thanks to Azzurra Barbieri for the translation.

<sup>1</sup> A. MANZONI, *I promessi sposi*, Capitolo I, Milano, 1825, 27.

<sup>2</sup> D.23.2.1 Mod.1 reg.180.

<sup>3</sup> Cfr. A. FASANO, *La famiglia e il matrimonio*, nel sito [Giappichelli](#), 6-7.



desirable 'nationalisation' of the law - was temporarily put aside in order to move towards a model of regulation of family matters in general and matrimonial matters in particular, based on traditions that had never been entirely forgotten, allowing a return to more relaxed relations with the Church<sup>4</sup>. The Napoleonic codification did not succeed in profoundly changing the foundations of the family tradition that had always permeated its regulation, both because of the short period of its validity and because of the influence of Church law, which was especially visible in matters of divorce and property regimes, where it was more difficult to adapt to customs and principles that were contrary to or in any case distant from deeply rooted religious convictions. With the fall of the Napoleonic regime, the secularisation of marriage subsided, and canon law and the rules of the Council of Trent once again became the reference law for marriage. Each State had its own rules, but they all followed an inspiring principle, recognising that the Church had full jurisdiction over everything to do with marriage. The Albertine Code, adopting the sacrament-contract theory, made the civil effects of marriage dependent on the celebration of the religious rite.<sup>5</sup>, whereas the Code of the Kingdom of the Two Sicilies of 1819 had already attributed civil effects to canonical marriages if the couple had carried out a series of civil formalities, before and after the marriage<sup>6</sup>. In both codes, the idea of civil marriage was completely abandoned, and divorce gave way to separation, the only remedy for the impossibility of continuing cohabitation<sup>7</sup>.

In the Duchy of Modena and Reggio, the law of 8 May 1841 already excluded all interference by secular magistrates in matrimonial cases, with the exception of that relating to civil effects, emphasising in its Preamble that the Duke had acted after consulting with the Pope and, therefore, manifesting a sort of ante literam concordat mentality<sup>8</sup>. The natural consequence of this legislation was the formulation and promulgation, in October 1851, of the Code by Francis V, which left the nuptial rites to the Church, following the Parma Code, and the tolerated cults to celebrate them according to their own rites. Articles 73 and 74 were limited to the civil effects of marriage and therefore established the formalities that had to precede the celebration, their validity, the resulting rights, and duties, delegating the regulation of family separation to the ecclesiastical courts and leaving intact the jurisdiction of the ordinary courts in the area of assets.

From the 1850s onwards, the lack of a single matrimonial law valid for all the States making up the Peninsula had led public opinion to be divided between supporters of the Austrian system, inspired by the principle of the widest respect for State rights and based on the establishment of different disciplinary regimes according to the religious denomination to which they belonged, and the

<sup>4</sup> For a synthetic and effective fresco on the evolution of the marriage institution in Italy during the restoration cfr. F. SCIARRA, *Il matrimonio nell'Ottocento italiano fra potere civile e potere ecclesiastico*, in *Historia et ius*, 9/2016, paper 21.

<sup>5</sup> Art. 108 provided for the celebration of the marriage «giusta le regole e colle solennità prescritte dalla Chiesa Cattolica», except for non-Catholics and Jews for whom the celebration took place according to the rules dictated by civil law. it was entirely left to the Church the discipline inherent in the form of the celebration of marriage, the solemnities to be respected, the impediments and the capacity of the nubendi (for further information on the theme cfr. G. PONCINI, *Commenti sul Codice civile ossia Codice civile spiegato e ragionato*, Torino, 1840; for an effective historical-juridical fresco on the Piedmontese codification cfr. G. S. PENE VIDARI, *Studi sulla codificazione in Piemonte*, Torino, 2007).

<sup>6</sup> «Il matrimonio che nel regno delle Due Sicilie non sarà celebrato in faccia della Chiesa colle forme prescritte dal Concilio di Trento, non produce effetti civili né riguardo a' coniugi, né riguardo a' loro figli. non gli produce egualmente, se sarà celebrato in faccia della Chiesa, senza che sien preceduti gli atti necessarj che si enunciano dall'art. 68 all'art. 81. i giudici competenti degli effetti civili sono i tribunali ordinarij» (F. MAGLIANO – F. CARRILLO, *Commentarij sulla prima parte del Codice per lo Regno delle Due Sicilie relativa alle leggi civili*, Napoli, 1819, art. 189, 325-326). Among the acts following the religious celebration and indispensable for the purpose of producing civil effects was the transcription of the marriage act in the kept registers of civil status.

<sup>7</sup> Cfr. *Codice per lo Regno delle Due Sicilie* [1819], Napoli, 1844, *Parte I, Leggi civili*, artt. 217-233, 20-21; *Codice civile per gli Stati di S.M il Re di Sardegna* [1837], Torino, 1846, artt. 140-144, 26.

<sup>8</sup> «La legge limita le sue disposizioni intorno il matrimonio agli effetti civili. a questo fine determina le formalità che debbono precedere la celebrazione, la loro validità, i diritti ed i doveri che ne risultano» (*Codice Civile per gli Stati Estensi*, Modena. 1851, art. 73, 16); «il matrimonio si celebra tra cattolici secondo le regole e colle solennità della Chiesa Cattolica. il matrimonio tra coloro che professano culti tollerati si celebra giusta i riti dei rispettivi loro culti» (*ibid.*, art. 74, 16).

supporters of the Piedmontese model, in which the celebration of marriages for Catholics was left entirely to the Church and that of non-Catholics to the State, the latter limiting itself, with regard to Catholics, to regulating the civil consequences of the bond<sup>9</sup>. The ideas of the Risorgimento, aimed at freeing the State from the power of the Church, reopened the debate on the appropriateness of introducing civil marriage and the possibility of the dissolution of the bond for reasons other than death.<sup>10</sup> In this climate, on 12 June 1852, the draft law on marriage and civil status reform signed by the Minister of Justice Carlo Boncompagni di Mombello was presented to the Piedmontese Chamber.<sup>11</sup> The bill, reaffirming the contractual theory of the marriage bond, stated in Article 1 that: "marriage is a contract; it therefore prescribes the forms of its celebration; it lays down the qualities and conditions of the person entering into it, its validity and the civil effects deriving therefrom"<sup>12</sup>. The draft was rejected by the Senate in the session of December 6, 1852, mainly because of the influence exerted on public opinion by the firm opposition expressed by the Catholic world, contrary to a reform that would have led to the downsizing of the hitherto exclusive ecclesiastical jurisdiction in matrimonial matters<sup>13</sup>. Catholic society made its voice heard through an exchange of letters between Pius IX and Victor Emmanuel II. The Pontiff, after reading the decree and the presentation of the Keeper of the Seals, wrote on 2 July 1852 to Vittorio Emanuele stressing that the new law was not "Catholic" and stating that.

«In a Catholic state, such as Piedmont, the Minister seems ashamed that matrimonial legislation is based on the Catholic concept of marriage-sacrament»<sup>14</sup>.

The Pontiff then continued, branding the bill as "a new seed of calamity". The indignation for the new law among the Catholics was general, so much so that petitions of protest were promoted, and the sovereign tried in vain to protect the bill, through a prolific correspondence with the Pontiff in order to illustrate the goodness of the choice of state, but the Pope returned to forcefully reaffirm the sacred character of Christian marriage and ecclesiastical authority in the matter, therefore the

---

<sup>9</sup>It was clearly in this political and cultural climate that the Church's drive towards the exclusive "dominion" of the entire matrimonial matter was strong. In the Catholic context, the voice of Antonio Rosmini who opposed the introduction in Piedmont of a matrimonial law not in conformity with Catholic doctrine was particularly distinguished (cfr. A. ROSMINI, *Opere edite e inedite, aggiuntovi un ragionamento sul bene del matrimonio cristiano*, Milano, 1938).

<sup>10</sup> These were the years in which the school reorganization was voted, going towards the marginalization of ecclesiastical power in the field of public and private education; in which the Siccardi laws accentuated the separation between Church and State obtaining the abolition of ecclesiastical immunity and religious orders not dedicated to assistance and education; the years of journalistic campaigns for and against the temporal power of the Pontiff, in which anticlericalism showed itself in all its forms (cfr. C. MIRTO, *Indissolubilità del matrimonio e laicità dello Stato*, in *AIAF Rivista dell'Associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori*, 1/2014, 7-8).

<sup>11</sup> Carlo Boncompagni di Mombello (Turin 25 July 1804-14 December 1880) was Minister of Grace and Justice from 21 May to 4 November 1852 with the government chaired by M. D'Azeglio and held the same position with the Cavour government until 27 October 1853, He was later elected Speaker of the House. (for further information cfr. F. TRANIello, *v. Boncompagni di Mombello*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. XI, Roma, 1969, 695-703).

<sup>12</sup> The project also considered that the dissolution was possible only by the death of one of the spouses, reaffirming the indissolubility of the bond, since it considered that this element ensured that the «benefica influenza che il matrimonio deve esercitare nella nostra condizione sociale».

<sup>13</sup>The concerns of the Church regarding the desire to «take away from the clergy the registers of civil status», were forcefully expressed by the bishops of the ecclesiastical province of Chambéry in a Declaration of Principles to be published in all the parishes of the province, in which on the one hand the Boncompagni bill was defined as unconstitutional, immoral, antisocial and anti-Catholic » (*Dichiarazione dei Vescovi della provincia ecclesiastica di Ciambèri relativa al progetto di legge sul matrimonio civile*, excerpt from the newspaper *l'Armonia*, Genova s.d., 7.); on the other hand, it was proposed to impose the penalty of the *latae sententiae* excommunication on the faithful subject to their jurisdiction who had contracted marriage differently from the prescribed form by the Church, who would have been deprived of participation in the sacraments in life and at the time of death, unless they had proceeded to canonically validate the marriage or had separated from the person deemed concubine by the Church (cfr. *ibid.*, 15-16).

<sup>14</sup> PIO IX, *Lettera di Sua Santità Pio IX a Sua Maestà Vittorio Emanuele*, in G. AUDISIO, *Questioni politiche. Il matrimonio e la ragion di Stato*, 88-92. Sul punto cfr. anche E. VITALE, *Il tentativo di introdurre il matrimonio civile in Piemonte (1850-1852)*, Roma, 1951, 107 ss.

sovereign, not wanting to upset the balance State-Church, intervened politically to facilitate the withdrawal of the bill<sup>15</sup>.

The controversies that developed at the time in the Savoy Kingdom lasted well beyond the rapid rejection of the Boncompagni bill, proposing itself vividly in the elaboration of the new unitary civil code, when the Minister of Grace and Justice Giovanni Battista Cassinis, in the wake of the favourable opinions expressed by the legal practitioners on the introduction of civil marriage, presented to the chamber on 19 June 1860 a project (also later shelved) in which it was established that the law should consider marriage solely in civil relations and, while respecting the duties imposed by religion, in the interest of society it should determine the conditions under which marriage is to be contracted, the form to be respected for the validity and effectiveness of the nascent relationships<sup>16</sup>. In this regard, Carlo Francesco Gabba, between 1861 and 1862, in his studies leading to the civil codification of matrimonial matters stated that it was necessary to introduce as soon as possible in civil marriage in Italy, accepting the doctrine elaborated by Pothier on the contractual nature of the bond, inviting his colleagues to take a position on this with the intention of gradually adapting the structure of marriage to the needs of the new society and advocating a change in the institutional relations between the Church and the State<sup>17</sup>.

The Church's reaction to this proposal was not long in coming. In 1861 the bishops of the Marche signed a document in which, referring to the letter of Pius IX of 19 September 1852, openly expressed their concern about a bill that would greatly erode the ecclesiastical jurisdiction in matrimonial matters, provoking the undue interference of the State in a matter that did not fall within its authority given the sacramental nature of the bond, strenuously defended by the Marches episcopate, which at the same time condemned the falsity of the doctrines according to which the regulation of marriage should have been the exclusive object of civil jurisdiction<sup>18</sup>. This debate once again highlighted the depth of concern about the regulation of civil marriage, how decisive was the influence of the ecclesiastical magisterium on the subject and how much this question more than others - being a matter common to canon law and state law - could generate divisions and contrasts in public opinion, becoming one of the central themes in the preparatory projects of the future unitary civil code<sup>19</sup>. It was no coincidence, therefore, that Giuseppe Pisanelli, then Guardasigilli and from then on the main

<sup>15</sup> Cfr. G. ZICHI, *I cattolici sardi e il Risorgimento*, Milano, 2015<sup>2</sup>, 242.

<sup>16</sup> Cfr. *Lavori preparatori del Codice Civile del Regno d'Italia*, II, parte I, *progetto di revisione del Codice civile Albertino presentato al Parlamento dal Ministro di Grazia e Giustizia G. B. Cassinis*, titolo VI, art. 104. On the contribution made by the Cassinis project to the regulation of family law at the beginning of the unit cfr. S. Solimano, «*Il letto di Procuste*». *Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano, 2003, 280-291. On the fundamental role played on the subject by the major periodicals of the time cfr. C. VALSECCHI, *In difesa della famiglia? Divorzisti e antidivorzisti in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2004, 1-131; on the doctrinal positions held on the subject by the main jurists of the second half of the nineteenth century cfr. F. SCIARRA, *Il matrimonio nell'Ottocento italiano*, cit., 8-11.

<sup>17</sup> Cfr. C. F. GABBA, *Studi di legislazione civile comparata in servizio della nuova codificazione italiana*, Milano, 1862, 200-284.

<sup>18</sup> 9 Cfr. *Sul progetto di matrimonio civile. I vescovi delle Marche*, Senigallia 1861. Strong criticism of this project was moved by Carlo Francesco Gabba who, between 1861 and 1862 in his studies prior to civil codification, dealing with matrimonial matters stated that it was necessary to introduce as soon as possible in civil marriage in Italy, accepting the doctrine elaborated by Pothier on the contractual nature of the bond, inviting his colleagues to take a position on this with the intention of gradually adapting the structure of marriage to the needs of the new society and advocating a change in the institutional relations between the Church and the State (cfr. C. F. GABBA, *Studi di legislazione civile comparata*, cit., 200-284 e ID., *Intorno al matrimonio civile*, in *Il Monitore dei Tribunali*, V, 1864, 553-561).

<sup>19</sup>The succession of controversies between parliamentarians and jurists of the opposing factions led to the preparation of a new proposal made by the Tuscan lawyer Andreucci, then supported also by deputy Giambattista Giorgini, which was articulated in four points, providing for the possibility of choosing between the celebration of marriage according to the conditions, forms and effects prescribed by the religion professed by the Nubendites, and the contracting of marriage exclusively in the civil form, while it is up to the state legislator in both cases to establish the rules necessary for the respect of public order (cfr. G. CARCANO, *Sul matrimonio civile*, in *Il Monitore dei Tribunali* I, 1860, 101-102. Carcano himself proposed a position that posed itself as a mediator between the idea of Andreucci and that of Giorgini, supporting the importance of the moral aspect of future legislation regarding the predisposition of matrimonial discipline).

architect of the first Civil Code of United Italy, presented in the parliamentary sessions of July 15 and November 26, 1863 a proposal that was expected, in the wake of the Code Napoléon, that the marriage should be celebrated in the municipal house and publicly in front of the civil registry officer of the municipality in which one of the spouses had his domicile or residence, stressing in his speech before the Senate that public opinion was now ready to welcome the separatist principle in matrimonial matters and that the State should have the entire competence<sup>20</sup>. In particular, the Catholic Front made a proposal, rejected later by the Commission, to establish an optional civil marriage, subject to divorce, to which only those who do not profess any religion or cult recognized by the State could be admitted. Although in the dissent of leading exponents of the Catholic world, who saw in Pisanelli's proposal the antechamber for the approval of the possibility of dissolution of the bond, the project with a small majority managed to pass the examination of the Senate unscathed<sup>21</sup>.

The definitive text of the United Civil Code of 1865 thus contained in Book I art. 93 of Title VI dedicated to marriage, the reception of the position expressed by the Minister, recognizing as the only form of conjugal bond valid for the State that arising from civil marriage, although Catholic citizens were not forbidden to celebrate religious marriage. In the 1865 Civil Code, the celebration of a civil marriage had no effect on a religious marriage, which remained an entirely internal matter of canon law<sup>22</sup>.

Notwithstanding this regulation of matrimonial matters, in the years immediately following the entry into force of the Unitary Civil Code the links contracted with the celebration of the religious rite only and from which, Thus, the rise of irregular situation before the civil law, continued to be very high (as many as 120,000 between 1866 and 1872, according to the investigations of the Government)<sup>23</sup>. Marriage in post-Nice Italy, therefore, continued to be the one consecrated and blessed by the Church and the family was "healthy" only because it was born from the union recognized by canon law. In a society so steeped in religious values, the honorable Angelo Mazzoleni and the honorable Pasquale Stanislao Mancini tried to make their voices heard. The projects presented by both - the first in 1872 and the second in 1873 - with the intention of affirming the "legislative necessity" of the civil marriage which was proposed as obligatorily preceding the religious marriage by imposing a pecuniary penalty on the transgressor minister, even though he had no follow-up,

<sup>20</sup> Cfr. *Progetto di legge per l'approvazione del primo libro del Codice civile del Regno d'Italia presentato su iniziativa al Senato dal Ministro Guardasigilli (Pisanelli) nella tornata del 15 luglio 1863*, 16-19. In particular, the Catholic Front made a proposal, rejected later by the Commission, to establish an optional civil marriage, susceptible to divorce, to which only those who do not profess any religion or cult recognized by the state (cfr. F. FRANCESCHI, *I progetti per l'introduzione del divorzio in Italia in epoca post-unitaria*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 34/2012, 7).

<sup>21</sup> Cfr. *Svolgimento del progetto Pisanelli*, nel vol. *Atti parlamentari, Camera dei Deputati, sessione 1863-1864-1865, XVI, Discussioni*, tornata del 13 febbraio 1865, 8180. On post-unification attempts to introduce the institution of divorce cfr. F. FRANCESCHI, *I progetti per l'introduzione del divorzio in Italia*, cit., 9-60).

<sup>22</sup> When the Pisanelli Code came into force, the Holy See was particularly concerned about the difficulty that the introduction of civil marriage would encounter among many of the population of the Kingdom, and prepared an instruction, which was issued on January 15 of that same year by S. Penitenzieria, with which it was clarified that civil marriage is not only lawful to the faithful, but also mandatory indirecte, and for accidens», moreover to avoid the "duplication of the spouses, «la S. Congregazione dei Sacramenti dispose che i parroci non ammettessero a celebrare il matrimonio religioso coloro che non potessero contrarre matrimonio civile» (A. BOGGIANO PICO, *Il matrimonio nel diritto canonico con riferimenti alla legislazione concordataria*, Torino, 1936, 425). As for the Church-State relationship in relation to the matrimonial institution following the promulgation of the Code, extremely clear is the letter sent by Leo XIII on 8 February 1893 on the occasion of the presentation in Parliament of a new draft law on the compulsory precedence of civil marriage over religious marriage, in which the Pontiff specified how the civil power could dispose of the "civil effects" of marriage, but should leave to the Church «ciò che riguarda il matrimonio in se stesso» (LEONE XIII, *Lettera Apostolica Il Divisamento*, in *Acta Apostolicae Sedis*, vol. XXV, 1892-1893, 450).

<sup>23</sup> Cfr. P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Bologna, 1974, 188-189 (on the theme cfr. also S. FERRARI, *Religione e Codice Civile. Dinamiche istituzionali e problematica amministrativa del diritto matrimoniale post-unitario*, in *Storia contemporanea*, Milano, 1976, 123-167. The initial reluctance towards the civil form of the alley, took over within a few years the acceptance of this rite also by Catholics (who continued to marry even in the Church), due to the fact that the civil form of marriage had in any case as a reference the canonistic model (cfr. in this regard O. GIACCHI, *Riforma del matrimonio civile e diritto canonico*, in *Jus*, 1-2/1974).

triggered heated debates that led in December 1873 to the presentation of yet another legislative bill (welcomed, but not come to discussion because of the premature dissolution of the Chamber) by the Guardasigilli Paolo Onorato Vigliani<sup>24</sup>. To Article 5 of that draft provided that religious marriage would acquire the same effectiveness as civil marriage, limited to the loss of those rights by law linked to the status of celibacy or widowhood, principle that from that moment was inserted in all the projects subsequently elaborated<sup>25</sup>. The above proposal, recalling the guidelines of the Mancini project, attempted to act as a deterrent against the will of the spouses to celebrate the only religious rite in order not to lose the aforementioned rights. The minister proposed the precedence of the civil act to the religious one, punishing with a pecuniary penalty or with the prison penalty for two and six months in case of recidivism, both the spouses and the officiating minister, ceasing the effects of the sentences if, within three months of the celebration of the religious wedding were those civil<sup>26</sup>.

Among the bills on the obligation of precedence of civil marriage to the religious rite, particular luck was that presented to the Chamber on 3 December 1878 and discussed from 13 to 19 May 1879 by the Minister of Justice and Worship Raffaele Conforti, against which there was no lack of criticism even among the parliamentarians, whose observations pro and contra had given rise to heated debates culminating in the approval of the draft with only 52 votes (153 in favour and 101 against) in its seven articles. This project was not even discussed in the Senate because of the dissolution of the chambers, and the criticism of Catholic jurists, the episcopate and the Pontiff<sup>27</sup>. Very severe penalties were provided for spouses, witnesses and the minister of worship in the event that they had contracted the religious marriage before the civil one, and in order to facilitate the nubendi to the completion of the acts necessary for the celebration of the same, the exemption from the expenses for all the documents concerning the preparation of the civil rite was established, guaranteeing the gratuitousness of the service provided to the needy subjects by the legal operators involved in the procedure<sup>28</sup>. Stigmatized by Leo XIII in his Letter to the Archbishops and Bishops of the Ecclesiastical Provinces of Turin, Vercelli and Genoa of 1879 as

«insulting and inauspicious, both to Religion and the Priesthood and to freedom of conscience and to public morality»<sup>29</sup>,

the Conforti project was the subject of the reflections of the Piedmontese and Ligurian episcopate, which had hastened to submit to the Senate its petition in defense of religious marriage, resigning the claim in the session of 17 May 1879. The Subalpine and Ligurian bishops considered the bill unjust and detrimental to the rights of the faithful and the Church, and demanded loudly that it was the religious marriage to always precede the civil one, both because the marriage contract could not be considered in a separate manner from marriage-sacrament, the only true and legitimate bond, both because such a regulation of matrimonial matters would have involved the invasion of the ecclesiastical field<sup>30</sup>. There remained the problem arising from the failure to celebrate the civil rite, also involving the search for practical solutions by the judiciary. As in the case of the magistrate Antonio Raimondi, who in the three years spent in Polesine since 1882, to overcome the reluctance of the peasants and force them to "put in order their religious unions and their descendants", hit them

<sup>24</sup> Cfr. V. MARCADÈ, *Spiegazione teorico-pratica del Codice Napoleone*, vol. II, *Del matrimonio*, Napoli-Parigi, 1872, 10-23.

<sup>25</sup> Cfr. G. SIGHELE, *Della necessità di ordinare la precedenza del matrimonio civile rispetto al religioso e di statuire una sanzione penale al ministro del culto che contravvenisse*, Milano, 1873, 120-121.

<sup>26</sup> Cfr. V. SCIALOJA, *Studi giuridici*, vol. III, *Diritto Privato*, Roma, 1932, 119-120.

<sup>27</sup> Cfr. *Votazione a scrutinio segreto sull'obbligo di contrarre il matrimonio civile prima del rito religioso*, nel vol. *Atti parlamentari*, Camera dei deputati, sessione 1878-1879, CXCVIII, *Discussioni*, tornata del 19 maggio 1879, 6343; A. C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Torino, 1963, 326.

<sup>28</sup> Cfr. F. IACOMETTI, *La precedenza obbligatoria del rito civile nel matrimonio presa ad esame dall'avvocato Francesco Iacometti*, Roma, 1879, 35-37.

<sup>29</sup> LEONE XIII, *Lettera di Sua Santità Papa Leone XIII agli Arcivescovi e Vescovi delle ecclesiastiche provincie di Torino, Vercelli e Genova*, Mondovì, 1879, 14

<sup>30</sup> *Petizione dell'episcopato piemontese e ligure al Senato italiano in difesa del matrimonio religioso*, Mondovì, 1879, 4-6.

with the tax burden of the "domestic tax": not being a wife according to the law, the woman who lived with them could not but consider herself only a maid, for whose services they would have to pay the relevant municipal tax<sup>31</sup>.

The protests from the Catholic world in general and from the clergy in particular remained unchanged, which found a voice in the authority of Pope Leo XIII, who in the encyclical *Arcanum divinae sapientiae* of 10 February 1880 reiterated his position on the sacramentality of marriage, invited the consciences of the faithful to remain firm in their faith towards the precepts of Christian marriage, and condemned anyone who wanted to remove from the Church the regulation of matrimonial matters, emphasizing the impracticability of the distinction between contract and sacrament<sup>32</sup>. The doctrinal contrasts between supporters of the reform in the matter of civil marriage and opponents did not lose, therefore, of intensity in the years following the presentation of the bill Conforti, but of course the political vicissitudes of the time meant that the parliamentary history on the issue stopped until 1890, when Vittorio Scialoja again addressed the issue of the compulsory precedence of civil marriage by starting a series of projects and debates on the subject that lasted until the end of the nineteenth century, a period in which interests shifted to the theme of divorce, highlighting how the concerns expressed by the Church regarding the link between the legislative projects on the obligation of civil marriage and the denial by the State of the indissolubility of the bond, were founded<sup>33</sup>. It was only with the conciliation of 1929 that both of these problems, until that time due to further considerable tensions between the State and the Church, were no longer, to be repeated with different but equally understood accents, following the strong socio-cultural change-political in place, in the late sixties<sup>34</sup>.

## 2. The "subsidiary" civil marriage system in Spain

The situation was different in Spain, which well before Italy achieved a kind of 'national unity', whose slow process of realisation, in which relations with the Church of Rome also played an important role, started as early as the 15th century<sup>35</sup>. In Spain, where since July 1564 the Tridentine decrees were adopted and maintained by Philip II and therefore only one form of marriage was recognized, the canonical, the events that led to the elaboration and affirmation of the civil codification in their contents and in the ways in which they took place as peculiarities the constant influence exerted on the political scene and in the social life of the Church. This, in fact, for the preservation of its authority in the matter of matrimonial discipline could count not only on the support of the sovereigns - who had every interest in maintaining on the level of calm and collaboration relations with the Roman Pontiff - but also on the support for the population, who in

<sup>31</sup> Cfr. A. RAIMONDI, *Mezzo secolo di Magistratura. Trent'anni di vita giudiziaria milanese*, Bergamo, 1951, 21.

<sup>32</sup> Cfr. in proposito A. C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Bologna, 1993, 90-91.

<sup>33</sup> Cfr. A. MANTINEO, *I prodromi della questione cattolica in Italia. Note intorno al difficile dialogo tra la Chiesa cattolica e lo Stato unitario in Italia*, in *Diritto e religioni*, 2/2011, 407. Sull'evoluzione storico-giuridica dell'istituto del divorzio in Italia cfr. A. MANIACI, *L'evoluzione storica del divorzio in Italia dall'età delle codificazioni al 1970*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 17/2021.

<sup>34</sup> On the conflicts and tensions characterizing the relations between the state and the Church in the Risorgimento and until the conclusion of the Lateran Pacts, cfr. lastly C. CARDIA, *Risorgimento e religione*, Torino, 2011. For an overview of the attempts to introduce compulsory civil marriage and the reactions of the Catholic world I would like to refer to D. TARANTINO, *In difesa del matrimonio religioso. La reazione dell'episcopato italiano al disegno di legge sull'obbligatorietà delle nozze civili all'indomani dell'Unità*, in [Supplemento alla rivista Diritto e religioni. i Quaderni](#), 11/2017, 3-22 e ID., *Secundum legum praecepta: l'obbligatorietà del matrimonio civile nell'Italia post-unitaria*, in [Supplemento alla rivista Diritto e religioni. i Quaderni](#), 12/2017, 3-28; per approfondimenti sul sistema concordatario in tema matrimoniale cfr. N. MARCHEI, *La giurisdizione dello Stato sul matrimonio "concordatario" tra legge e giudice*, Torino, 2013.

<sup>35</sup> Sul tema cfr. D. SANTARELLI, *Dal conflitto all'«alleanza di ferro». A proposito delle relazioni tra il Papato e la Spagna nella crisi religiosa del Cinquecento*, in [HAL Open Science](#).

the vast majority professed the Catholic faith. The law that introduced marriage in the civil form was signed on 18 June 1870 by Eugenio Montero Rios, professor of canon law at the University of Madrid and fervent liberal, by which publications and civil celebration were prescribed as necessary forms to be complied with for the production of the legal effects of the constraint<sup>36</sup>. In particular art. 2 of the 1870 law it was stated that the marriage contracted without respect for the provisions of the law established, would not produce any civil effect. The 1870 law was the fruit of a political will desirous of emancipating itself from all ecclesiastical conditioning, but it did not reflect the demands of a society composed in the majority of Catholics. Although in art. 90 the perpetual and indissoluble nature of the same was confirmed, the Catholic feeling was deeply shaken by his approval. Subsequently, in April 1872, the Government did not allow the inheritance of the pension by children born from exclusively religious marriages, which were therefore considered illegitimate children, in addition to the circular of 20 June 1874, based on a consultation of numerous municipal judges, it was established the impossibility to proceed to the celebration of civil marriage between people already bound by a previous bond only canonical to different subjects<sup>37</sup>.

The fiery atmosphere that had arisen led the legislature, by the decrees of January 22 and February 9, 1875 (supplemented by the Instruction of the 19th of the same month), to grant validity again to the canonical marriage, acknowledging civil effects to marriages contracted since 1870, while setting an eight-day deadline by which, under penalty of fine, the extract from the parish register attesting to the celebration of the wedding should have been presented to the registrar, and considering the civil form of celebration of the bond as a substitute for the canonical one<sup>38</sup>. The only civil rite, according to a royal decision of 27 February 1875, remained in force exclusively for non-Catholics<sup>39</sup>.

With the promulgation of the Civil Code in 1889 - the content of which was certainly influenced by the events that had preceded its elaboration and in particular by the 1880 encyclical of Leo XIII - a single legislation replaced the numerous sources of law up to that current moment, having regard necessarily to the elements of tradition which found in the law of the Church their principal source, while considering the possibility of personal separation and stressing the role of the family as the foundation of the country's social and political life<sup>40</sup>. In this vein art. 42 of the Código Civil recognized two forms of marriage, the canonical - celebrated by all those who professed to be Catholics - and the civil - to be celebrated according to the forms established by the same codicystic legislation; art. 51 established that both the canonical marriage and the civil marriage would not have produced civil effects in the event that one or both spouses had already contracted another valid marriage; art. 52 ordered the dissolution of the bond only on the death of one of the spouses<sup>41</sup>. To art. 75 there was a sort of authentic reception of the canonical matrimonial order in establishing that the formal and substantial requirements for the celebration of canonical marriage would be governed by the provisions of the Catholic Church and the Council of Trent and allowed as laws of the Kingdom; art. 76, on the other hand, granted the canonical marriage all the civil effects with regard to the persons and property of the spouses and their descendants; finally art. 80 decreed that the jurisdiction of the cases concerning the nullity and divorce of canonical marriages was a matter for the ecclesiastical

---

<sup>36</sup> F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo I, Madrid, 1872, 1-2. The promulgation of this law came also as a result of the controversy that arose from the declaration of Pope Pius IX during the Consistory of 1852, in which the Pontiff had defined civil union as concubinage (cfr. J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, tomo I, Madrid, 1914, 241).

<sup>37</sup> Cfr. *Colección legislativa*, tomo CXIII, Madrid, 1872, 427.

<sup>38</sup> Cfr. M. GONZÁLEZ DEL VALLE – P. LOMBARDÍA – M. LÓPEZ ALARCÓN – R. NAVARRO-VALLS – P. J. VILADRICH, *Derecho eclesiástico del Estado español*, Pamplona, 1983<sup>2</sup>, 412

<sup>39</sup> Cfr. V. Mangano, *Matrimonio e divorzio nelle legislazioni comparate del sec. XIX*, Siena, 1902, 125-127. For further information on the meaning of canonical marriage and its regulation see. J. BRAVO, *El Concilio de Trento y el Concordato vigente*, tomo I, Madrid, 1887, 210-264; on marriage in civil law cfr. P. GÓMEZ DE LA SERNA – J. M. MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, tomo I, Madrid, 1870, 336-506.

<sup>40</sup> Cfr. *Código Civil español con notas*, Madrid, 1888, VI.

<sup>41</sup> For further information on the evolution of matrimonial law in Spain and a comment on the aforementioned articles cfr. J. T. MARTÍN DE AGAR Y VALVERDE, *El matrimonio canónico en el Derecho civil español*, Pamplona, 1985, 61-71.

courts<sup>42</sup>. With the promulgation of the Code a subsidiary civil matrimonial system was thus established that, using as the key word at the base of its legislation the non profession of the Catholic faith, would have lasted a long time, even if subjected to criticism and reform proposals. In particular the content of art. 42 was the clear product both of the vicissitudes of matrimonial law and of the principle of constitutionally guaranteed tolerance, whose effects were also recognizable in the faculty of couples constituted by a single Catholic party to proceed to the celebration of the civil rite only. Of course, the wording of the article, in affirming the legislative recognition of the two forms of marriage, gave rise to important questions about the way in which civil marriages should be requested (that is, if a mere manifestation of will in this sense were enough or instead a formal declaration was needed about being non-Catholic), about the rise of a simple moral duty of the Catholic faithful to the celebration of the canonical wedding or the imposition of a real legal obligation, and about the validity or otherwise of the bond contracted by the Catholic faithful in the civil form alone<sup>43</sup>.

A first answer to these questions came from the order of the Dirección de los Registros dated 28 December 1900, which stated that art. 42 imposed on those who professed the Catholic religion the obligation to contract canonical marriage<sup>44</sup>. A Real Orden intervened to define the boundaries of this resolution on 27 August 1906, stressing that the legislature, in regulating matrimonial matters, had intended to recognize another form of marriage, without claiming from the contracting parties to the canonical marriage the declaration of their being Catholics, nor from the contracting parties to the civil marriage the declaration of professing another religious faith, because obtaining the priestly blessing for the Catholic faithful united in the bond of marriage was a requirement proper to the conscience of the faithful, independent of any canonical or civil provision in this regard<sup>45</sup>. On the one hand, the conscience of the individual was not a matter for the State, and on the other hand, the law, based on the lack of the official declaration of religious affiliation by the two nubendi, could not assume the right to annul the act or dissolve the bond<sup>46</sup>.

Finally, the Real Rden of 28 June 1913 intervened on the subject, establishing that the declaration of one or both of the contracting parties on the fact of not professing the Catholic faith was sufficient to celebrate civil marriage, and in this case, the judge who had denied the celebration on the pretext of no demonstration by the contracting parties of the separation from the Catholic Church, would have been responsible before the law<sup>47</sup>. Unlike Italy, Spain, with its anti-French feeling due to the sad memory of the occupation suffered, refused any kind of influence in this matter, therefore the spirit of secularism produced by the French Revolution did not touch the Iberian lands, in which the need for codification cultivated the link with the traditions, with the local fueros, with the religious sentiment to complete the intent of legislative unification. That is why the introduction of civil marriage in Spain and its regulation by the legislature were accompanied by a strenuous defense of the canonical rite by the Catholic team of the country, and the will of the government to achieve a harmonization between the two disciplines, the state and the canonical, recognizing both forms of celebration as well as the production of the civil effects of religious marriage by the transcription of the same in the Civil Register.

---

<sup>42</sup> Cfr. M. GONZÁLEZ DEL VALLE – P. LOMBARDÍA – M. LÓPEZ ALARCÓN – R. NAVARRO-VALLS – P. J. VILADRICH, *Derecho eclesiástico*, cit., 412.

<sup>43</sup> Cfr. J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, 247-248.

<sup>44</sup> Cfr. *ibidem*, 248.

<sup>45</sup> Cfr. *ibidem*, 249.

<sup>46</sup> Cfr. *ibidem*, 250.

<sup>47</sup> Important changes to the content of art. 42 were achieved by the approval of the Law of 24 April 1958 approving the Concordat between the Spanish State and the Holy See signed in 1953 (cfr. M. GONZÁLEZ DEL VALLE – P. LOMBARDÍA – M. LÓPEZ ALARCÓN – R. NAVARRO-VALLS – J. M. VILADRICH, *Derecho eclesiástico*, cit., 413-414).



### 3. *The civil and religious rite in France*

In a socio-political-cultural context such as France, in which the concept of citizenship becomes the basis for the elaboration of the principle of equality generated by full membership of a community, the different factors of which the same is composed go to bind each other so as to constitute the attributions assigned to the same subject, first of all those relating to family dynamics<sup>48</sup>. For this reason, the revolutionary legislation on marriage and divorce is not only particularly important because of the intersection of these factors, especially that of substantive equality, but it is also the result of an evolutionary and innovative path that sees in the age of the Ancien Régime the first fertile ground in which to graft deep roots<sup>49</sup>. The sixteenth century, in fact, was a period marked by the Protestant Reformation, and in important marriage was the clash between the sacramental model professed by the Catholic Church and the models coming so much from doctrinal elaborations of a contractual mold, as from the reflections of other religious confessions that, as in the case of the Lutherans and the Calvinists, proposed social models based on agreement<sup>50</sup>. Starting from the edicts of Henry II of 1556 and Henry III of 1580, the marriage, seen more in its religious ritual than in its civil effects, was made subject, by the political authorities that succeeded each other over time, of a series of ordinances conforming to religious norms, but which did not deny the indissolubility of the bond, so much so as not to admit divorce as the cause of the dissolution of the bond but only separation<sup>51</sup>. The gradual erosion of ecclesiastical jurisdiction in the matter to the advantage of the civil one found confirmation and support in the contractualistic theories on marriage elaborated by the philosophes, formed in the bed of Gallicanism, they brought the marriage back to the jurisdiction of the State, an authority to which the regulation of the validity of the bond, considered as a natural contract by God himself left to the control of the monarchs who, according to the principle of tolerance, should have recognized its dissolution through the institution of divorce at least to Protestants and Jews, denying it to Catholics<sup>52</sup>.

At the heart of the doctrinal reflection on the family during the Old Regime was, in accordance with the principles of natural law, the theme of freedom of choice, which was part of the wider process of redefining the state and its powers vis-à-vis individuals, so that marriage - for the validity of which it was necessary to exchange consent between the spouses to whom the officiating priest assisted as a mere witness - constituted the basis on which the State could define status and confer rights<sup>53</sup>. Only after the Revolution, in compliance with the principle of equality between citizens, was it possible to start the secularization of marriage, starting from the Decree of 20 September 1792. The introduction of civil marriage and registry records represented nothing more than two results of those tendencies to change already visible in previous centuries, which they had seen in the proposals drawn up under the reign of Louis XVI, the introduction of a subsequent registration of marriages between Protestants by a state magistrate or a minister of worship acting as a public official, the clear signs of a change already underway. This went hand in hand with the demands by the French people for equal treatment

---

<sup>48</sup> Cfr. P. COSTA, *La cittadinanza: un tentativo di ricostruzione archeologica*, in D. Zolo (edited by), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1999, 47-52.

<sup>49</sup> Cfr. J. F. TRAER, *Marriage and the Family in the Eighteenth-Century France*, Ithaca-London 1980, 60-69, 80-87.

<sup>50</sup> For further details cfr. L. BONFIELD, *Gli sviluppi del diritto di famiglia in Europa*, in M. Barbagli – D. Kertzer (edited by), *Storia della famiglia in Europa. Dal Cinquecento alla Rivoluzione francese*, Roma-Bari, 2001, 126 ss. In particular, the concept of the family was influenced by the appearance on the European scene of the right naturalistic doctrines, who considered marriage as an institution of natural law devoid of economic and political connotations as a private society characterized by the values of freedom and equality for its members, aspiring to happiness (cfr. L. GARLATI, *La famiglia tra passato e presente*, cit., 18).

<sup>51</sup> Cfr. J. JR. WITTE, *From Sacrament to Contract. Marriage, Religion and Law in the Western Tradition*, Louisville 1997, 194 ss.; L. BONFIELD, *Gli sviluppi del diritto di famiglia in Europa*, cit., 121 ss.; on the non-acceptance by France of the Tridentine disciplinary decrees, cfr. A. TALLON, *Il Concilio di Trento*, Cinisello Balsamo, 2004, 85-88.

<sup>52</sup> Cfr. L. LUZI, *Riflessioni su matrimonio civile e divorzio all'epoca della Rivoluzione francese*, in *Mediterranea. ricerche storiche*, 22/2011, 282-283.

<sup>53</sup> Cfr. *ibidem*, 282-283.

of all subjects before the law, instances conveyed in the revolutionary concepts of citizenship as the principle of equality and law as a tool that could provide the citoyens with the clear perception of forming a single community in a single law, so that we could achieve not only a normative unity, but also and above all a unity of the subjects to whom it was addressed and at the same time achieve the unification of civil law and the unity of the Nation<sup>54</sup>. The demands of equality could not but also affect the family, where the desire of women to strengthen or at least rebalance their position intensified<sup>55</sup>.

The requests made concerned not the regulation of civil marriage, but rather the necessity of the introduction of divorce as a consequence of the principle of freedom of contract<sup>56</sup>, the greater flexibility of the rules relating to the celebration of the wedding, the improvement of civil status registers, the lowering of the age for access to marriage without parental consent, a stronger protection of the dowry, all needs that highlighted both the importance acquired by marriage as a relationship originated by the reciprocity of feelings and not by choices of family opportunism, both the greater visibility that the woman claimed not only within society, but also within the home<sup>57</sup>. With the Decree dated August 11, 1789, the bishops were instructed to provide the matrimonial dispensations without additional charges and without delay, thus intensifying the debates on the contractual nature of marriage and on the resulting right to dissolve the bond through the institution of divorce. In March 1791 these questions were put to the National Assembly: since marriage was considered as a pre-existing contract to the sacrament, the consent, qualified as a shop potentially the subject of a civil act, must necessarily be regulated in its manifestation by the nubendi by the state authority alone, while it is up to the Church the only discipline of the religious rite<sup>58</sup>. The Constitution of 3 July 1791 defined marriage as a civil contract freely and voluntarily assumed by the parties and therefore separable from the same will, a sort of symbol of individual freedom (and remained so until the Civil Code)<sup>59</sup> which the legislator used to determine not only the status of citizens, but also the link with the concept of "nation"<sup>60</sup>. By now the secularization of the matrimonial institution and the removal of its regulation from ecclesiastical competence was being completed. From March 17, 1792, discussions were opened to vote on the marriage law and a decision was made on the retention of registers by municipal officials. Thus came the Decree of 20 September of the same year governing the registration of births, marriages and deaths and the requirements for the celebration of the wedding. Through this decree the legislator took up the theory of Pothier and the Gallican jurists about the nature of marriage, the regulation of which was fully secularized. According to Pothier, in fact, marriage as a contract should belong to the political order and, therefore, be subject to secular power, willed by God himself in order to regulate and govern the good order of civil society, given the distinction between contract and sacrament, the subsidiarity of the second element to the first and the pre-existence of the contractual nature to the sacramental, which derived exclusively from the nuptial blessing whose eventual absence would have entailed between the spouses the existence of the only civil bond<sup>61</sup>.

The matrimonial institution, therefore, was completely removed from the ecclesiastical monopoly since civil marriages, the only ones capable of producing valid effects for the State, had to necessarily

---

<sup>54</sup> Cfr. G. DUBY – P. ARIÈS (edited by), *La vita privata. L'Ottocento*, Roma-Bari, 1988-2001, 25 ss.; P. NORA, v. *Nation*, in F. Furet – M. Ozouf (edited by), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, 1992, 339-358.

<sup>55</sup> Sul tema cfr. D. GODINEAU, *De la rosière à la tricoteuse : les représentations de la femme du peuple à la fin de l'Ancien Régime et pendant la Révolution*, in *Sociétés & Représentations*, 8/2000, 68-74; E. DE MARCHI, *L'emancipazione femminile dalla rivoluzione francese alla Grande Guerra*, in *Pearson*.

<sup>56</sup> In this regard cfr. P. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*, Paris, 1898, 284-286.

<sup>57</sup> Cfr. J. F. TRAER, *Marriage and the Family*, cit., 40-44, 82-84, 139-142.

<sup>58</sup> *Ibidem*, 88-89.

<sup>59</sup> Cfr. K. S. ZACHARIAE VON GENTHAL, *Manuale del diritto civile francese rimaneggiato da Carlo Crome*, Milano, 1908, 6-7.

<sup>60</sup> Cfr. S. DESAN, *The Family on Trial in Revolutionary France*, Berkeley-Los Angeles-London, 2004-2006, 48 ss.

<sup>61</sup> Cfr. M. LE CHANOINE ALLEGRE, *Le Code Civil commenté à l'usage du clergé*, tome premier, Paris-Lyon, 1888, 134-135.

precede religious ones. From the point of view of the form of the celebration, civil marriage was almost devoid of solemnity, especially when compared to the religious rite, a problem which the legislator tried to overcome, also with a view to making civil marriage more palatable to the spouses and to strengthening the concept of citizenship by reorganizing family life, by the decree of 25 October 1795. With this was formalized the *fête des époux*, civic ceremony that, through the exaltation of the coincidence of the patriotic, domestic, and civil virtues, raised marriage to a secular symbol, so that the sacramentality of which canon law had cloaked him by erecting him as a metaphor of the union of Christ with the Church, could be replaced by a kind of civic sacredness that would awaken consciences<sup>62</sup>.

From the first Cambacérès project of 1793 to the Code Civil of 1804, on the one hand, the proclamation by the State of exclusive jurisdiction over the discipline relating to the marriage contract with regard to what had hitherto been an ecclesiastical monopoly on the matter, and on the other hand the introduction of divorce as a symbol of freedom, continued to trigger heated debates on the political and doctrinal scene<sup>63</sup>. In Napoleonic France the codicystic regime in family matters was characterized by the desire to protect the collective interest - put to the test during the era of *droit intermédiaire* by the invocation to the extreme of individual freedom - on the interest of the individual, drawing a model of a "strong" family, in which patriarchal and marital authority were modeled on the example of the supreme state authority. If the Revolution had led to the deconstruction of the society of *Ancien Régime* filling with substance and giving authority to the principles and ideas circulating in the previous era and that saw marriage as an elective choice and freely carried out by the spouses in the name of a feeling and therefore reversible in the name of individual freedom, Codification was concerned with consolidating the marriage contract theory. While leaving behind the most conspicuous reformist initiative inherited from philosophes, the Code Civil connoted the marriage of a civil function as well as secularizing<sup>64</sup>, entrusting to the State the leading role and provoking the harsh reaction of the clergy who scolded the editors of

«ne considérant plus le mariage que comme un contrat civil... comme un contrat de bail à chute, sans avoir aucun égard aux lois de la religion et de l'Église»<sup>65</sup>.

Through an extremely clear and linear juridical language, which found in the desire for secularism its first foundation, the legislators emphasized the consensual character of marriage, reaffirmed its contractual nature, consolidated the civil ritual forms (posting of publications for ten days at the municipal house, receipt of joint declarations by the registry officer, declaration of the union in marriage in the name of the law, drafting of the act of civil status in replacement of parish registers) and regulated the matter by protecting first of all the freedom of marriage, which necessarily resulted in the freedom to divorce, although more limited in its explanation than the recent past<sup>66</sup>. From the formulation of art. 165, according to which the marriage was to be publicly celebrated in the presence of the registrar of the domicile of one of the two spouses, and from the fact that it was up to the same officer to draft the written act from which he ascertained the celebration of the bond and provided at the same time evidence, already emerged strong sense of "secularization" which permeated the matrimonial matter and which was inseparably linked to that principle of equality between citizens so dear to the Revolution. The Code emphatically demanded that the civil marriage preceded the religious rite, and that the civil<sup>67</sup>. While not abandoning the achievements of the Revolution, the Code

<sup>62</sup> Cfr. J. P. BERTAUD, *La vita quotidiana in Francia ai tempi della Rivoluzione*, Milano, 1988, 177-180 and O. MARTIN, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire*, Paris, 1901, 179.

<sup>63</sup> Cfr. M. BARBAGLI – D. KERTZER, *Storia della famiglia in Europa*, 65 ss.

<sup>64</sup> Cfr. L. LUZI, *Riflessioni su matrimonio civile e divorzio*, 300-312; S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon*, Milano, 1998, 391 ss.; L. GARLATI, *La famiglia tra passato e presente*, cit., 30-34.

<sup>65</sup> T. GOUSSET, *Le Code civil commenté dans ses rapports avec la Théologie morale*, Paris 1829<sup>2</sup>, 59.

<sup>66</sup> Cfr. J. GAUDEMET, *Traditions canoniques et philosophie des Lumières dans la législation révolutionnaire. Mariage et divorce dans les Projets de Code civil*, in M. Vovelle (edited by), *La Révolution et l'ordre juridique privé*, 305 ss.

<sup>67</sup> Cfr. artt. 199 e 200 *Code Penal*, 1810 and M. LE CHANOINE ALLEGRE, *Le Code Civil commenté à l'usage du clergé*, cit., 148.

Civil in its attempt to achieve a compromise between the past and the present, protected those principles that were considered to be most deeply embedded in the social fabric, first of all the principle of secularism and equality that in the family were expressed above all in the secularization of marriage obtained through the recognition of civil effects to the sole rite celebrated before the registrar with all the conditions laid down in the relevant codicystic framework. The limitation of the institution of divorce did not depend on the acceptance of the sacredness of the bond that was considered indissoluble by canon law, but on the will on the one hand to ensure that the eventual dissolution reflected a real awareness of the spouses, and on the other hand to strengthen the matrimonial institution, constitutive cell of the social organization<sup>68</sup>. The secularization achieved by codification meant on the one hand that marriage was not a purely private act, capable of being formed and existing without the intervention of public authority, and at the same time that it possessed no religious character, but it was merely a civil contract; on the other hand that the family emerging from the codicystic discipline was conceived as a constitutive cell of social organization. The recovery of the traditional patriarchal model severely limited the field of action of women and children - whose possible illegitimate nature further restricted rights in keeping with the tradition of the Old Regime - subordinated to the authority of the chief family, on whose strength the State must have known that it could count at times when it was necessary to make up for the laws or to correct the customs<sup>69</sup>. The Restoration, if on the one hand it did not lead to the rejection of the codified right that remained in full force, on the other hand it saw, with regard to the matrimonial institution, the preservation of civil marriage unlike what happened in Italy, where almost everywhere (even where the French code had been retained) was deleted. The only significant intervention in this sense was the repeal of the divorce, which occurred in 1816, was maintained until the reintroduction of this institution in 1884 under the Third Republic.

#### 4. Concluding reflections

Napoleonic codification, although largely imported into Italian territories as early as 1806, failed to profoundly change the foundations of the family tradition that had always permeated its regulation, due both to the brevity of its period of validity and to the influence exerted by Church law, most clearly visible in matters of divorce and property regime, where it was more difficult to adapt to customs and principles contrary to or in any case distant from deep-rooted religious convictions. The Restoration, with the downsizing of the institutions qualifying the private law wanted by Napoleon and the “return to the past”, put momentarily set aside the “secularising” will in order to approach to a model of regulating family matters in general and in general and matrimonial matters in particular, marked by traditions that had never been fully allowing a return to more relaxed relations with the Church<sup>70</sup>. The pre-unitary Italian States in their legislation excluded the divorce for Catholics, referred in a manifest manner to canon law as the canon law as a source of reference for regulating the main matrimonial profiles (suffice it to think of the Grand Duchy of Tuscany, the Piedmont, the Duchy of Modena, the Kingdom of the Two Sicilies in which a royal decree of 16 June 1815 declared null and void marriages celebrated not in conformity with the norms of the Council of Trent), or made civil effects of the marriage directly from the religious marriage, as in the case of the marriage, as in the case of the Albertine Code, which in Art. 106 saw the lack of consent as the only civil impediment

<sup>68</sup> Cfr. P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, tome VI, Paris, 1836, 46.

<sup>69</sup> Cfr. G. DI RENZO VILLATA, v. *Persona e famiglia nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, t. XIII, Torino, 1995, 518-520.

<sup>70</sup> It should be noted in this regard that «gli istituti del matrimonio civile, del divorzio e della comunione legale dei beni, non bene accolti... in quanto contrastanti con le tradizioni giuridiche della penisola, furono pressoché ovunque abrogati dai Governi restaurati» (L. SINISI, *Tra reazione e moderatismo: attività legislativa e progetti di codificazione nella restaurata Repubblica di Genova*, in *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Torino, 2000, 356).

capable of having patrimonial consequences on the bond, but not of invalidating its validity<sup>71</sup>. The family regime of the Restoration derived, therefore, from «un compromesso tra le norme di *ancien régime* e quelle del codice napoleonico»<sup>72</sup>, the harshness of which, ill-suited to the dominant conceptions of Italian society of the time, were to be 'sweetened' to make them conform to men and times. Although with united Italy there were numerous attempts to make compulsory the precedence of the civil celebration of marriage over the religious one, this was not achieved by establishing, with the unified civil codification, the recognition civil effects only to marriages celebrated before the State, without prohibiting Catholic citizens from also celebrating the religious rite. The Pisanelli Code was, after all, the result of the political unity achieved the country and therefore had to be a sort of *trait d'union* between the various trends that emerged within the legislation of restored Italy. The secularisation of marriage did not mean the acceptance of divorce but rather maintaining the institution of separation, not so much for religious reasons as for reasons of social ethics which saw in the indissolubility of the bond a form of protection against cultural and economic inferiority of women<sup>73</sup>. The principle of secularism that inspired the Pisanelli Code did not preclude, therefore, the presence of institutions and values typical of canon law, not conflicting or incompatible with it. canonical law, not conflicting or incompatible with the prerogatives proper of the State, which in claiming the *potestas matrimonii* had abolished the exclusiveness of ecclesiastical jurisdiction in matrimonial matters paving the way for future reforms<sup>74</sup>.

In Spain, on the other hand, the events that led to the elaboration and affirmation of the civil codification, in their content and the way they unfolded, had as a peculiarity the constant influence exerted on the political scene and social life by the Church. The Church, in fact, for the preservation of its authority in the field of matrimonial discipline, could count not only on the support of the sovereigns - who had every interest in maintaining peaceful and cooperative relations in the area of marriage - but also on the support of the Pope relations with the Roman Pontiff at a peaceful and cooperative level - but also on the support of the population, the vast majority of whom professed the Catholic faith. Unlike Italy, Spain, with its anti-French sentiment due to the sad memory of the occupation it had suffered, refused any kind of influence in this matter, so the spirit of secularism that saw in the revolutionary experience therefore, the spirit of secularism that saw the revolutionary experience take root, the Napoleonic codification produce its fruits and the imposition of this on the territories conquered by the renewed empire implement its diffusion did not touch the Iberian lands, where the codification requirement cultivated the link with traditions, with local *fueros* and with religious sentiment to bring the intent of legislative unification to fruition. If France was the State in which the re-founding of marriage in a secularist sense was most marked, Spain was undoubtedly the country in which the defence of religious marriage was most tenaciously attempted, and in which the political and social tensions between the different ideological conceptions around the same institution were greatest. This is why the introduction of civil marriage in Spain and its regulation by the legislature was accompanied by a strenuous defence of the canonical rite on the part of the country's Catholic community, and by the government's desire to harmonise the two disciplines, the State and the canonical, recognising both forms of celebration, as well as the production of civil effects of religious marriages through their transcription in the Civil Registry<sup>75</sup>.

In Napoleonic France, the codicic regime in family matters was characterised by the desire to

<sup>71</sup> Cfr. G. DI RENZO VILLATA, *Persona e famiglia*, cit., 520-521.

<sup>72</sup> G. VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici. Appunti*, Milano 1978, 118.

<sup>73</sup> Cfr. G. DI RENZO VILLATA, v. *Separazione personale (storia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLI, Milano, 1989, 1350-1376.

<sup>74</sup> Cfr. G. DI RENZO VILLATA, *Persona e famiglia*, cit., 522-523. For more on the dynamics between civil law and canon law in matrimonial matters cfr. S. FERRARI, *Religione e codice civile. Dinamica costituzionale e problematica amministrativa del diritto matrimoniale post-unitario*, in *Storia contemporanea*, Bologna, 1976, 123-167.

<sup>75</sup> For a concise but effective fresco on the current Spanish discipline on marriage and the impact on it of the previous matrimonial legislation previous cfr. de F. DE P. BLASSO GASCÓ, *La regulación del matrimonio en el Código civil*, in [tirant libreria](#), 1-14 e J. N. LAFFERRIERE, *¿Qué regula la ley cuando regula el matrimonio?* in [Revista de instituciones, ideas y mercados](#), 54/2011, 261-275.

protect the collective interest - put to the test during the era of the *droit intermédiaire* by the all-out invocation of individual freedom - over the interest of the individual, designing a “strong” family model in which patriarchal and marital authority were modelled on the example of the supreme state authority. While not setting aside the achievements of the Revolution, the Code Civil, in its attempt to achieve a compromise between the past and the present, protected those principles considered to have most penetrated into the social fabric, first and foremost the principle of secularity and equality. These in the family sphere were expressed mainly in the secularisation of marriage, achieved through the recognition of civil effects only to the rite celebrated before the civil registrar, with all the conditions foreseen by the relevant codicic discipline. The limitation of the institution of divorce did not depend on the acceptance of the sanctity of the bond, which in canon law was considered indissoluble, but rather from the desire on the one hand to ensure that any dissolution reflected a real awareness of the spouses, and on the other to strengthen the institution of marriage, constitutive cell of social organisation, because

«Ces familles sont autant de petites sociétés particulières dont la réunion forme l'Etat, c'est-à-dire, la grande famille qui les comprend toutes»<sup>76</sup>.

The confrontation concerning the introduction of civil marriage and the attempt to make it compulsory as opposed to the religious rite in Italy, France and Spain is of particular interest as in that, although the same three Western European States oldest Catholic tradition, they reacted in different ways to the different manner to the need felt by the political power to regulate the matrimonial matters. Pre-Unitarian Italy, politically and territorially fragmented political and territorial point of view, transposed with difficulty in popular practice the formalisation of marriage by the Tridentine Council, in an epoch in which the regulation of the matter was the exclusive ecclesiastical prerogative. exclusivity that began to waver during the Restoration, when during the Restoration, when the consolidation of political power consolidation of political power also passes through the 'nationalisation' of the family sphere, until it was heavily affected by the heated parliamentary and parliamentary and doctrinal debates of the liberal period on the advisability of the obligatory precedence of the civil rite over the religious one. Debates that, even if they did not lead to the approval of the relative law, caused great law, led to great tensions in relations with the Church, which was worried to see its 'control' in matrimonial matters eroded and inevitably undermined the principle of the indissolubility of the bond. Spain, although strongly defending the prerogatives of royal rights did not manifest excessively contrasting attitudes to the Catholic doctrine and the Church's will to maintain its legislation in matrimonial matters, elaborating between 1875 and 1932 a formally subsidiary civil marriage system, although at times, as a consequence of the exegesis of Article 42 of the Civil Code Civil Code carried out by administrative hermeneutical means, it becomes de facto an optional matrimonial system. France, finally, guardian of Gallican freedoms, expressed a more markedly jurisdictionalist, resulting in a more pronounced reluctance towards interference by the Catholic Church and a more intense desire of emancipation and autonomy from the same, arriving in post-revolutionary era to the complete secularisation of the institution of marriage<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, tome VI, Paris, 1836, 46.

<sup>77</sup> For more on the comparison of the introduction of civil marriage between the three different Countries cfr. D. TARANTINO, *L'introduzione del matrimonio civile in Italia, Francia e Spagna: spunti di analisi storicogiuridica comparata*, in *Veritas et Jus*, 17/2028, 127-168.

**Valentina Pagnanelli**  
**Prospettive sulla valorizzazione dei dati personali in ambito pubblico\***

**ABSTRACT:** *The paper delves into the economic value of personal data, focusing not on the private sector dominated by Big Digital Companies but on the public sector. In this context, the term "valorization" of data is considered more suitable than "monetization." The discussion includes two examples of personal data use in the public sector and references recent European regulatory developments on data governance, including the emergence of data altruism. The aim is to assess how public entities can leverage the informational value of personal data while upholding the fundamental rights and freedoms of individuals.*

SOMMARIO: 1. Patrimonializzazione o valorizzazione dei dati personali? Una riflessione introduttiva. – 2. L’ambivalenza dell’utilizzo dei dati personali in ambito pubblico. – 3. Il *social scoring*. – 4. Il supporto alla elaborazione delle politiche pubbliche. – 4.1 Il *Data Governance Act* e la novità dell’altruismo dei dati. – 4.2 Uno sguardo al futuro: il *Data Act*. – 5. Conclusioni.

1. *Patrimonializzazione o valorizzazione dei dati personali? Una riflessione introduttiva*

La società nella quale tutti noi viviamo, lavoriamo, creiamo relazioni, ci accostiamo alla cultura, curiamo il nostro benessere, è oramai datificata<sup>1</sup>. Tutte le attività della vita lasciano una traccia digitale più o meno visibile e “calcolabile”. Non si può negare che l’utilizzo dei dati, da parte di diversi soggetti, e per le più svariate finalità, abbia degli effetti giuridici, sociali, e certamente anche economici<sup>2</sup>.

Per essere più chiari basterà fare qualche esempio: molte delle applicazioni che offrono gratuitamente dei servizi da installare nei dispositivi mobili ci chiedono in cambio l’autorizzazione a trattare i nostri dati personali: i grandi motori di ricerca e i *social network* che ci permettono di navigare, cercare informazioni, creare pagine personali, intessere relazioni virtuali, costruiscono il loro modello di *business* sulla elaborazione dei nostri dati personali e la conseguente vendita di spazi pubblicitari altamente profilati<sup>3</sup>; gli istituti di credito pongono l’utilizzo di strumenti di *fintech* alla base delle loro decisioni di prestito<sup>4</sup>. Gli esempi potrebbero proseguire, toccando molti altri settori e fattispecie e coinvolgendo in modo profondo i diritti e le libertà delle persone e i principi democratici<sup>5</sup>.

In questa sede non potremo fare che qualche cenno a questioni che meriterebbero bel altro approfondimento e delimitaremo il campo di indagine, ragionando sulla configurabilità della valutazione economica dei dati personali nel settore pubblico. Infatti, se è pur vero che, anche intuitivamente, si possa comprendere che nelle attività che si svolgono nel settore privato i dati possano essere utilizzati per estrarne valore economico (resta comunque da comprendere quali siano gli schemi giuridici più adatti per legittimare determinate attività e al contempo tutelare i diritti



<sup>1</sup> *Ex plurimis*, L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2017; S. CALZOLAIO, *Protezione dei dati personali, aggiornamento*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 2017, 598; F. FAINI, *Data society. Governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019.

<sup>2</sup> Per una panoramica sul tema, sia consentito rinviare al volume E. Cremona, F. Laviola. V. Pagnanelli (a cura di), *Il valore economico dei dati tra diritto pubblico e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2022.

<sup>3</sup> Cfr. V. PAGNANELLI, *Una "valutazione d'impatto" della privacy sulle Big Tech. Riflessioni a margine della sentenza n. 2631/2021 della sesta sezione del Consiglio di Stato*, in E. Cremona, F. Laviola. V. Pagnanelli (a cura di), *Il valore economico dei dati*, cit., 13.

<sup>4</sup> «Le banche si affidano ai “punteggi di credito” (*credit scoring*) per prendere decisioni sui prestiti alle imprese e ai clienti persone fisiche, utilizzando come base dati, non solo le transazioni e le “storie” di pagamento dei clienti, ma anche fonti di dati aggiuntive (i c.d. “dati alternativi”), come l’attività sui social media, l’uso dello smartphone, l’attività dei messaggi di testo», cfr. F. BAGNI, *Il consumatore “prevedibile”: Big Data e intelligenza artificiale nella erogazione dei servizi bancari*, in E. Cremona, F. Laviola. V. Pagnanelli (a cura di), *Il valore economico dei dati*, cit., 78-79.

<sup>5</sup> Per tutti, S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza: il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, Roma, 2019.

fondamentali delle persone fisiche), ben diverso è lo scenario quando ci si pongano le medesime domande in relazione all'utilizzo dei dati in ambito pubblico. Proveremo, dunque, a riflettere su alcuni aspetti del trattamento dei dati nel settore pubblico ed in particolare sulle modalità della loro patrimonializzazione.

Prima di procedere appare necessario chiarire che, in tutto quanto attiene allo svolgimento di attività a beneficio della collettività, il profilo della economicità potrà emergere più agevolmente solo in relazione ad una valutazione economica dei risultati di determinate politiche pubbliche e scelte di governo (sia locale, sia di livello più elevato). Alla luce di queste premesse, si procederà pertanto a svolgere alcune considerazioni che abbiano ad oggetto l'utilizzo e quella che più propriamente si potrebbe definire la *valorizzazione* (in senso lato) dei dati nel settore pubblico, tralasciando l'aspetto più strettamente connesso alla monetizzazione dei dati personali. Dunque, si procederà prendendo ad esempio due tipologie di trattamento di dati personali nel settore pubblico, evidenziandone alcune peculiarità e potenzialità, anche alla luce della produzione normativa dell'Unione europea.

## 2. L'ambivalenza dell'utilizzo dei dati personali in ambito pubblico

La comparsa sulla scena e l'esponentiale sviluppo di sistemi di Intelligenza Artificiale hanno esteso in pochissimi anni il potenziale dei *Big Data*<sup>6</sup>, accrescendo l'elenco dei possibili utilizzi di questa tecnologia innovativa.

Se, da un lato, i risultati della ricerca appaiono prodromici al miglioramento della vita dei cittadini, ai grandi progressi della scienza, alla soluzione della crisi climatica, alla lotta alla criminalità, dall'altro, gli stessi strumenti potrebbero, se utilizzati in modo malevolo, provocare danni gravissimi e perdita dei diritti degli individui. Se si prende come scenario di riferimento il settore pubblico, dimora dei poteri dello Stato e della tutela delle garanzie costituzionali, il confine tra la valorizzazione dei dati per il bene pubblico e le pericolose derive di un utilizzo distorto (discriminazioni, sorveglianza ubiqua, disinformazione, turbative alla democrazia) diviene sottile e grave sarebbe un suo superamento.

I due casi di studio su cui ci soffermeremo tra poco vorrebbero contribuire ad evidenziare alcune di queste delicate questioni. Essi riguardano l'utilizzo (e la valorizzazione) dei dati per diverse finalità: l'incoraggiamento ad una cittadinanza "virtuosa", attuato attraverso meccanismi di raccolta dei dati ed elaborazione di punteggi (che, nella loro realizzazione concreta, potrebbero servire ad incoraggiare la buona cittadinanza o al contrario a controllare in modo pervasivo i cittadini) e l'elaborazione delle politiche a favore dei cittadini ed il miglioramento nella progettazione e realizzazione dei servizi.

## 3. Il social scoring

Per quanto riguarda il primo caso, cioè il *social scoring*, il Regolamento europeo 2016/679 (GDPR)<sup>7</sup> prevede una tutela per le persone fisiche. Si tratta in realtà di un divieto esplicito per il

---

<sup>6</sup> Sui *Big Data*, *ex plurimis*, M. DELMATRO, A. NICITA, *Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, il Mulino, Bologna, 2019; R. KITCHIN, G. MCARDLE, *What makes Big Data, Big Data?*, in *Big Data & Society*, 2016; G. DE GREGORIO, R. TORINO, *Privacy, protezione dei dati personali e Big Data*, in E. Tosi (a cura di), *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, 447 ss.; S. FARO, N. LETTIERI, *Big Data: una lettura informatico-giuridica*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Cedam, Padova, 2016, I, 503 ss.

<sup>7</sup> [Regolamento \(UE\) 2016/679 del Parlamento e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE \(Regolamento generale sulla protezione dei dati\)](#). V. G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in G. Finocchiaro (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia*, La



titolare del trattamento, cioè per il soggetto che ha la responsabilità di individuare finalità e mezzi del trattamento dei dati personali, di sottoporre l'interessato a decisioni basate unicamente sul trattamento automatizzato dei dati personali.

Tra i trattamenti automatizzati la norma (l'articolo 22 del GDPR<sup>8</sup>) cita esplicitamente la profilazione e specifica che il trattamento non deve produrre effetti giuridici sull'interessato, né deve incidere significativamente sulla sua persona. La formulazione di questa norma sembrerebbe escludere completamente la possibilità di procedere ad una valutazione del credito dei cittadini, anche se al fine di sollecitarli ad una buona cittadinanza.

In realtà, i paragrafi 2 e 3 pongono una serie di eccezioni al divieto che aprono la strada a molte opzioni di utilizzo della valutazione dei cittadini. Per quel che qui interessa, l'art. 6 par. 2 lett. b) prevede che il divieto possa essere superato per legge, ove il diritto dell'Unione o dello Stato membro indichi anche le misure adeguate a tutela dei diritti e delle libertà dell'interessato. Il paragrafo 3 autorizza persino l'utilizzo di categorie particolari di dati alla base del trattamento automatizzato, purché sia svolto per motivi di rilevante interesse pubblico, con misure di tutela adeguate, *ex art. 9 par. 2 lett. g) del GDPR*<sup>9</sup>. La norma introduce l'ipotesi del consenso esplicito dell'interessato (par. 2 lett. c) e par. 3), che pare comunque non applicabile anche in virtù di quanto espresso nel GDPR<sup>10</sup> e della consolidata posizione del Gruppo di lavoro Articolo 29<sup>11</sup>.

Se, dunque, dal GDPR non sembra giungere una indicazione che in modo netto autorizzi o escluda questo tipo di trattamenti, indicazioni più chiare sembrano giungere dalla proposta di Regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale (*Artificial Intelligence Act*<sup>12</sup>). In essa compare un divieto per le autorità pubbliche di utilizzare meccanismi di *social scoring* con possibili fini discriminatori. L'articolo 5 prevede il divieto di utilizzo di pratiche di intelligenza artificiale ritenute particolarmente rischiose in ragione dell'applicazione di tecniche subliminali o di sistemi che sfruttano la vulnerabilità di categorie fragili o perché comportino l'identificazione biometrica in tempo reale. Tra le pratiche vietate, compare anche l'utilizzo, da parte delle autorità pubbliche, di sistemi atti a valutare l'affidabilità delle persone «*sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali o della personalità note o previste*», nei casi in cui il punteggio sociale ottenuto sia causa di un trattamento pregiudizievole o sfavorevole, ingiustificato o sproporzionato<sup>13</sup>.

---

*protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, Zanichelli, Bologna, 2019, 1 ss.*

<sup>8</sup> Tra i commenti all'art. 22 del Regolamento europeo n. 2016/679, *ex plurimis*, F. LAGIOIA, G. SARTOR G., A. SIMONCINI, *Articolo 22*, in R. D'Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino, G. Resta (a cura di), *Codice della Privacy e Data protection*, Milano, 2021, 378 ss.; G.M. Riccio, G. Scorza, E. Belisario (a cura di), *GDPR e normativa privacy. Commentario*, Ipsoa, Milano, 2018, 219 ss.; L. Bolognini L., E. Pelino (a cura di), *Codice della disciplina privacy*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, 181 ss.

<sup>9</sup> V. A. THIENE, *Art. 9*, in R. D'Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino, G. Resta (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, cit., 239 ss.

<sup>10</sup> Che al Considerando n. 43 chiarisce che «*Per assicurare la libertà di espressione del consenso, è opportuno che il consenso non costituisca un valido presupposto per il trattamento dei dati personali in un caso specifico, qualora esista un evidente squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento, specie quando il titolare del trattamento è un'autorità pubblica e ciò rende pertanto improbabile che il consenso sia stato espresso liberamente [...]*».

<sup>11</sup> Cfr. GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, [Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento \(UE\) 2016/679](#), WP 259 rev.01, 28 novembre 2017, 6.

<sup>12</sup> [Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza artificiale \(Legge sull'Intelligenza artificiale\) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM\(2021\) 206 final](#). Si vedano, *ex plurimis*, i commenti di C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla Proposta di Regolamento dell'Unione Europea in materia di Intelligenza Artificiale*, in [Biolaw Journal](#) n. 3/2021, 415 ss.; A. SIMONCINI, *Verso la regolamentazione della Intelligenza Artificiale. Dimensioni e governo*, *ibid.*, 2/ 2021; A. MANTELERO, *Sulle regole AI l'Europa sceglie approccio "industriale": luci e ombre*, in [Agenda Digitale.eu](#), 27 aprile 2021. V. anche il volume *La via europea per l'Intelligenza artificiale* (a cura di C. Camardi), Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2022.

<sup>13</sup> V. [Proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale](#), art. 5, par. 1 lett. c). Si noti che nell'emendamento 218, adottato dal Parlamento europeo il 14 giugno 2023 scompare il riferimento alle sole autorità pubbliche, e viene eliminato altresì il termine "affidabilità", in favore di un più ampio riferimento alla valutazione o classificazione di persone singole o di gruppi di persone tramite *social scoring*, Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, [Emendamenti del Parlamento europeo](#).

#### 4. Il supporto alla elaborazione di politiche pubbliche

Per quanto riguarda il secondo profilo, cioè la valorizzazione dei dati ai fini dell'elaborazione di politiche a favore della collettività ed il miglioramento dei servizi pubblici, merita di essere richiamato il più ampio contesto della "Strategia europea per i dati", elaborata e presentata nel febbraio 2020.

L'Unione europea ha, infatti, deciso di imprimere una spinta allo sviluppo del Mercato Unico Digitale attraverso interventi volti ad aumentare la quantità di dati a disposizione delle imprese<sup>14</sup>, anche ai fini dell'addestramento dei sistemi di Intelligenza Artificiale<sup>15</sup>. L'Unione ha deciso di procedere con l'approvazione di norme, l'individuazione di strumenti idonei, la realizzazione di infrastrutture, la creazione di competenze per la gestione dei dati per favorire l'aumento di dati conservati ed elaborati nell'UE<sup>16</sup> e di realizzare uno spazio unico europeo dei dati affidabile ed attraente per investitori ed imprese. È la Commissione stessa a constatare che mentre l'utilizzo dei dati del settore pubblico da parte delle imprese è ormai da lungo tempo ampiamente garantito da politiche consolidate dell'Unione, i dati del settore privato messi a disposizione del settore pubblico non sono ancora sufficienti affinché possano essere utilizzati e valorizzati in termini di miglioramento delle politiche e dei servizi pubblici<sup>17</sup>. Di conseguenza, seppure all'interno di una serie di interventi finalizzati innanzitutto a favorire la libera circolazione dei dati nello spazio giuridico europeo e ad aumentarne il volume a disposizione delle imprese, alcune iniziative legislative della Commissione appaiono mirate a garantire anche agli attori del settore pubblico la disponibilità di dati sufficienti per la predisposizione di politiche *data-driven* a beneficio della collettività.

##### 4.1 Il Data Governance Act e la novità dell'altruismo dei dati

Sul versante dell'apertura dei dati pubblici in favore del settore privato, accanto alla Direttiva 2019/1024 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico<sup>18</sup>, si colloca il Regolamento sulla *governance* dei dati (*Data Governance Act - DGA*)<sup>19</sup>, di recente approvazione. Il *DGA* stabilisce regole per il riutilizzo, a determinate condizioni, dei dati detenuti da enti pubblici che siano soggetti a diritti di terzi. Si tratta dei dati protetti per motivi di riservatezza commerciale, riservatezza statistica, protezione della proprietà intellettuale, protezione dei dati personali<sup>20</sup>.

Se è vero che il *Data Governance Act* mira a promuovere la disponibilità dei dati riutilizzabili, potenziando i sistemi di condivisione in tutta l'Unione europea<sup>21</sup>, è indubitabile che lo stesso articolato contiene norme che incentivano i flussi di dati anche *verso* i soggetti pubblici.

---

[approvati il 14 giugno 2023, alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale \(legge sull'intelligenza artificiale\) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione \(COM\(2021\)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106\(COD\)\).](#)

<sup>14</sup> COMMISSIONE EUROPEA, [Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Una strategia europea per i dati"](#), COM(2020) 66 final, 19 febbraio 2020, 5.

<sup>15</sup> *Ibid.*, 3.

<sup>16</sup> *Ibid.*, 5.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 7.

<sup>18</sup> [Direttiva \(UE\) 2019/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.](#)

<sup>19</sup> [Regolamento \(UE\) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento \(UE\) 2018/1724 \(Data Governance Act\).](#) Per un commento, v. F. COLAPRISCO, *Data Governance Act. Condivisione e "altruismo" dei dati*, in [L post di AISDUE](#), Focus "Servizi e piattaforme digitali", n. 3, 5 maggio 2021.

<sup>20</sup> Cfr. [Regolamento \(UE\) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento \(UE\) 2018/1724 \(Data Governance Act\)](#), art. 3.

<sup>21</sup> V. D. POLETTI, *Gli intermediari dei dati*, in [European Journal of Privacy Law and Technologies](#), 1/2022, 46-48; G. RESTA, *Pubblico, privato, collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 971 ss.

Certamente di rilievo sotto il profilo dell'incremento dei dati a disposizione del settore pubblico ai fini del miglioramento delle politiche e delle attività amministrative, è l'introduzione nella *DGA* di un'ipotesi di utilizzo di dati messi a disposizione dagli interessati su base volontaria, per perseguire obiettivi di interesse generale quali l'assistenza sanitaria, la lotta ai cambiamenti climatici, il miglioramento della mobilità, l'agevolazione nella realizzazione di statistiche, il miglioramento delle politiche e dei servizi pubblici, il sostegno alla ricerca scientifica<sup>22</sup>.

Gli Stati membri dovrebbero predisporre sistemi e strumenti tali da agevolare l'espansione della pratica della donazione dei dati sulla base del consenso informato. A tal fine, l'articolo 25 prevede l'elaborazione di un modello europeo di consenso all'altruismo dei dati che si presenti con un formato uniforme in tutti gli Stati membri<sup>23</sup>. Il *Data Governance Act* prevede anche la possibilità di costituire e registrare organizzazioni senza scopo di lucro che svolgano attività di altruismo dei dati, destinatarie di obblighi di trasparenza e di obblighi specifici posti a tutela dei diritti degli interessati e dei titolari dei dati<sup>24</sup>.

Il nuovo istituto dell'altruismo dei dati ci riconduce alla questione all'origine di questo contributo, ovvero la patrimonializzazione dei dati personali. Un argomento frequentemente utilizzato da coloro che sostengono la non commerciabilità dei dati personali è la riconduzione di tale espressione digitalizzata della personalità alla sfera dei diritti fondamentali, che hanno tra le loro caratteristiche l'indisponibilità e l'inalienabilità. Questione su cui si è incentrata la difesa di *Facebook* nella nota disposta che la vide contrapposta all'Autorità antitrust italiana e che si concluse con [la sentenza del Consiglio di Stato n. 2631 del 29 marzo 2021](#)<sup>25</sup>. *Facebook* era stata sanzionata dall'Autorità per pratiche commerciali scorrette, per aver ingannato gli utenti presentando il servizio di *social network* come gratuito e celando invece il profilo di sfruttamento economico sotteso alla cessione dei dati da parte degli *users*. Nella sua difesa, la *Big Tech* aveva sostenuto che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato non avesse competenza per infliggere una sanzione per pratiche commerciali scorrette in quanto non vi erano profili economici nella cessione di dati degli utenti a *Facebook*, proprio perché i dati personali non sono per loro natura commerciabili, essendo diritti fondamentali, quindi indisponibili. Questa tesi, contrastata dalla controparte, è stata poi scartata in ultima analisi nella decisione del Consiglio di Stato. Alla luce della disciplina dell'altruismo dei dati, sembrerebbe che la previsione della possibilità di cedere i propri dati personali per fini di interesse generale dia una indicazione che muove decisamente nella stessa direzione del Consiglio di Stato, in quanto si assume, aprendo a questa possibilità, che vi sia spazio per atti di disposizione del proprio diritto della personalità (digitale).

Ma vi è di più. Il Considerando n. 45 del *Data Governance Act*, come ricordato, elenca una serie di obiettivi di interesse generale per il cui conseguimento gli interessati potrebbero mettere a disposizione i propri dati su base volontaria. Tra di essi, compaiono, ad esempio, l'assistenza sanitaria, l'agevolazione dell'elaborazione, della produzione e della divulgazione di statistiche europee, il miglioramento della fornitura dei servizi pubblici, o delle politiche pubbliche, il sostegno alla ricerca scientifica.

L'elenco delle materie lascia intendere che i dati che potranno essere ceduti per finalità di altruismo apparterranno con buona probabilità alle c.d. categorie particolari, i dati sensibili, quelli che il GDPR

---

<sup>22</sup> Cfr. [Data Governance Act](#), Considerando n. 45. V. G. RESTA, *Pubblico, privato, collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, cit., in particolare, 986 ss.

<sup>23</sup> V., in proposito, EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, [Joint Opinion 03/2021 on the Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance \(Data Governance Act\)](#), 10 marzo 2021, 38-39.

<sup>24</sup> [Data Governance Act](#), artt. 17 ss.

<sup>25</sup> [Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2021, n. 263](#), Facebook Ireland Limited c. Autorità garante della concorrenza e del mercato. Per una sintesi, cfr. v. PAGNANELLI, *Una "valutazione d'impatto" della privacy sulle Big Tech. Riflessioni a margine della sentenza n. 2631/2021 della sesta sezione del Consiglio di Stato*, in E. Cremona, F. Laviola. V. Pagnanelli (a cura di), *Il valore economico dei dati*, cit., 3 ss.

blinda e tutela in modo più deciso nell'articolo 9<sup>26</sup>. Quindi, a maggior ragione, se l'altruismo dei dati consente di decidere sui propri dati sensibili e di decidere se cederli o meno, resta allora da discutere sull'opportunità o meno di rendere questa cessione anche in parte remunerativa.

Ocorre, peraltro, sottolineare che, anche in presenza di diritti fondamentali inviolabili, indisponibili e irrinunciabili, sembrerebbe potervi essere spazio per una differenza tra l'estremo della disponibilità giuridica *tout court* di un diritto e possibilità di disporre di alcune facoltà in essa ricomprese. Autorevole dottrina si è già interrogata sulla configurabilità di una distinzione tra la rinuncia alla titolarità e quella all'esercizio di un diritto. La richiama Giorgio Resta, sottolineando che, seppure a seguito di una attenta valutazione in concreto della tipologia di beni coinvolti, delle finalità e degli effetti, resta configurabile un atto giuridico che disciplini le modalità di esercizio di un diritto fondamentale<sup>27</sup>.

La decisione, quindi, appare più etica e politica che giuridica. Vi è da chiedersi se l'ordinamento nazionale ed europeo sia abbastanza saldo da poter garantire una sicura circolazione dei dati personali, tutelando la corporeità digitale e il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, conservando la loro indisponibilità. La cassetta degli attrezzi è abbastanza fornita, in particolare con i diritti elencati nel GDPR (consenso, limitazione, portabilità, opposizione<sup>28</sup>) ed ora con i nuovi articolati europei più volte citati. Occorrerà intervenire sulla consapevolezza dell'utilizzo di questi strumenti al fine di rendere effettiva la partecipazione dei cittadini rispetto al destino dei propri dati.

#### 4.2 *Uno sguardo al futuro: il Data Act*

In seno alla "Strategia europea per i dati" nasce anche la proposta di *Data Act*, dichiaratamente al fine di garantire, attraverso regole armonizzate, l'equo accesso ai dati e la distribuzione del valore che essi creano tra tutti gli attori della *Digital Society*.

Come sottolineato nella relazione introduttiva, il valore dei dati è, infatti, concentrato nella disponibilità di poche società. Al contempo, la maggior parte dei dati prodotti e trattati nello spazio giuridico europeo non viene utilizzata<sup>29</sup>. La Legge sui dati tenta di dare un impulso alla *data economy* europea, ottimizzando l'accessibilità e l'utilizzo dei dati e promuovendo una distribuzione più equa del loro valore, impedendo che le piccole e medie imprese, contraenti deboli, sottoscrivano accordi che non garantiscano loro un accesso adeguato ai dati.

V'è da dire che, sino ad oggi, l'attenzione posta sullo sviluppo del Mercato unico, obiettivo centrale della strategia europea, ha portato la Commissione a concentrare gli interventi sulla

---

<sup>26</sup> L'articolo 9 del GDPR pone un divieto di trattamento per le categorie particolari di dati personali, ovverosia quelle idonee a rivelare l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona. Il secondo paragrafo contiene invece una serie di discriminanti che, ove presenti, rendono legittimo il trattamento di queste tipologie di dati personali. Compiono in questo elenco il consenso esplicito dell'interessato, l'assolvimento di regole in materia di diritto del lavoro, la tutela di un interesse vitale, i trattamenti effettuati all'interno delle attività di una fondazione o associazione, i casi in cui i dati personali siano stati resi pubblici dall'interessato, i trattamenti necessari per tutelare un diritto in sede giudiziaria, i trattamenti effettuati per motivi di interesse pubblico rilevante, o per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, o per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici.

<sup>27</sup> V. G. RESTA, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, in F. Cardarelli, S. Sica, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Giuffrè, Milano, 2004, 52 ss.

<sup>28</sup> Si tratta, *in primis*, delle norme contenute agli articoli da 12 a 22 del Regolamento europeo n. 2016/679. Si vedano in proposito i commenti L. Bolognini, E. Pelin, (a cura di), *Codice della disciplina privacy*, cit.; R. Panetta, (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e al novellato d. lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy)*, Giuffrè, Milano, 2019; G. Finocchiaro (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia*, cit.; G.M. Riccio, G. Scorza, E. Belisario, (a cura di), *GDPR e normativa privacy. Commentario*, cit.

<sup>29</sup> [Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo \(Legge sui dati\)](#), COM(2022) 68 final, Relazione, 1.

progressiva espansione della quota di dati pubblici sottoposti alle regole giuridiche del riutilizzo. Non si era, invece, prestata attenzione alla necessità per il settore pubblico di avere a disposizione più informazioni – tra cui certamente quelle estraibili dai dati di operatori privati – per adempiere in modo più efficiente ai compiti assegnati dalla legge a ciascuna autorità od organismo.

La proposta di *Data Act* affronta in modo incisivo anche la questione della disponibilità dei dati in capo ai soggetti pubblici. L'articolato contiene la disciplina di un meccanismo autoritativo di accesso a *dataset* privati<sup>30</sup> da parte di organismi pubblici nei casi di “necessità eccezionale”, come emergenze pubbliche che i soggetti pubblici potrebbero prevenire o gestire grazie ai dati di soggetti privati, che potranno essere utilizzati entro limiti di tempo e di volume. Nella proposta di *Data Act* si contempla anche l'ipotesi in cui la mancanza di dati impedisca alla pubblica autorità di svolgere un compito di interesse pubblico stabilito dalla legge, ove il soggetto pubblico non possa reperire tali dati a prezzi di mercato, né attraverso gli strumenti legislativi in vigore o da adottare. Anche la riduzione dell'onere amministrativo che graverebbe sul soggetto pubblico nel caso di reperimento dei dati con modalità alternative viene considerata una condizione sufficiente per procedere all'accesso ai dati “d'imperio”.

A fronte della messa a disposizione dei dati da parte dei soggetti privati, il *Data Act* prevede, che la richiesta dovrà specificare quali siano i dati richiesti, a quale scopo, l'uso che se ne farà, il tempo di utilizzo<sup>31</sup>. L'autorità pubblica richiedente dovrà, inoltre, indicare la base giuridica della richiesta e dimostrarne l'eccezionalità, oltre che il termine entro il quale i dati debbono essere resi disponibili. La messa a disposizione dei dati per rispondere ad una emergenza pubblica non prevede il pagamento di alcun corrispettivo. Il compenso non potrà superare i costi tecnici ed organizzativi sopportati dal titolare per rispondere alla richiesta<sup>32</sup>.

## 5. Conclusioni

Le potenzialità di utilizzo di strumenti di premiali per aumentare l'*engagement* dei cittadini nella cura dei beni pubblici e nello sviluppo di servizi migliori sono elevate e stimolano l'interesse degli amministratori pubblici che immaginano utilizzi virtuosi di questi sistemi tecnologici innovativi.

Il Garante per la protezione dei dati personali ha ritenuto di porre peraltro sotto osservazione diverse iniziative di tipo premiale promosse in alcuni enti locali italiani sulla base di meccanismi di *scoring*. La “cittadinanza a punti” nei casi oggetto di analisi da parte del Garante era utilizzata per la migliore gestione della mobilità, per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, per attivare strumenti come lo *smart citizen wallet* del cittadino. A fronte dell'indubbio valore - in termini di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione pubblica – delle sperimentazioni richiamate, l'Autorità ha ritenuto di aprire delle istruttorie per verificare le modalità di realizzazione delle stesse. Restano infatti alti e non possono essere messi da parte i rischi connessi a meccanismi di profilazione da cui potrebbero derivare conseguenze giuridiche negative per i diritti e le libertà degli interessati, inclusi i soggetti più vulnerabili<sup>33</sup>.

Sul versante della valorizzazione dei dati nella migliore elaborazione delle politiche pubbliche, il *Data Governance Act* (nella parte relativa all'altruismo dei dati) e il *Data Act* (nella parte che prevede la possibilità per le autorità pubbliche di accedere d'imperio a dati dei privati) sembrerebbero riequilibrare scelte strategiche che sono state sin qui volte principalmente a garantire lo sviluppo delle imprese e del mercato e sono state meno preoccupate di assicurare al contempo l'efficienza della infrastruttura pubblica. Questa differenza di approccio tra il settore pubblico e il privato emerge anche dalla lettura del documento *Shaping Europe's Digital Future*, pubblicato il 19 febbraio 2020, in

---

<sup>30</sup> G. RESTA, *Pubblico, privato, collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, cit., in particolare, 980.

<sup>31</sup> [Proposta di Data Act](#), art. 17.

<sup>32</sup> [Proposta di Data Act](#), art. 20.

<sup>33</sup> V. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, “Cittadinanza a punti”: Garante privacy ha avviato tre istruttorie. Preoccupanti i meccanismi di scoring che premiano i cittadini “virtuosi”, 8 giugno 2022, [docweb n. 9778361](#).

occasione della presentazione della “Strategia europea dei dati”. In esso prevalgono i temi dello sviluppo del *Digital Single Market*, mentre il settore pubblico viene citato solo genericamente rispetto alla difesa della democrazia e della genuina formazione dell’opinione pubblica<sup>34</sup>.

Insieme all’altruismo dei dati disciplinato nel *Data Governance Act*, l’obbligo di messa a disposizione svolge ora finalmente una funzione di riequilibrio tra il costante aumento del volume – e dunque del valore – dei dati in possesso di pochi, grandi operatori privati, e la scarsità di dati dei privati a disposizione del settore pubblico<sup>35</sup>, attraverso scelte normative di cui nei prossimi anni dovranno essere verificati legittimità (specie per il *Data Act* non ancora approvato) ed efficacia. Alla luce dello scenario appena tratteggiato, il percorso della valorizzazione dei dati in ambito pubblico è ancora tutto da scrivere.

---

<sup>34</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Communication: Shaping Europe’s digital future*, 19 febbraio 2020.

<sup>35</sup> Ivi, 3: «[...] la Commissione presenta una proposta di normativa sui dati con l'intento di garantire un'equa ripartizione del valore dei dati tra gli operatori dell'economia dei dati e di promuovere l'accesso ai dati e il relativo utilizzo».

**Antonino Spadaro**  
**Riforma costituzionale (premierato elettivo) o riforma elettorale (maggioritario con designazione del premier)?\***

**ABSTRACT: The article contests the constitutional reform which introduces the direct election of the premier and instead calls for the adoption of a efficient and comprehensive electoral law with "designation of the premier".**

SOMMARIO: 1. L'eterna tentazione italiana delle riforme costituzionali. – 2. Tante “variabili/costanti” per determinare la *forma di governo* e due vie preferenziali: riforma della Carta e/o nuova legge elettorale. – 3. La “designazione elettorale” del Premier: parimenti efficace e meno *tranchant* dell’“elezione diretta”. – 4. Brevi conclusioni: talvolta *il meglio è peggio del bene*.

1. *L'eterna tentazione italiana delle riforme costituzionali*


È noto che in Italia da sempre ma soprattutto negli ultimi 50 anni –*ciclicamente*– una parte della classe politica, ora di centro-destra ora di centro-sinistra, invoca e propone una *riforma strutturale*, ossia sistematica, della Costituzione.

Nel frattempo, dal 1948 ad oggi, sono state approvate *ben 47 leggi costituzionali*, quasi tutte espressione di minori revisioni/integrazioni della Carta, dunque “micro-riforme”, con forse solo due eccezioni di “macro-riforme” costituzionali, ossia di settore o sistemiche: nel 2001 la discussa revisione del Titolo V della Parte II della Costituzione, che ha accresciuto i poteri delle regioni, e nel 2020 l’altrettanto discussa forte riduzione del numero dei parlamentari, in entrambi i casi riforme “consacrate” poi dal voto referendario.

In genere ho espresso forti perplessità sull’opportunità di discutere “preventivamente” di riforme istituzionali e/o costituzionali perché, poi, spesso non si fanno o, quando si fanno, quasi sempre non sono esattamente quelle di cui si era discusso o, peggio, si tratta chiaramente di *riforme riformande*<sup>1</sup>. In ogni caso, per quanto il tema sia di evidente, non eludibile, rilevanza politica, credo che lo studioso dovrebbe cercare di mantenere sempre sul punto un approccio freddo, neutro o, *melius*, per quanto possibile, strettamente tecnico<sup>2</sup>. Bisogna sempre, di volta in volta, valutare *sine ira et studio*, dunque con prudenza (da cui “giurisprudenza”) – oltre l’opportunità storico-politica – la fattibilità e convenienza tecnico-giuridica della singola proposta di riforma.

A conferma dell’attendibilità del detto luterano *Juristen böse Christen!* purtroppo non mancano, da un lato, revisionisti “a priori” e, dall’altra, personalità giuridiche psicologicamente “conservatrici”, quindi intrinsecamente ostili ad ogni cambiamento. Chi aderisce a quest’ultimo approccio, in fondo finisce col dubitare della possibilità (non dell’uso occasionale dell’art. 138 Cost., ma) di riforme costituzionali “sistemiche”: basti dire che si è arrivati a sostenere che – mutando la semplice forma di governo – «possa risultare sostanzialmente stravolta la stessa forma di stato»<sup>3</sup>.

---

\*  Il lavoro, aggiornato a giugno 2023, è destinato anche agli *Scritti in memoria di Beniamino Caravita di Torritto*.

<sup>1</sup> Cfr. *I decreti legislativi integrativi e correttivi: un Fehlerkalkül all’italiana? Ovvero il «calcolo dei vizi» come previsione di riforme... riformande*, in AA.VV., *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Coccozza e S. Staiano, Torino, 2000, 567 ss. e *Il premierato "all’italiana". Il caso singolare di un Primo Ministro sempre dimissionario per mozione di sfiducia "respinta"*, in AA.VV., *La Carta di tutti. Cattolicesimo italiano e riforme costituzionali (1948-2006)*, a cura di R. Balduzzi, Roma, 2006, 159 ss.

<sup>2</sup> Infatti: «non appartengo al gruppo dei conservatori della Carta “così com’è”, sempre e comunque (se si vuole, gli *ultra-conservatori*) e nemmeno certamente al gruppo dei revisionisti ad ogni costo (in breve: gli *ultra-revisionisti*)». Mi esprimevo così in *Dal “revisionismo” a buon mercato al “misoneismo” camuffato*, replica alla Lettera AIC 12/2022, al sito dell’[AIC](#).

<sup>3</sup> Così A. RUGGERI, [Il menu à la carte delle riforme costituzionali](#), in questa [Rivista](#), Editoriale del 10 maggio 2023.

A mio avviso, più semplicemente, vanno tenute in conto almeno tre cose: *a)* nessuna opera umana, Costituzione compresa, è perfetta e dunque tutto è perfettibile, tant'è che lo stesso Costituente, con saggezza, ha previsto nell'art. 138 una procedura, ovviamente aggravata, di revisione della Carta; *b)* si può pensare con relativa serenità a revisioni sistemiche della Carta perché la Corte costituzionale – onde garantire comunque il nucleo duro dei valori fondanti il nostro ordinamento (c.d. «principi fondamentali e diritti inviolabili») – ha definitivamente riconosciuto l'esistenza, oltre di quelli derivanti dall'art. 139, di ulteriori limiti *sostanziali invalicabili* alla revisione ([Corte cost. sent. n. 1146/1988](#)); *c)* non si può dire con certezza assoluta che la fragilità dei Governi italiani – la cui durata *media*, com'è noto, è inaccettabilmente breve e comunque incompatibile con un'adeguata ed efficiente programmazione della cosa pubblica – sia imputabile esclusivamente, o comunque prevalentemente, alle laconiche disposizioni esistenti in merito nella nostra Costituzione, ma certo l'esperienza storica di questi 75 anni (1948-2023) conferma tale debolezza italiana, accanto invece ad una sostanziale e permanente validità della prima Parte della Carta.

Avendo la maggioranza che ha vinto le ultime lezioni, *re melius perpensa*, saggiamente “dimenticato” – parrebbe – la proposta pre-elettorale di una riforma costituzionale che deroghi al “primato delle fonti comunitarie”, a parte la concreta attuazione del regionalismo differenziato (già previsto, però, dal 2001), resta in piedi l'istanza di cambiare la nostra forma di governo, anche se formulata in modo assai generico, con un politicamente allettante ma vago riferimento all'“elezione diretta”, anche se non si sa bene di chi.

Ove si osservi il ricordato approccio tecnico/neutro e si tenga conto delle tre considerazioni prima svolte, va senz'altro riconosciuto che – almeno tendenzialmente e *astrattamente* – nulla osta a un aggiornamento della nostra Carta, introducendo macro-riforme costituzionali (quindi sistemiche o di settore) volte a perfezionare/migliorare la nostra “forma di governo”<sup>4</sup>.

## 2. Tante “variabili/costanti” per determinare la forma di governo e due vie preferenziali: riforma della Carta e/o nuova legge elettorale

Si tratta, però, di vedere se – per raggiungere lo scopo (o comunque, più realisticamente, avvicinarsi all'obiettivo) di stabilizzazione dell'esecutivo – sia *davvero* “necessario” arrivare a una revisione delle disposizioni della nostra Carta e non sia invece “preferibile” intervenire piuttosto sulla sola legge elettorale, con minori complicazioni, sia sul piano della procedura giuridica (non aggravata) che del consenso politico (plausibilmente più ampio)<sup>5</sup>.

Del resto e com'è a tutti noto, le *norme costituzionali scritte*, per quanto certo importantissime, costituiscono solo “una” delle (almeno) cinque variabili/costanti che formano il concetto di “forma di governo”<sup>6</sup>. Ricordo, in particolare, che fra le variabili/costanti ci sono appunto i *sistemi elettorali* la cui funzione nella determinazione di una forma di governo è certo determinante, sicché l'idea di lavorare proprio sul sistema elettorale per incidere risolutamente sulla stabilità degli esecutivi non può essere liquidata semplicisticamente, per usare una metafora, alla stregua di un “pannicello caldo”

---

<sup>4</sup> Visto che, come lapidariamente ricorda B. CARAVITA: «La forma di governo parlamentare italiana [...] è almeno zoppicante» [cfr. *I circuiti plurali delle decisioni nelle democrazie moderne*, in AA.VV., *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, a cura di P. Bilancia, Torino, 2018, 24]

<sup>5</sup> Un cenno sulle due opzioni, seppur drammatizzato, è in A. MORRONE, *Sulle riforme il confronto è fra due idee opposte di democrazia*, in [Domani](#), 20.05.2023, 12.

<sup>6</sup> In *L'evoluzione della forma di governo italiana. Dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale* [editio minor in *Quad. cost.*, n. 1/2019, 75] osservavo: «...senza avere la pretesa di offrire un elenco completo delle “costanti/variabili” che andrebbero prese in esame (basti pensare ai *regolamenti parlamentari*) per definire il concetto di forma di governo, da tempo ci sembra sia possibile indicare comunque le principali. Esse sono: I) le norme costituzionali scritte; II) le norme costituzionali consuetudinarie; III) i precedenti, le prassi e le convenzioni costituzionali in genere; IV) il sistema elettorale in senso stretto (proporzionale, maggioritario o misto, nelle sue diverse varianti) e in senso lato (tipo di collegio, tipo di voto, cause di ineleggibilità/incompatibilità, c.d. sistema elettorale di contorno: norme sulla propaganda, il finanziamento elettorale, ecc.); V) il sistema politico-partitico» (per l'*editio major* dello stesso testo, cfr. in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 9/2018, 17.09.2018).



inadeguato alla “malattia” italiana. Soprattutto – se davvero il fine perseguito è quello del miglioramento della nostra forma di governo – è lecito riflettere sull’effettiva esistenza delle due condizioni prima ricordate (opportunità storico-politica e fattibilità/convenienza tecnico-giuridica) che giustifichino un atto politicamente e giuridicamente così grave e complesso, qual è una revisione sistemica (di settore) della Costituzione.

Ad onor del vero, proprio l’esistenza (almeno) delle ben cinque variabili/costanti prima ricordate nella concreta determinazione della “forma di governo” dovrebbe indurre a un minore ottimismo sull’idea che – incidendo soltanto su *una* di esse: disposizioni costituzionali (secondo il Governo) o disposizioni di legge, soprattutto elettorale (per chi scrive) – si possa conseguire sempre e comunque, dunque con certezza matematica, l’obiettivo della maggiore stabilità degli esecutivi. Come si sa, la stabilità/governabilità dipende da troppi fattori, essenzialmente *politici*, per cedere alla facile e ingenua tentazione di pensarlo. Del resto, anche la nostra attuale *forma di governo parlamentare* talvolta ha espresso Presidenti del Consiglio e Governi politicamente stabili e forti: è stato il caso, per esempio, del II governo Berlusconi, durato praticamente l’intera legislatura (2001-2005); ma anche l’attuale governo di Giorgia Meloni, almeno così pare, sembra stabile e destinato a durare l’intera legislatura, nonostante sia frutto di un *sistema elettorale* non esattamente maggioritario, qual era invece quello che ha consentito la lunga durata del II governo Berlusconi. Si tratta comunque di eccezioni, confermate dalla ricordata, quasi cronica, instabilità del quadro *politico* italiano, a sua volta favorita dalla litigiosità inter- ed infra-partitica, dal crescente astensionismo e dall’ormai evidente volubilità dell’elettorato, pronto a mutare in modo repentino i propri orientamenti. Insomma, sappiamo tutti che raramente è sufficiente l’adozione di una riforma “normativa” – di rango legislativo (legge elettorale) o anche super-legislativo (modifica costituzionale) – per garantire con sicurezza una maggiore stabilità ed efficienza dei nostri esecutivi.

Ciò non toglie che i giuristi abbiano essenzialmente proprio queste due leve per cercare di risolvere il problema e dunque si interrogino soprattutto su queste, come del resto qui si sta facendo.

### 3. La “designazione elettorale” del Premier: parimenti efficace e meno tranchant dell’“elezione diretta”

Andando al sodo senza indulgere in ulteriori considerazioni generali, escluderei senz’altro che in Italia ci siano le “condizioni” politiche e giuridiche per passare dall’attuale nostra forma di governo “parlamentare” a quella del *presidenzialismo* statunitense o del *semipresidenzialismo* alla francese. Ciò, per motivi che mi sembrano abbastanza scontati.

Nel primo caso (*presidenzialismo*, che cumula su una sola persona le funzioni di Capo dello Stato e di Primo ministro, sia pure eletto direttamente), per tacer d’altro, osta innanzitutto il passato storico del nostro Paese che purtroppo, durante il ventennio fascista, ha fatto la tragica esperienza di “un uomo solo al comando”: questo passato incombente, il nostro sistema partitico e l’assenza di contrappesi adeguati a un potere così forte inducono ad escludere, almeno a mio avviso, quel modello, la cui adozione comporterebbe davvero una controversa e radicale riscrittura di buona parte della Carta.

Nel secondo caso (*semi-presidenzialismo*, che vede un Capo dello Stato elettivo indicare un Primo ministro sfiduciabile dal Parlamento), al di là della intrinseca complessità del modello, osta la tradizionale natura del sistema politico italiano, forse bipolarizzato o bipolarizzabile ma sempre ultraframmentato, sistema che – al di là del rischio di *cohabitation*, ben noto ai francesi – difficilmente tollererebbe una “diarchia” (Presidente/Primo Ministro) con i connessi problemi definitivi di rispettive attribuzioni e competenze.

Dunque, se davvero si mira a dare maggiore stabilità ai nostri governi, buon senso vorrebbe che si scartino queste due opzioni e realisticamente si pensi, piuttosto, a un *premierato*, ossia ad una forma di governo che “legittimi” (sul piano esterno, del consenso democratico) e “rafforzi” (sul piano interno, endogovernativo) le funzioni del Primo ministro. Quel che però mi lascia perplesso è che,

per conseguire questo doppio obiettivo, si pensi subito e seccamente ad una *revisione costituzionale*, un fatto – in sé – legittimo ma giuridicamente complesso e politicamente assai divisivo. Comprendo e apprezzo sinceramente le ragioni di chi promuove la cosa<sup>7</sup>, ma mi chiedo se questa sia l'unica via per *conseguire il risultato*, anzi più precisamente se sia la via migliore e quella che potrebbe ottenere i maggiori consensi sociali e politici, visto il dichiarato dissenso di gran parte delle opposizioni.

Ove si osservi che, *in ogni caso*: quale che sia la riforma, comunque e necessariamente si dovrà por mano al sistema elettorale, è lecito chiedersi se invece sia possibile – *a Costituzione invariata* – pervenire *pressoché* allo stesso risultato semplicemente modificando la legge elettorale, evitando così un acceso conflitto politico, con pesanti e imprevedibili strascichi costituzionali, vista la sia pur parziale, ma inevitabile, *deminutio* formale dei poteri del Capo dello Stato e l'altrettanto inevitabile *indebolimento* delle Camere, per altro nel quadro di una più generale e risalente crisi del parlamentarismo, che non può assolutamente essere sottovalutata.

Fermo restando che, insisto: *repetita iuvant*, sarebbe ingenuo pensare che riforme “giuridiche”, anche costituzionali, possano sempre e comunque rimediare, in sé e da sole, a gravi e ataviche carenze del sistema “politico” (crisi dei partiti, leadership populistiche, *disinformation* e manipolazioni del consenso, ecc.), mi pare che comunque sia possibile dare una profonda e positiva svolta alla nostra forma di governo *senza toccare la Carta* e stravolgere il tradizionale rapporto fiduciario Governo-Parlamento, costituzionalmente razionalizzato.

Probabilmente si può, infatti, rafforzare il Premier e provare a stabilizzare gli Esecutivi con un semplice ma radicale intervenendo *sul piano legislativo*, agendo su due fronti:

a) per un verso, incrementando i poteri endogovernativi del Premier, con una strutturale *modifica della legge n. 400/1988*<sup>8</sup>. Com'è noto, l'art. 95, comma 2, della Costituzione non prevede *espressamente* la “revoca” dei ministri da parte del Presidente del Consiglio, ma *nemmeno la esclude*. Finora molti hanno creduto, sulla base di una controversa prassi, che non fosse possibile, ma in realtà con una semplice modifica della ricordata legge ordinaria si può prevedere – a mio avviso in piena conformità a Costituzione – che il Presidente del Consiglio sottoponga al Capo dello Stato la “proposta di revoca” di un ministro. In tal modo, da un lato si rafforza la posizione del Premier sul piano endogovernativo, prevedendo espressamente l'istituto della revoca, e dall'altro si permette al Presidente della Repubblica, nell'esercizio delle sue funzioni di garanzia costituzionale, di controllare che tale eventuale atto, per quanto discrezionale, non sia arbitrario (cfr. [Corte. cost., sent. n. 7/1996](#))<sup>9</sup>;

b) per un altro verso, legittimando democraticamente il Premier in forma quasi-diretta, con l'adozione di un nuovo, e più congruo, sistema elettorale *maggioritario con designazione del Primo Ministro*: naturalmente non entro qui in dettagli tecnici (doppio turno, premio di maggioranza, ecc.), secondari in questa sede. Si tratta, in fondo, di un'ipotesi di lavoro con radici antiche: si pensi alle tesi di studiosi come R. Ruffilli<sup>10</sup> e lo stesso L. Elia di cui ricordo le lucide parole: «Si tratta di una forma di governo e di una legge elettorale che facciano emergere da una sola consultazione degli elettori la maggioranza parlamentare e l'indicazione del Presidente del Consiglio in modo da incorporare la scelta del leader nella scelta della maggioranza»<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> La tesi del *premierato elettivo*, com'è noto, era di C. MORTATI (già dal 1973, ma v. pure *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1975, 39), poi di S. GALEOTTI (*Un governo scelto dal Popolo: «il governo di legislatura»*, Milano, 1984) ed oggi è sostenuta soprattutto da T. FROSINI (che ne parla dal 1997): da ultimo in *Sulla forma di governo del premierato (elettivo)*, in [federalismi.it](#), 7.06.2023.

<sup>8</sup> In questo senso anche F. SALMONI, *Conciliare governabilità e forma di governo attraverso riforme legislative e due revisioni costituzionali*, in [federalismi.it](#), 7.06.2023, 5.

<sup>9</sup> A ragione S. CECCANTI (*A proposito del caso Bonafede/1*, in [il Mulino](#), 21.05.2020) osserva: «Non è infatti un caso che la sfiducia individuale si usi solo da noi, mentre il potere di revoca è presente in tutte le grandi democrazie che prevedono il rapporto di fiducia».

<sup>10</sup> Cfr. R. Ruffilli - P.A. Capotosti (a cura di) *Il cittadino come arbitro*, Bologna, 1998.

<sup>11</sup> Cfr. Commissione per le riforme costituzionali, *Per una democrazia migliore*, Roma, 2013. Ho ripreso questa bella citazione di L. Elia da S. CECCANTI [*Per un efficace (ma non troppo) forma di governo neoparlamentare*, in [federalismi.it](#), 7.06.2023, 4 s.], del quale però non posso condividere – come si comprende da quanto fin qui sostenuto – l'idea che sia comunque “necessaria” una revisione della Costituzione alla tedesca, con fra l'altro «la previsione di un unico rapporto fiduciario (o con una sola Camera o con il Parlamento in seduta comune) del solo Presidente del Consiglio,

Mi sembra che le due ipotesi qui formulate – potrebbe dirsi di semplici *riforme legislative con rilevanti effetti costituzionali* – siano preferibili a quella dell'introduzione in Costituzione del "premierato elettivo". Esse si giustificano per vari motivi e presentano diversi vantaggi. Ne indico, riepilogando, i principali:

- potremmo risparmiarci l'annosa diatriba sul metodo più corretto, fra i molti possibili, per dar vita a riforme costituzionali "di sistema": informale consultazione del Governo con l'opposizione (come ora sembra stia accadendo), nomina governativa di un Comitato di saggi e/o tecnici che produce un testo prodromico per la discussione in Parlamento (com'è successo un paio di volte), istituzione di un'apposita Commissione parlamentare bicamerale (come fatto in ben tre momenti, ma invano, nella storia costituzionale italiana: Commissioni Bozzi, De Mita-Iotti e poi D'Alema), addirittura elezione di un'Assemblea costituente, ecc. Altrove ho approfondito la questione sul piano della teoria generale e francamente qui avrei ben poco da aggiungere<sup>12</sup>. La soluzione cui ora accenno presenta il non trascurabile vantaggio di "bypassare" proprio la questione delle tecniche legate alla procedura di revisione costituzionale "di sistema";

- si evita, inoltre, il rischio che più di un osservatore lamenti il *vulnus* della Carta, ritenendo che – ancora una volta e senza "senso delle istituzioni" – sia stato fatto un uso "politico e congiunturale" della nostra Carta fondamentale<sup>13</sup>.

- non bisogna passare per le "forche caudine" della complessa procedura aggravata di cui all'art. 138 (che, non si dimentichi, non esclude pure il ricorso al referendum in assenza della maggioranza dei 2/3 dei parlamentari). L'adozione dell'auspicata revisione della l. n. 400/1988 e l'introduzione di un nuovo sistema elettorale maggioritario con designazione del Primo Ministro, per quanto di natura para-costituzionale, avverrebbero invece con semplici *leggi ordinarie*;

- il rafforzamento *endogovernativo* dei poteri del Premier, attraverso il riconoscimento legislativo di un potere di revoca dei ministri, non comporterebbe alcuna modifica del per altro generico e indeterminato I comma dell'art. 95 («Il Presidente del Consiglio dei ministri dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile. Mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei ministri»), semplicemente dando una diversa e più completa attuazione legislativa al II comma dello stesso articolo («La legge provvede all'ordinamento della Presidenza del Consiglio e determina il numero, le attribuzioni e l'organizzazione dei ministeri»);

- naturalmente si può discutere su come definire *terminologicamente* la proposta qui formulata ("indicazione" del candidato Primo ministro, "designazione" del Premier", ecc.): quel che conta è la maggiore "legittimazione democratica" dello stesso, derivante dal fatto che il corpo elettorale viene messo *sostanzialmente* nelle condizioni di riconoscere, e scegliere, il potenziale Primo ministro, n.b.: senza che però questo attenti alle prerogative *formalmente* spettanti al Presidente della Repubblica. Segnalo che il meccanismo cui qui si accenna ha operato sul piano politico, dunque solo "implicitamente", dal 1993 al 2004, durante la vigenza delle leggi elettorali n. 276 e 277/1993, che prevedevano un maggioritario con quota proporzionale del 25% e "scorporo" (c.d. *Mattarellum*), mentre è divenuto giuridicamente "esplicito" dal 2005 al 2014 con la l. n. 270/2005 che configurava un sistema proporzionale con premio di maggioranza (c.d. *Porcellum*), il cui art.1, comma 5, testualmente recitava: «... i partiti politici o gruppi politici organizzati che si candidano a governare

---

da instaurare a maggioranza semplice (conformemente all'articolo 63 della Legge Fondamentale di Bonn), oltre alla previsione di poter richiedere la revoca dei ministri (art. 64 della medesima); la sfiducia costruttiva (art. 67 della LF), lo spostamento parziale, sul Presidente del Consiglio del potere di scioglimento come deterrente contro le crisi (art.68 della medesima)». È evidente, per altro, che – ove si scegliesse l'ardua via della revisione costituzionale – accanto a queste, di cui si può discutere, si potrebbero apportare ulteriori, radicali migliorie alla nostra forma di governo: per esempio la limitazione dei casi in cui il Governo pone la questione di fiducia e l'introduzione di una *corsia preferenziale* per i disegni di legge del governo, al fine di contenerne la decretazione d'urgenza.

<sup>12</sup> Cfr. *La "transizione" costituzionale: ambiguità e polivalenza di un'importante nozione di teoria generale*, in AA.VV., *Le «trasformazioni» costituzionali nell'età della transizione*, a cura di A. Spadaro, Torino, 2000, 17 ss.

<sup>13</sup> Cfr. ripetutamente A. RUGGERI, da ultimo in *L'autonomia regionale inappagata, la sua "differenziazione" e l'uso congiunturale della Costituzione*, in [Diritti Regionali](#), n. 2/2023, 365 ss.

depositano il programma elettorale nel quale dichiarano il nome e cognome della persona da loro indicata *come capo della forza politica*. I partiti o i gruppi politici organizzati tra loro *collegati in coalizione* che si candidano a governare depositano un *unico* programma elettorale nel quale dichiarano il nome e cognome della persona da loro indicata *come unico capo della coalizione*. *Restano ferme le prerogative spettanti al Presidente della Repubblica previste dall'art. 92, secondo comma, della Costituzione*» (miei i c.vi). Fra tali prerogative ricordo solo, qui, l'eventuale individuazione di un Presidente del Consiglio "tecnico" nelle situazioni di grave crisi politica e, ovviamente, lo scioglimento anticipato delle Camere. A suo tempo, anche per i motivi indicati dalla Corte cost. nella [sent. n.1/2014](#)<sup>14</sup>, ovviamente e ferocemente ho criticato in generale il Porcellum, ma riconosciuto invece l'utilità specifica di questo articolo, che – non intaccando i poteri del Parlamento e del Capo dello Stato – non a caso la Corte non ha invalidato<sup>15</sup>;

- un sistema elettorale *maggioritario con designazione del candidato Premier* – senza incidere sui rilevanti margini di discrezionalità che spettano al Capo dello Stato – dovrebbe comunque comportare per quest'ultimo il dovere di *garantire* sempre la «"corrispondenza" fra volontà *popolare* e volontà *parlamentare*»<sup>16</sup>, come purtroppo invece non è accaduto quando, a fine 1994, si è passati da un governo di centro-destra, espressamente voluto dal corpo elettorale, a un governo di centro-sinistra, a causa della defezione di una componente dell'originaria maggioranza (Lega Nord) transitata non "a" ma "con" l'opposizione. Se si parte dal presupposto – non solo ad avviso di chi scrive incontrovertibile – che il "sistema elettorale" incide direttamente sulla forma di governo (di cui anzi costituisce, piaccia o no, un elemento costitutivo), una volta adottato un sistema *elettorale maggioritario con designazione del candidato premier*, la tesi secondo cui una delle funzioni del Presidente della Repubblica sarebbe *sempre* quella di impedire, per quanto possibile, uno scioglimento anticipato delle Camere costituisce una malintesa, anzi deviante, interpretazione della stessa forma di governo parlamentare. In questo caso, invece, il Capo dello Stato ha, o dovrebbe avere, la ben diversa funzione *giuridica* di «impedire operazioni di malcostume-corrruzione e trasformismo politico, garantendo la conformità fra maggioranza elettorale e parlamentare [... quindi... ] non scioglie anticipatamente le Camere a cuor leggero, ma nemmeno può "cercare" col lanternino nuove maggioranze parlamentari, *quali che siano*, in funzione anti-scioglimento, men che meno se si tratta di maggioranze diverse da quella espresse dalle urne, togliendo (di fatto) le castagne dal fuoco all'opposizione ed entrando (più o meno consapevolmente) nell'agone politico»<sup>17</sup>. Invero

---

<sup>14</sup> Sul punto, v. spec. il volume di A. RAUTI, *I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1 del 2014. Problemi e prospettive*, Napoli, 2014 dove tutta la problematica in esame è ampiamente approfondita.

<sup>15</sup> Osservavo infatti: «l'ultima parte del ricordato inciso, sulle prerogative presidenziali, che in una legge ordinaria potrebbe apparire persino pleonastico, conferma, ove ve ne fosse bisogno, che formalmente in Italia non v'è ancora una forma di governo *tout court* di "premierato"». Così A. SPADARO, *Poteri del Capo dello Stato, forma di governo parlamentare e rischio di "ribaltone"*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 7, (20.09.2010) e in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Vol. IV., Editoriale Scientifica, Napoli 2011, nt. 16, 3444. A conferma del fatto che fortunatamente le prerogative presidenziali non fossero state toccate, *infra* nel testo altresì rilevavo: «È evidente, per altro e per quanto l'ipotesi sia improbabile, che, ove un partito della coalizione vincente avesse più voti di quello del capo della coalizione formalmente indicato nella scheda elettorale, il Presidente della Repubblica – in assenza di un'indicazione espressa del potenziale *premier*, ma solo del *capo della coalizione* – potrebbe ancora avere dei margini di manovra, per esempio dando l'incarico di governo, all'inizio della legislatura, al *leader* della forza politica più votata della coalizione vincente, piuttosto che all'"unico capo della coalizione", che potrebbe restare tale senza ricevere incarichi di governo. Ma, come si diceva, l'ipotesi è di scuola, sicché, senza indulgere in raffinatezze tecniche, nel caso dell'attuale legge elettorale probabilmente si può parlare di una "cripto-designazione" o di una "designazione *in pectore*" del primo ministro, con tutto ciò che questo comporta». Più in generale sul punto – ed in particolare sui poteri presidenziali di formazione di governi "tecnici" e di "scioglimento anticipato" delle Camere (istituto, a mio avviso, "a geometria variabile") – v. il mio *I diversi tipi di responsabilità del Capo dello Stato nell'attuale forma di governo italiana*, in [Rivista AIC](#) (n.1/2011) e in AA.VV., *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, a cura di A. Ruggeri, Torino, 2011, 219 ss.

<sup>16</sup> Cfr. *Poteri del Capo dello Stato, op. et loc. cit.*

<sup>17</sup> Cfr. *Poteri del Capo dello Stato, op. et loc. cit.* Pienamente conforme a quanto ivi sostenuto, fra gli altri, G. FERRINA CERONI, *Restituire lo scettro agli elettori: la sovranità popolare tra realtà e dover essere*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 1/2020, 122 ss.

coglie opportunamente questo rischio – repentino e fraudolento cambiamento, nel corso della legislatura, della maggioranza politico-elettorale – anche chi propone il “premierato elettivo”<sup>18</sup>, pur negando però i conseguenti, inevitabili effetti di almeno parziale riduzione dei margini di discrezionalità del Presidente della Repubblica<sup>19</sup>.

- volendo riformare la nostra forma di governo, non può dimenticarsi che – accanto alla legittima esigenza della *governabilità* – esiste quella, altrettanto legittima e non trascurabile, della *rappresentanza*. Ora, fermo restando che è oltremodo difficile, se non praticamente impossibile, realizzare un equilibrio perfetto fra le due istanze, faccio fatica ad immaginare che – *rinunciando* all’attuale modello costituzionale della forma di governo parlamentare – si possa realmente realizzare la “quadratura del cerchio”: un *sincronico* e *paritario* rafforzamento del Governo e del Parlamento. In questo senso, temo che a ben poco serva utilizzare la scorciatoia linguistica della formula duvergeriana di “neo-parlamentarismo” per definire il “premierato elettivo”. Ammetto che questa è, forse, la principale ragione per cui propendo per una semplice riforma *elettorale* più che *costituzionale*.

- l’ipotesi qui formulata – che potrebbe anche definirsi di premierato “non elettivo” – non solo non attenta in alcun modo alle prerogative del Capo dello Stato, ma soprattutto non determina uno sconvolgimento *de facto* e *tranchant* del rapporto fiduciario, come invece si avrebbe nel caso di premierato “elettivo”, dove il Premier fortemente legittimato da una *formale* “elezione diretta”, potrebbe sempre – e pericolosamente – contrapporsi al Parlamento, essendo in quel caso il rapporto fiduciario concentrato tutto sulla sola figura del Primo ministro, tutt’al più nella migliore (ossia nella più *soft*) delle ipotesi solo... “sfiduciabile”. Ricordo invece che, almeno nell’attuale forma di governo parlamentare, la fiducia che inizialmente viene concessa dal Parlamento non riguarda *soltanto* la persona del Premier, ma anche tutti i membri dell’esecutivo (c.d. *organigramma*) e gli obiettivi politici dello stesso (*programma di governo*). Non è un caso che invece la proposta qui avanzata (mera designazione elettorale del Premier) sia ben diversa da quella a suo tempo prospettata dall’on. Cesare Salvi nella I Commissione bicamerale presieduta da M. D’Alema, in cui fra l’altro si immaginava una complessiva “revisione della Costituzione” dove – pur prevedendosi un (astratto, perché del tutto ipotetico e improbabile) potere di sfiducia costruttiva parlamentare nei confronti del Premier – quest’ultimo veniva comunque eletto direttamente e con la facoltà di chiedere lo “scioglimento del Parlamento”<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Lo stesso T. FROSINI [*Sulla forma di governo*, cit., 5] al di là dell’emblematico uso della formula “capo del governo”, giustamente parla di «un voto di “sfiducia costruttivo”, in cui, cioè, il parlamento può sfiduciare il capo del governo a condizione che lo sostituisca con un altro, *fermo restando immutata la maggioranza politica e quindi parlamentare voluta dagli elettori*». (mio il c.vo)

<sup>19</sup> In questo senso trovo iperbolica la tesi secondo cui «Chi ritiene che con il premierato elettivo verrebbero a ridursi poteri e competenze del Presidente della Repubblica mente sapendo di mentire» (così T. FROSINI, *op. ult. cit.*, 6), tant’è che lo stesso A. *infra* riconosce la *deminutio* dei poteri presidenziali in materia di “scioglimento anticipato” delle Camere e di “revoca dei ministri”. Paradossalmente ed in realtà – quale che sia la via scelta: riforma costituzionale o, a maggior ragione, elettorale – sia nel primo caso (scioglimento anticipato) sia nel secondo caso (revoca dei ministri) – credo che “comunque” rimarrebbero in capo al Presidente della Repubblica alcuni poteri: ora dovendo immaginarsi anche, ed almeno, un c.d. scioglimento sanzione e/o di garanzia, atto formalmente e sostanzialmente presidenziale (cfr. il mio *Poteri dello Stato*, *op. et loc. cit.*), ora dovendo essere la revoca del ministro atto di natura discrezionale ma non arbitraria e dunque essendo comunque sempre soggetta a non trascurabili e necessari poteri di controllo da parte del Capo dello Stato. Naturalmente condivido, poi, quanto afferma T. Frosini quando osserva che «il ruolo che è chiamato a svolgere il Presidente della Repubblica in Italia è scolpito nelle norme della costituzione e stabilizzato nella prassi degli “uomini del Quirinale”; ed è sintetizzabile nella formula di garante e potere neutro», ancorché forse sia più corretto parlare di “funzione” più che di “ruolo”. Ciò non toglie, tuttavia, che talvolta egli svolga “anche” un’importantissima, seppur occasionale, funzione di “supplenza” in carenza degli organi di indirizzo: per una valutazione positiva di questo potere presidenziale sia consentito ancora rinviare al mio *L’evoluzione della forma di governo italiana*, *op. et loc. cit.*

<sup>20</sup> Mi limito a riportare l’art. 1 della bozza di legge di revisione costituzionale proposta da C. Salvi: «Il Governo della Repubblica è composto del Primo ministro e dei ministri, che costituiscono insieme il Consiglio dei ministri. La candidatura alla carica di Primo ministro avviene mediante collegamento con i candidati all’elezione del Parlamento, secondo le modalità stabilite dalla legge elettorale, che assicura altresì la pubblicazione del nome del candidato Primo ministro sulla scheda elettorale. La legge può stabilire e regolamentare lo svolgimento di elezioni primarie per la

#### 4. *Brevi conclusioni: talvolta il meglio è peggio del bene*

Amnesso – ma, come già s'è detto, non del tutto concesso – che operando soltanto sulla leva delle fonti *giuridiche* (meramente primarie per chi scrive, o superprimarie per il Governo) si riesca a perseguire gli obiettivi *politici* ricordati, naturalmente si può addirittura discutere *a priori* e *in radice* sull'opportunità di una revisione della nostra forma di governo che miri a rafforzare il Premier e stabilizzare gli Esecutivi. Si può, quindi, contestare l'inarrestabile tendenza non solo italiana alla personalizzazione della politica che ha visto – intorno a un *leader* – l'affermarsi di coalizioni/cartelli elettorali (per es. *l'Ulivo* di Romano Prodi), o addirittura la nascita (massimo esempio: *Forza Italia* di Silvio Berlusconi) e la morte di partiti (si pensi a *Italia dei valori* di Antonio Di Pietro), con conseguenti effetti diretti sulla formazione di governi spesso e non a caso "leaderistici", con connessi rischi di populismo e plebiscitarismo<sup>21</sup>.

Francamente nemmeno mi è del tutto chiaro "perché" realmente si voglia fare questa riforma costituzionale. Non posso escludere del tutto che il vero obiettivo dell'attuale maggioranza politica sia semplicemente quello di dare attuazione a una promessa elettorale, ossia di mera immagine, mirando a realizzare il sogno, invero forse un po' populistico, di una "elezione diretta", quale che sia. Induce pure a riflettere il fatto che una riforma costituzionale che mira a rafforzare il Premier e stabilizzare la forma di governo sia proposta da parte di... un Premier forte di un governo stabile.

Provo a tirare le conclusioni.

Nella forma di governo *parlamentare classica* italiana (caratterizzata da sistemi elettorali proporzionali o comunque non maggioritari) il Parlamento è al centro del sistema, in quanto unico organo legittimato dal popolo, e dunque ha anche *di fatto* il potere di fare e disfare a piacimento le maggioranze. In questo caso, il Presidente della Repubblica finisce con l'assecondare la volontà "parlamentare" (nonostante i gravi fenomeni, più che rischi, di malcostume e trasformismo politico).

Nella forma di governo di *Premierato hard, puro o elettivo* (come in Israele dal 1992 al 2001) la doppia legittimazione popolare, sia del Premier che del Parlamento, di fatto "marginalizza" i poteri del Capo dello Stato e – in assenza di un sistema elettorale maggioritario "con designazione del Premier" – non risolve i problemi della governabilità, anzi li moltiplica, per i possibili e insolubili dissensi fra la maggioranza parlamentare e un Primo ministro intrinsecamente "forte". Inoltre, venendo meno la figura del Premier per qualsiasi causa, rischia di irrigidire il sistema e portare facilmente, anzi continuamente, ad elezioni anticipate.

L'ipotesi qui formulata di un *premierato soft, non elettivo* – essendo costruita su un *sistema elettorale maggioritario con designazione del Primo ministro* – non genera un pericoloso irrigidimento del sistema politico sulla figura del Premier e, almeno tendenzialmente, esclude un dissenso fra Parlamento e Premier, mantenendo fin dall'inizio e integralmente il rapporto fiduciario. Inoltre, non determina alcuna *deminutio* dei poteri di supplenza del Capo dello Stato (scioglimento anticipato, governi tecnici in situazioni di crisi, ecc.), il quale – n.b.: in quanto costituzionalmente garante *anche* della volontà popolare – viene vincolato solo al rispetto della corrispondenza fra "maggioranza parlamentare" e "maggioranza elettorale".

Dunque, ancora una volta ammesso e non concesso che il "premierato" sia la soluzione, la sua versione *soft* e non *hard* sembra preferibile, mirando a disciplinare, quindi giuridicizzare, i processi politici in atto, limitandone gli effetti negativi. In questo senso, potrebbe dirsi che il *meglio* (modello

---

candidatura alla carica di Primo ministro. Non può essere candidato alla carica di Primo ministro chi abbia svolto tale funzione per tre legislature consecutive. I finanziamenti e le spese per la campagna elettorale, nonché la partecipazione alle trasmissioni televisive, sono regolati dalla legge, al fine di assicurare equilibrio di condizioni tra i candidati. Il Presidente della Repubblica, alla proclamazione dei risultati per l'elezione del Parlamento, nomina Primo ministro il candidato a tale carica al quale è collegata la maggioranza dei parlamentari eletti.» (testo tratto dalla seduta antimeridiana di mercoledì 28 maggio 1997 della Commissione bicamerale presieduta dall'on. Massimo D'Alema). Sul punto. cfr., più tardi, S. VASSALLO, *Gli attriti della riforma costituzionale*, in *il Mulino*, n. 5/2004, 846 ss.

<sup>21</sup> ... rischi, nel momento in cui scriviamo, purtroppo non slegati da quello del nazionalismo, per il quale v. il mio *Italia, Patria, Nazione, Paese, Stato, Repubblica: il soggetto è lo stesso, ma i termini sono "sempre" fungibili, ossia sinonimi in senso stretto?* in *federalismi.it*, n. 8/2023, 5.04.2023, 103.

puro: razionalizzazione costituzionale del p. elettivo) sia peggio del *bene* (p. introdotto per via elettorale). Se davvero lo scopo è il rafforzamento *endogovernativo* del Premier e la stabilizzazione degli Esecutivi, forse non serve un'altisonante *riforma costituzionale*, ma basta una semplice, seppur radicale, modifica della *legge n. 400/1988* e, soprattutto, del nostro *sistema elettorale*.

La via qui prospettata non è quella di un aprioristico “minimalismo costituzionale”, ma quella di un autentico e realista “riformismo politico”, approccio che purtroppo sembra mancare di fronte alla radicalizzazione delle posizioni in atto.

**Mario Panebianco**  
**Brevi considerazioni sul comunicato della Presidenza della Repubblica**  
**del 1° dicembre 2023\*.**

**ABSTRACT: The Article focuses on Press release «The President Mattarella has promulgated the DDL on cultivated meat», 1 December 2023, and underlines a possible and concrete presidential role in euro-national co-legislation.**

SOMMARIO: 1. La promulgazione della legge in un recentissimo comunicato della Presidenza della Repubblica. – 2. La legge 1° dicembre 2023, n.172 e la procedura Tris. – 3. Il Capo dello Stato fra procedure legislative nazionali ed europee.

*1. La promulgazione della legge in un recentissimo comunicato della Presidenza della Repubblica*

Questo contributo costituisce l'ultima tessera<sup>1</sup> di un più ampio mosaico dogmatico sulla promulgazione della legge ed ha ad oggetto il comunicato della Presidenza della Repubblica 1° dicembre 2023<sup>2</sup> sul d.d.l. «Disposizioni in materia di divieto di produzione e di immissione sul mercato di alimenti e mangimi costituiti, isolati o prodotti a partire da colture cellulari o di tessuti derivanti da animali vertebrati nonché di divieto della denominazione di carne per prodotti trasformati contenenti proteine vegetali». L'atto in questione dà conto dell'avvenuta promulgazione in pari data della l. 1° dicembre 2023, n. 172<sup>3</sup> e prosegue evidenziando che «Il Governo ha trasmesso il provvedimento accompagnandolo con una lettera con cui si è data notizia dell'avvenuta notifica del



<sup>1</sup> Da ultimo: A. CELOTTO, [Si può rinviare alle Camere ex art. 74 Cost. una legge di conversione di un decreto-legge? \(note minime sulla lettera del pres. Mattarella rispetto alla legge di conversione del decreto-legge del 29 dicembre 2022 n. 198\)](#), in questa [Rivista](#), 2023/I, 149 ss.; G. MENEGATTO, [Qualche ulteriore riflessione in tema di promulgazione e rinvio parziali delle leggi di conversione dei decreti-legge: dall'altruismo istituzionale ad un'auspicabile riscoperta della leale cooperazione](#), in questa [Rivista](#), 2023/II, 561 ss.; M. PANEBIANCO, [Considerazioni minime sulla lettera del Presidente della Repubblica ai Presidenti delle Camere e del Consiglio in occasione della promulgazione della legge di conversione del decreto-legge del 29 dicembre 2022, n. 198](#), in questa [Rivista](#), 2023/I, 279 ss. Più ampiamente sulla Presidenza Mattarella: L. ABBRUZZO, [Il ruolo del Presidente della Repubblica nella crisi del raccordo Governo-Parlamento: la promulgazione con motivazione](#), in [federalismi.it](#), n. 10/2023; A. AMATO, [Il Presidente Mattarella al debutto: tre casi di controllo presidenziale sulle leggi](#), in [Quad. Cost.](#), n. 4/2017, 889 ss.; G. BASCHERINI, [Il controllo presidenziale sulle leggi. Prospettive della Presidenza Mattarella](#), in [Rivista AIC](#), n. 2018/II, 441 ss.; G. BOGGERO, [Una promulgazione interpretativa con monito alla magistratura](#), in [Quad. Cost.](#), n. 2019/III, 674 ss.; D. CASANOVA e L. SPADACINI, [Il rinvio delle leggi nel primo settennato di Mattarella](#), in A. Apostoli e M. Gorlani (curr.), [Il primo settennato di Sergio Mattarella. Dentro la Presidenza della Repubblica: fatti, atti, considerazioni](#), Torino, 2022, spec. 185 ss.; G. COSTA, [Il controllo presidenziale sulla produzione normativa: la prima Presidenza Mattarella nella prassi repubblicana](#), in D. Paris (cur.), [Il primo mandato di Sergio Mattarella. La prassi presidenziale tra continuità ed evoluzione](#), Napoli, 2022, spec. 222 ss.; M. FERRARA, [La promulgazione "presidenzialmente osservata" della novella sulla legittima difesa e l'inattualità del potere di rinvio alle Camere](#), in [Osservatorio costituzionale](#), n. 3/2019; G. LAURI, [La promulgazione con motivazione contraria nel primo mandato di Sergio Mattarella. Un bilancio, al tempo del "governo di tutti"](#), in AA.VV., [Il primo mandato di Sergio Mattarella. La prassi presidenziale tra continuità ed evoluzione](#), cit., 249 ss.; C. MERLANO, [Quando il Presidente scrive. I messaggi "di accompagnamento" del Capo dello Stato e le loro ricadute sugli equilibri istituzionali](#), in [Osservatorio costituzionale](#), n. 2/2021; A. MORELLI, [La promulgazione «abrogante» della legge sulla legittima difesa e la fiducia del Presidente](#), in [laCostituzione.info](#), 28 aprile 2019; I. PELLIZZONE, [Il primo mandato del Presidente Mattarella in materia di rinvio delle leggi e concessione della grazia: andando oltre la funzione di garanzia](#), in AA.VV., [Il primo mandato di Sergio Mattarella. La prassi presidenziale tra continuità ed evoluzione](#), cit., spec. 483 ss.; V. VIPIANA, [Tre interessanti casi di «promulgazione con rilievi»](#), in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 3/2020.

<sup>2</sup> V. in questa [Rivista \(Cronache dalle Istituzioni 2023\)](#).

<sup>3</sup> L'iter di approvazione del d.d.l. n.1324/2023 è iniziato al Senato il 7 aprile 2023 e si è concluso il 19 luglio seguente. Il 26 di quest'ultimo mese, è cominciato l'esame alla Camera, che il 16 novembre ha licenziato il testo definitivo di quella che diventerà la [legge 1° dicembre 2023, n. 172](#) (in [G.U.](#) n. 281 del 1° dicembre 2023).



disegno di legge alla Commissione europea e con l'impegno a conformarsi a eventuali osservazioni che dovessero essere formulate dalla Commissione nell'ambito della procedura di notifica»<sup>4</sup>.

## 2. La legge 1° dicembre 2023, n.172 e la procedura Tris

Come recita il suo art. 1, comma 1, la legge n. 173/2023 ha lo scopo di «assicurare la tutela della salute umana e degli interessi dei cittadini nonché di preservare il patrimonio agroalimentare [...]», e, all'art. 2, comma 1, richiamando il principio di precauzione di cui al regolamento (CE) n. 178/2002 del 28 gennaio 2002, integrato dal più recente regolamento UE n.1381/2019<sup>5</sup>, vieta di «impiegare nella preparazione di alimenti, bevande e mangimi, vendere, detenere per vendere, importare, produrre per esportare, somministrare o distribuire per il consumo alimentare ovvero promuovere ai suddetti fini alimenti o mangimi costituiti, isolati o prodotti a partire da colture cellulari o di tessuti derivanti da animali vertebrati»

Ora va notato che, ai sensi della direttiva UE n.1535/2015 (c.d. Direttiva sulla trasparenza del mercato unico, indirizzata alla rimozione degli ostacoli al commercio interno all'Unione), l'atto legislativo in questione si qualifica come una c.d. «regola tecnica», e perciò trova applicazione la procedura di notifica Tris (*Technical Regulation Information System*) alla Commissione europea, disciplinata dalla direttiva stessa<sup>6</sup>.

Il 27 luglio 2023 l'Italia aveva notificato all'Ue il suo progetto di regola tecnica e perciò il periodo di *status quo* sarebbe dovuto terminare il 30 ottobre successivo. Tuttavia, come risulta dal comunicato presidenziale, contestualmente alla promulgazione - avvenuta, si noti, dopo quindici giorni dall'approvazione parlamentare - il Governo ne ha dato ulteriore notizia alla Commissione europea<sup>7</sup>, portando il termine dello *status quo* al 4 marzo 2024.

Si noti ancora che, secondo quanto disposto dall'art. 5, par.1, comma 3 della direttiva, il Governo italiano avrebbe dovuto notificare *ex novo* il progetto solo se fossero state apportate delle «modifiche importanti», mentre il testo dell'atto notificato da ultimo alla Commissione risulta, invece, lo stesso del progetto notificato in prima battuta, non essendo stato approvato alcun emendamento durante i lavori alla Camera dei deputati.

---

<sup>4</sup> La circostanza non è sfuggita ai media: v. ad es., M. BREDA, *Carne coltivata, Mattarella firma. Il vincolo di ascoltare Bruxelles*, in [Corriere della sera](#) (online), 2 dicembre 2023, 15; E. LAURIA e S. MATTERA, "Carne coltivata, pronti a cambiare". Il governo cede, ok del Quirinale alla legge, in [la Repubblica](#) (online), 2 dicembre 2023, 4.

<sup>5</sup> Il cui art. 14, comma 2, inibisce la vendita di alimenti pericolosi per la salute o non adatti al consumo umano, non includendo però espressamente un divieto analogo a quello italiano di cui si sta discutendo.

<sup>6</sup> La procedura Tris consiste nella notifica di «ogni progetto di regola tecnica» -art. 5, par. 1.- dagli Stati membri alla Commissione europea così che quest'ultima e gli altri Stati membri possano inviare allo «Stato membro che ha presentato il progetto [...] osservazioni di cui lo Stato membro terrà conto, per quanto possibile, nella stesura definitiva della regola tecnica» -art. 5, par. 2-. In particolare, quando l'obiettivo del progetto è limitare la commercializzazione o l'utilizzazione di una sostanza, di un preparato o di un prodotto chimico, segnatamente per motivi di salute pubblica o di tutela dei consumatori o dell'ambiente, lo Stato membro notificante deve anche allegare un riassunto, «[...] nonché indicare le conseguenze previste delle misure per quanto riguarda la salute pubblica o la tutela del consumatore e dell'ambiente, con un'analisi dei rischi effettuata» - art. 5 par.1, comma 4. A decorrere dalla data di questa notifica, lo Stato membro è chiamato a «rinviare l'adozione» - art.6, par.1 - della regola tecnica, a seconda dei casi, di tre, quattro o sei mesi - periodi di status quo, passibili di proroghe -, affinché Commissione e legislatore nazionale interloquiscano sulla regola da adottare definitivamente. A norma dell'art. 6, par. 2 della direttiva citata, gli Stati membri devono riferire sul seguito che intendono dare ai pareri ricevuti a riguardo del progetto notificato. Nei casi in cui la Commissione rilevi potenziali violazioni delle norme del mercato interno dell'UE, lo Stato membro interessato deve adoperarsi per rimuoverle, pena lo svolgimento di ulteriori indagini che potranno sfociare anche nell'apertura di una procedura d'infrazione.

<sup>7</sup> Come lo stesso sito ufficiale della Commissione conferma, da parte dello Stato italiano, è stata effettuata un'altra notifica il 1° dicembre 2023.

### 3. Il Capo dello Stato fra procedure legislative nazionali ed europee

*Rebus sic stantibus, quid iuris* dell'atto di promulgazione?

Nel comunicato che accompagna la promulgazione, viene utilizzata l'espressione «disegno di legge», laddove nel precedente episodio di promulgazione accompagnata da una lettera era stato utilizzato esattamente il termine «legge»<sup>8</sup>, adoperabile, com'è noto, solo dopo l'approvazione del Parlamento, al momento della promulgazione o del rinvio alle Camere per un nuovo esame.

Il comunicato rientra nell'alveo di una crescente comunicazione istituzionale<sup>9</sup>, senza cui non sarebbero conoscibili all'opinione pubblica le modalità ed i casi di esercizio della funzione presidenziale nel rapporto con quella legislativa. L'atto in esame arricchisce il patrimonio conoscitivo dell'interprete della Costituzione non più rispetto, tuttavia, alla prassi di promulgare chiedendo contestualmente alle Camere e/o all'Esecutivo di “correggere successivamente”, avendo il Governo già adempiuto quanto il Presidente ha chiesto *prima* di promulgare.

L'atto impatta sui poteri di interposizione e di controllo del capo dello Stato nella procedura legislativa. All'interno di detti poteri, tradizionalmente poco incisivi almeno sotto l'aspetto più pratico, rientrano le nuove modalità di promulgazione. Si intende dire che se è prassi consolidata l'immediata trasmissione al Presidente della legge per la promulgazione, allora, secondo il comunicato, l'invio sarebbe avvenuto dopo circa quindici giorni. Invero, dal comunicato, pare poco decifrabile il fatto che il d.d.l., per non pochi giorni, sarebbe rimasto in una sorta di “limbo” *pre-promulgativo*.

Sembrerebbe, invece più aderente alla realtà, che dal comunicato non trapela, che il Presidente abbia avviato subito l'esame del testo del d.d.l. come da prassi e, solo in un secondo momento, abbia ricevuto la lettera del Governo; che, ottenuta la rassicurazione della formale volontà di “riprendere” la procedura Tris, il Capo dello Stato, abbia richiamato l'Esecutivo stesso circa la scelta politica della sospensione della citata procedura, che avrebbe “esposto” anche il promulgante ad una possibile tensione con la Commissione europea; e che, infine, abbia promulgato solo quando ciò che aveva richiesto è stato adempiuto dal Governo.

Se tale ricostruzione persuade, non si sarebbe allora in presenza di una promulgazione “ad avvio differito”, ma di una “pregiudiziale” richiesta quirinalizia che ha avviato un subprocedimento mirato a ridare inizio alla procedura Tris. Ciò diversamente da quanto deciso dall'Esecutivo che quella procedura aveva sospeso, forse confidando in un'accondiscendenza presidenziale nel senso di beneficiare, grazie all'entrata in vigore della legge e “congelando” la procedura Tris, di una posizione di maggior forza nel successivo dialogo con la Commissione rispetto ai potenziali profili di inapplicabilità ed illegittimità dell'atto rispetto al diritto eurounitario.

Sarebbe, in altri termini, accaduto che il Presidente abbia fatto leva sul – e buon uso del – lasso di tempo in questione per finalizzare una leale collaborazione verso un giusto procedimento legislativo euro-nazionale<sup>10</sup>. Mentre, sarebbe evidente che il Capo dello Stato abbia promulgato la legge “con motivazione contraria” ed “invito alla correzione” in quanto l'opera di persuasione ed influenza non sarebbe andata a buon fine.

<sup>8</sup> V. il comunicato «Il Presidente Mattarella ha promulgato la legge di conversione del d.l. 198/2022 e ha inviato una lettera ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio», 24 febbraio 2023, in questa [Rivista \(Cronache dalle Istituzioni 2023\)](#).

<sup>9</sup> Da ultimo, L. ABBRUZZO, *Il ruolo del Presidente della Repubblica nella crisi del raccordo Governo-Parlamento: la promulgazione con motivazione*, cit., spec. 25 ss.; G. DELLE DONNE e L. GORI, *Le presidenze della Repubblica rilette dal Quirinale. Potere di esternazione ed esigenze di continuità istituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2 del 2021, 321 ss.; P. FARAGUNA, *Il Presidente della Repubblica. Un'istituzione pesante alle prese con la leggerezza del web*, in D. Chinni (cur.), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Napoli, 2019, 66 ss.

<sup>10</sup> Più ampiamente M. RUOTOLO, *I controlli esterni sul giusto procedimento legislativo. Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in *Quad. Cost.*, n. 3 del 2021, 573 ss.

L'atto in analisi riguarda la materia legislativa nella quale più forte è il vincolo derivante dall'ordinamento europolitario, vincolo "esterno"<sup>11</sup> che influenza anche la ben nota "fisarmonica"<sup>12</sup> del Presidente, che nel caso di specie, è sottoposto al vincolo nel momento in cui promulga, ma al contempo ne è garante, stavolta anche sotto il profilo procedurale, rammagliando competenze normative complesse. Pur non potendosi graduare l'intensità dell'intervento a seconda della sussistenza di vincoli della Costituzione rispetto a quelli derivanti dall'ordinamento comunitario, si rileva che l'attuale Presidente ha preferito promulgare "con motivazione contraria" leggi sospette di incostituzionalità o di mancata copertura finanziaria, ma ha scelto altre soluzioni quando si è trattato di vincoli esterni. Egli ha preventivamente ottenuto dal Governo un «impegno a conformarsi ad eventuali osservazioni» della Commissione<sup>13</sup>, ritenendo possibili, se non probabili, "rilievi" europei, pur senza entrare nel merito considerato di competenza esterna.

Invero, è evidente che in una materia sensibile il Capo dello Stato indirizza le sue attribuzioni verso la garanzia della conformità tra il sistema nazionale e sovranazionale, cioè è parte in una co-legislazione che ha implicazioni anche esterne. Questo conferma il ruolo di garante delle incomprimibili scelte in materia europea, additando agli altri soggetti istituzionali la cornice entro cui deve svolgersi la loro attività, nonché di riattivatore dei corretti meccanismi più a rischio di "sfrangiamento".

---

<sup>11</sup> Da ultimo: F. FABBRINI, *Il Presidente della Repubblica e l'Unione europea*, al sito web del [Centro Studi sul Federalismo](#); aprile 2022; G. GUERRA, *Il garante del "vincolo esterno"*. *Appunti sul ruolo del Presidente della Repubblica dopo Maastricht*, in [Democrazia e diritto](#), n. 2 del 2022, 101 ss.

<sup>12</sup> È la nota ed efficace espressione attribuita a Giuliano Amato da G. PASQUINO, *La fisarmonica del Presidente*, in *La rivista dei libri*, n. 2 del 1992, 8.

<sup>13</sup> Non vi sono elementi per ipotizzare un preventivo dialogo, precedente alla promulgazione, fra il Presidente della Repubblica e la Commissione europea.

**Mario Bertolissi**  
**Il tempo del dolore e le ragioni della giustizia**  
*Alessandro Manzoni, il costituzionalismo, l'avvenire\**

**ABSTRACT:** *In The Betrothed (i.e. Promessi Sposi) – a work beloved by Goethe and appreciated by the Anglo-Saxons; unloved by the Italians –, Alessandro Manzoni indicates what are the iron rules of human action and their implications when people live together in society. Especially, when injustices increase the pain, which the Constitutions would like to mitigate at least.*

*Through the main characters of the historical novel, lessons are exposed, with exceptional smartness and depth of thinking, that identify the essential core of citizenship education. Without it, there is no future for Constitutions and Charters of Rights, in which the relationship between power and freedom seems to be fixed, in a balanced way. Between power and justice.*


SOMMARIO: 1. La genesi delle Costituzioni. – 2. Costituzioni e Carte dei diritti. – 3. Vita, morte, religiosità. – 4. Persona e potere. – 5. Covid-19: niente di nuovo. – 6. Alessandro Manzoni: 150 anni dopo. – 7. La maledizione dell'imperium. – 8. *Aut Caesar*. – 9. *Aut nullus*. – 10. Qualcosa di più. – 11. In breve.

### 1. La genesi delle Costituzioni

Al fondo di ogni vicenda umana, quando la stessa è attraversata dal dolore, c'è sempre qualcosa di grande. Di religioso, nel senso indicato, con parole che emozionano, da Piero Calamandrei, e non da lui soltanto, il giorno in cui venne approvata la Costituzione: il 22 dicembre 1947. Allora, disse di convenire, con Giorgio La Pira, sulla opportunità – inibita da ostacoli procedurali<sup>1</sup> – di anteporre, al testo della Legge fondamentale, un'invocazione e una dedica. E di aver pensato così: di affermare che “nella nostra Costituzione c'è qualcosa che va al di là delle nostre persone, un'idea che si ricollega al passato e all'avvenire, un'idea religiosa, perché tutto è religione quello che dimostra la transitorietà dell'uomo ma la perpetuità dei suoi ideali”<sup>2</sup>.

Questa nobilissima idea – che pare ispirata da chi parlò poco prima di lui: da Concetto Marchesi<sup>3</sup> – riprende sentimenti già manifestati, il 4 marzo 1947, quando concluse un suo intervento, di carattere generale, sul progetto di Costituzione, ricordando che, mentre alcuni avevano sacrificato la vita per conquistare le libertà, a sé stessi e a coloro che avrebbero avuto l'onere di attuare la Costituzione sarebbe rimasto “un compito cento volte più agevole: quello di tradurre in leggi chiare, stabili e oneste

---

\*  *Testo della relazione detta nell'ambito del convegno, ideato da Giuseppe Franco Ferrari, svoltosi a Milano il 9 giugno 2023, presso l'Università Bocconi, dedicato a Il pensiero di Alessandro Manzoni e la giustizia. Un'esperienza di Law & Literature nel 150° anniversario della scomparsa dell'autore*

<sup>1</sup> M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, Jovene, Napoli, 2022, 62 ss.

<sup>2</sup> A.C., 22 dicembre 1947.

<sup>3</sup> A.C., 22 dicembre 1947. Queste le sue parole: “nessuno che mi conosca, potrà accusarmi di irriverenza verso le fedi religiose o di professione di ateismo. Ho sempre respinto nella mia coscienza la ipotesi atea, che Dio sia una ideologia di classe. Dio è nel mistero del mondo e delle anime. È nella luce della rivelazione per chi crede; nell'inconoscibile e nell'ignoto per chi non è stato toccato da questo lume di grazia”. Quindi, aggiunse: “Ho detto testé al collega La Pira che questo mistero, questo supremo mistero dell'universo non può essere risolto in un articolo della Costituzione, in un articolo di Costituzione, che riguarda tutti i cittadini, quelli che credono, quelli che non credono, quelli che crederanno. Fate, colleghi, che non ci siano dissensi e divisioni tra noi, in questo ultimo giorno, così solenne per la nostra Carta costituzionale (...) qui nessuno può dire di essere contro Dio, perché non sarebbe un bestemmiatore, sarebbe uno stolto. Questa nostra Carta costituzionale (...) non cominci con una parola grande che susciti il dissidio dei piccoli mortali”. Per aver ben presente il significato di questa presa di posizione, v., ad es., E. FRANCESCHINI, *Concetto Marchesi. Linee per l'interpretazione di un uomo inquieto*, Editrice Antenore, Padova, 1978, e L. CANFORA, *Il sovversivo. Concetto Marchesi e il comunismo italiano*, Laterza, Roma-Bari, 2019, nonché C. MARCHESI, *Discorsi parlamentari 1945-1957*, Laterza, Roma-Bari, 2008. Ciò che conta, non sono le parole, ma le azioni, come ebbe modo di rilevare criticamente, nell'ambito di una polemica con taluni parlamentari credenti: “Da che pulpito viene la predica!”. Marchesi: “da quella luce di fede nella verità, nella giustizia, nella bontà che voi predicate come materia catechistica, ma che voi dimostrate di non possedere nella intimità dell'anima vostra” (ivi, 77).

il loro sogno: di una società più giusta e più umana, di una solidarietà di tutti gli uomini, alleati a debellare il dolore”<sup>4</sup>.

Perché questa sollecitazione non rimanga confinata sul piano di un dover essere astratto<sup>5</sup>, è indispensabile allineare intelligenza e volontà sull’asse di un sistema di valori. Ad esempio, facendo proprio il criterio di vita di Federigo Borromeo, il quale, *Persuaso che la vita non è già destinata ad essere un peso per molti, e una festa per alcuni, ma per tutti un impiego, del quale ognuno renderà conto, cominciò da fanciullo a pensare come potesse render la sua utile e santa*<sup>6</sup>.

Basta questo sintetico esordio per chiarire un elementare dato di fatto. L’esperienza giuridica – in una parola, il diritto – è un modo di essere, più che una semplice parte, dell’esperienza di chiunque. Rappresenta la sintesi di una molteplicità di fattori, umani e materiali. Per questo, “il compito, proprio di tutte le leggi”, dovrebbe essere quello “di raccogliere e dichiarare il diritto quale si è venuto lentamente e spontaneamente elaborando”<sup>7</sup>.

Senonché, la storia ci ricorda che l’emergere per così dire naturale di una norma rappresenta più l’eccezione che la regola. Che, certo, la stessa può costituire l’espressione di un sapiente adattamento della medesima alla realtà. Tuttavia, il più delle volte, assume la veste del comando unilaterale e imperativo, che pretende di giustificarsi da sé. Non a caso, Blaise Pascal avvertiva che “È pericoloso dire al popolo che le leggi non sono giuste, perché esso vi obbedisce soltanto perché le crede giuste. Per questa ragione, bisogna contemporaneamente dirgli che bisogna ubbidire ai superiori, non perché sono giusti, ma perché sono superiori”<sup>8</sup>.

Quando la superiorità gerarchica di chi comanda eccede ciò che si può considerare sopportabile, in termini di giustizia, da parte dei destinatari del comando, si spezza un equilibrio di per sé instabile, con conseguenze a tutti note. Le tensioni generano ribellioni, le ribellioni violenze, le violenze tragedie. In versione, tutto sommato ristretta, è accaduto durante il tumulto di san Martino, di cui fu protagonista il gran cancelliere Antonio Ferrer: colui che *la moltitudine*, alla ricerca di soddisfazione, trovò essere *l’uomo secondo il suo cuore*<sup>9</sup>.

Ebbene, non si può affatto escludere che Oliver Cromwell<sup>10</sup> fosse, in quel tempo, un tal genere di uomo. Di certo, diede un contributo essenziale nel porre le basi della forma di governo parlamentare e della democrazia rappresentativa, incentrata sulla “possibilità di confrontare opinioni diverse e di vagliarne la validità dalla resistenza che esse offrono all’attrito della discussione”<sup>11</sup>. Effetto, tutto questo, addirittura di guerre civili. Ma, prospetticamente, fruttuoso, quando il dominio perde la sua

<sup>4</sup> A.C., 4 marzo 1947. Questo frammento ha suggerito il titolo di questo scritto e la sua articolazione.

<sup>5</sup> È il carattere proprio della norma giuridica.

<sup>6</sup> A. MANZONI, *I Promessi Sposi*, con introduzione e note di G. Bezzola, RCS, Milano, 2006, XXII, 340. Con l’occasione, ricordo che sono sempre in corsivo le riprese del testo manzoniano. Quanto ad Alessandro Manzoni, di lui qui si parla come fosse tra noi, vivo e vitale, disponibile ad offrire alla nostra esperienza il frutto delle sue riflessioni: soprattutto, non di quelle addottorate, ma di quelle, rese con un linguaggio semplice e chiaro, messe in bocca a Renzo, a Lucia o al sarto, tanto per fare un esempio. Oppure consegnate a un appunto, che apre uno squarcio sulla vita di quanti interpretano le Beatitudini: come è accaduto nello *spedale d’innocenti (I Promessi Sposi, cit., XXXV, 545)*. V. sub 3, a), in fine. A proposito del “Sermone della Montagna”, definito “inaccessibile”, v. le riflessioni di M. CACCIARI, *Introduzione di M. WEBER, La scienza come professione. La politica come professione*, Mondadori, Milano, 2006, L.

<sup>7</sup> S. ROMANO, *Le prime carte costituzionali*, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1969, 163. Gli dovrebbe essere estraneo ogni artificio.

<sup>8</sup> B. PASCAL, *Pensieri*, Bietti, Milano, 1965, n. 326, 207.

<sup>9</sup> A. MANZONI, *I Promessi Sposi*, cit., XII, 205.

<sup>10</sup> Huntingdon, 1599 – Londra, 1658. La narrazione manzoniana inizia con la *sera del giorno 7 novembre dell’anno 1628*, quando don Abbondio, *curato d’una delle terre accennate di sopra (...) vide una cosa che non s’aspettava, e che non avrebbe voluto vedere (...) individui della specie de’ bravi: I Promessi Sposi, cit., I, 31 e 32*. L’Europa era messa a ferro e fuoco dalla Guerra dei Trent’anni (1618-1648), destinata a concludersi con la Pace di Westfalia (1648), alla quale ci si ricollega – convenzionalmente – per indicare da quando si può ricorrere al termine Stato in un’accezione moderna. V., per alcune essenziali considerazioni, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, Cedam, Padova, 1975, 133 ss.

<sup>11</sup> Come ricorda V. GABRIELI, *Studio introduttivo*, elaborato per *Puritanesimo e libertà. Dibattiti e libelli*, Einaudi, Torino, 1956, XXX. V., in proposito, M. BERTOLISSI, *Fiscalità Diritti Libertà. Carte storiche e ambiti del diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 2015, spec. 17 ss.

radicalità; è mitigato dallo spirito religioso; non rifiuta, ma coglie la giustizia, che affida a giudici terzi e imparziali: non subordinati a una “corona” di turno<sup>12</sup>.

La possibilità di dare forma e sostanza a un ordinamento diviene concreta quando le tensioni sociali sono illuminate da idee grandi e il punto di approdo abbandona la sfera dell’utopia per tradursi in qualcosa di coerente con le attese dell’uomo. Quando si dà spazio a una dialettica, che diviene relazione, confronto di idee, riconoscimento di soggettività. Quando il magistero non si impone, ma è condiviso ed accolto. Non a caso, Cromwell, nella sua veste di luogotenente generale dell’Esercito, il 28 ottobre 1647, nell’introdurre i *Putney Debates*, esordì con queste parole: “L’assemblea è stata radunata per discutere faccende pubbliche; quelli che hanno qualcosa da dire su questo argomento, sono liberi di parlare”<sup>13</sup>. Dissero la loro soldati e ufficiali, artigiani e contadini, che “portarono nelle controversie religiose e sociali i fermenti di ardite anticipazioni democratiche ed egualitarie”<sup>14</sup>. Alcuni – tra essi, Edward Sexby – ragionarono intorno a un terribile binomio: proprietà-povertà, rimanendone travolti<sup>15</sup>.

L’impegno per la giustizia implica una lotta costante, che mette a dura prova le energie sia fisiche, sia intellettuali e spirituali, che rappresentano il contenuto più prezioso di ogni legge fondamentale: ottriata o, soprattutto, strappata con la forza. Forza, che si oppone all’antico regime, mentre getta le basi di un nuovo ordinamento, meno incivile ed irrispettoso della persona umana. Ne dà prova il lessico utilizzato per comporre le proposizioni normative di principio, che seguono preamboli intessuti di valore.

Così è stato per la Dichiarazione dei diritti della Virginia del 12 giugno 1776<sup>16</sup>; per la Dichiarazione d’indipendenza americana del 4 luglio 1776<sup>17</sup>; per la Costituzione degli Stati Uniti d’America del 17 settembre 1787, che ha come scopo dichiarato quello di “garantire la giustizia”; per la Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 26 agosto 1789. Dalla rivoluzione americana a quella francese, che l’Italia ha mal digerito, perché terra priva di rivoluzioni e, per ciò solo, di

---

<sup>12</sup> Quella del giudice è sempre stata un’attività a rischio: v., ad es., T. MORO, *Utopia*, Newton Compton, Roma, 1994, spec. 36. In particolare, G. GORLA, *I precedenti storici dell’art. 12 disp. prel. cod. civ.*, ora in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981, 443 ss.

<sup>13</sup> *Puritanesimo e libertà*, cit., 5.

<sup>14</sup> Ivi, in copertina.

<sup>15</sup> Accadde a Edward Sexby, che morì, da imprigionato, nel 1658, nella Torre di Londra. I tempi non erano maturi, ma costui – nel 1650, colonnello del Nuovo Esercito – ebbe il coraggio di pronunciare parole, per quel tempo, temerarie: “Vi sono molti nelle mie condizioni, come me rispettabili. Può darsi che attualmente essi posseggano ben poca terra, eppure quanto a diritti innati essi sono eguali a quei due che sono i loro legislatori e a chiunque altro qui presente. Vi dirò in una parola la mia decisione. Son deciso a non rinunciare di fronte a nessuno al mio diritto innato. Qualunque ostacolo si frapponga e checché si pensi, non lo cederò a nessuno. Se questo viene negato ai poveri, che vi ci hanno tanto contato, sarà il più grande degli scandali. È stato detto qualche cosa di questo genere: che se si concede ai poveri e a quelli di condizioni umili il loro diritto innato, sarà la rovina di questo paese. Credo che questo non sia altro che mancar di fiducia nella Provvidenza. Sono fermamente convinto che i poveri e i più umili cittadini di questo paese – parlo in rapporto alla condizione dei soldati, in cui ci troviamo – siano stati lo strumento della salvezza del paese. Dico, tenuto conto delle loro condizioni, e credo veramente, per quanto più hanno potuto; e le loro vite non sono state considerate troppo preziose per comprare il bene del paese. E ora essi chiedono il diritto per cui hanno combattuto. Coloro che agiscono per questo fine sono altrettanto alieni da qualunque progetto d’anarchia e di confusione quanto coloro che vi si oppongono, e hanno dalla loro parte la Legge di Dio e la legge della loro coscienza. Ma io concluderò in questo modo. Vi prego di non perder tanto tempo in questa discussione. Dobbiamo esser franchi. Quando gli uomini arrivano a capire queste cose, non si lasceranno defraudare di ciò per cui si sono battuti. Vi chiedo di venire a una decisione su questo punto”: così, in *Puritanesimo e libertà*, cit., 5-6 e 88.

<sup>16</sup> La Sez. I afferma che “Tutti gli uomini sono per natura egualmente liberi e indipendenti, e hanno alcuni diritti innati di cui, entrando nello stato di società, non possono, mediante convenzione, privare o spogliare la loro paternità, cioè il godimento della vita, della libertà, mediante l’acquisto ed il possesso della proprietà, e il perseguire e l’ottenere la felicità e sicurezza”.

<sup>17</sup> Celeberrimo l’esordio: “Quando nel corso di eventi umani, sorge la necessità che un popolo sciolga i legami politici che lo hanno stretto ad un altro popolo ed assuma tra le potenze della terra lo stato di potenza separata ed uguale a cui le Leggi della Natura e del Dio della Natura gli danno diritto, un conveniente riguardo alle opinioni dell’umanità richiede che quel popolo dichiari le ragioni per cui è costretto alla secessione”. In gioco ci sono la “Vita”, la “Libertà” e la “Felicità”.

radicali riforme<sup>18</sup>. Per questa ragione, si deve temere che le più recenti vicende, che hanno esposto il Paese al malaffare; indebolito una classe dirigente, già di per sé rachitica; aggiunto debito a debito, attraverso l'ipocrisia degli scostamenti di bilancio; reso evanescente il confronto di opinioni, a tal punto da aver cancellato il contraddittorio; per queste ragioni, si deve temere che il patto costituzionale tra generazioni si stia progressivamente sgretolando, e che si stia dissolvendo l'idea concreta di Costituzione: che è limitazione del potere e strumento di tutela delle libertà<sup>19</sup>. Prima di concludere che il *post* è altro, rispetto al passato e al presente, e che si debbono sostituire le regole della convivenza ereditate, per sostituirle con altre, peraltro non note, vale la pena di pensare e riflettere, per evitare inconvenienti deleteri.

## 2. Costituzioni e Carte dei diritti

Quel che si è avuto in regalo, perché non è stato conquistato, è destinato a perdere il suo intrinseco valore, a vantaggio delle regole, non scritte, che disciplinano la convivenza umana. Esse si ispirano, piuttosto che al positivismo sia formale, sia dei contenuti imperativi, a ciò che esprime – per dirla con Paolo Grossi – la “dimensione sapienziale del diritto”<sup>20</sup>, che si rifà al *est modus in rebus* di Orazio<sup>21</sup>, all'*ars boni et aequi* di Celso<sup>22</sup>, all'*hominis ad hominem proportio* di Dante<sup>23</sup>. Infine – per quanto possa apparire, a prima vista, non pertinente –, all'*omnia munda mundis*, riproposto da Alessandro Manzoni<sup>24</sup>.

Dato il clima di perdurante normativismo<sup>25</sup>, la cui qualità negativa si riassume nel fatto di affidare ogni soluzione alla retorica delle disquisizioni, piuttosto che alla sostanza dei ragionamenti<sup>26</sup>, non

---

<sup>18</sup> Mi sono espresso in questo senso, motivando, in *Fiscalità Diritti Libertà*, cit., 1, ove ho parlato, riferendomi alle prassi dei condoni – di vago sapore simoniaco –, di *cedimento strutturale delle coscienze*.

<sup>19</sup> V., per tutti, L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, Cedam, Padova, 2011, e *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Feltrinelli, Milano, 2012, ove – riprendendo l'insegnamento di Giuseppe Compagnoni – ricorda che la Costituzione è “scienza del popolo libero”.

<sup>20</sup> P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2005, 5. L'opera di questo illustre giurista è vastissima e consente la messa a fuoco di questioni essenziali, incidenti sulle istituzioni della Repubblica. V., da ultimo, *Oltre la legalità*, Laterza, Roma-Bari, 2020.

<sup>21</sup> ORAZIO, *Satire*, libro I, satira I.

<sup>22</sup> Giurista romano: per i non addetti ai lavori.

<sup>23</sup> D. ALIGHIERI, *De Monarchia*, II, V, 1.

<sup>24</sup> A. MANZONI, *I Promessi Sposi*, cit., VIII, 142.

<sup>25</sup> P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017, X.

<sup>26</sup> E. SIMONETTO, *Crisi del diritto e interpretazione*, in AA.VV., *Sulla crisi del diritto*, Cedam, Padova, 1972, 137 ss., tuttora di sicura attualità, in particolare là dove pone in evidenza non le certezze, ma le incertezze, le ambiguità e le distorsioni, cui conduce il “formalismo”. Sotto questo profilo, esemplari le osservazioni di F. CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 281 ss., e di P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, ora in *Studi sul processo civile*, vol. VI, Cedam, Padova, 1957, 89 ss. Entrambi alle prese con la giustizia, ne intendono la complessità, ma affidano all'interprete il compito di correggere eventuali inadeguatezze dei testi. E, a proposito delle massime – il medesimo discorso vale per gli autori dei codici commentati, che sono una iattura –, Calamandrei rileva che eclatanti ingiustizie non si verificherebbero “se il giudice non fosse tratto talvolta, per eccessivo ossequio alle massime, a dare parvenza di legge alle costruzioni logiche inventate dai suoi predecessori; le quali, create una prima volta per servir l'equità, possono diventare, quando sono riportate sui massimari separate dai fatti su cui si fondarono, idoli spietati di cui l'equità diventa la vittima”. In vista, esiti di questa disastrosa natura, con protagonista l'algoritmo e la riduzione ai minimi termini della funzione del giudice-persona. Tant'è, pare ormai ineluttabile. Termine di riferimento deve essere e deve rimanere la giustizia, se si ritiene che la parola *ius* debba continuare a conservare un significato: v., per ragionamenti che incalzano, N. Lipari, *Elogio della giustizia*, il Mulino, Bologna, 2021, e G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, il Mulino, Bologna, 2022. Chi scrive condivide senz'altro la “filosofia” sottesa a P. Spaziani, *I processualisti dell'“età aurea”. Romantici, martiri ed eroi della procedura civile*, Cacucci Editore, Bari, 2022, che si ispira alla collana, che ospita l'opera. Collana, la quale “raccolge studi sul diritto e sulla giustizia che, nell'esame delle norme e delle possibili interpretazioni, mirano a cogliere gli interessi sottesi, le finalità perseguite, i valori in gioco, i riflessi nell'ordinamento giuridico e sul sistema economico, sociale e culturale”. V., d'altra parte, la collana *Forme e realtà nell'esperienza giuridica*, diretta da M. Bertolissi, U. Vincenti e D. Castellano, edita da

sorprende, affatto, se il confine tra Costituzione scritta, Costituzione vivente e Costituzione materiale si va attenuando. E se “interpretazioni e applicazioni assai lassiste”<sup>27</sup>, riferibili sia alla forma di Stato, sia alla forma di governo, si sono allontanate a tal punto dalla lettera e dalla *ratio* della Costituzione da far dubitare che la stessa sia ancora in vigore, considerato il testo, che l’Assemblea costituente ebbe ad approvare il 22 dicembre 1947. Che dire della famiglia, del lavoro e della sua remunerazione, della ineffettività delle giurisdizioni, dell’analfabetismo di ritorno, della dissoluzione del ruolo del Parlamento, delle fonti del diritto, dell’istituto-cardine della Presidenza della Repubblica?

Ci si è dimenticati di quanti sacrifici sono stati compiuti e di quante vite sono state sacrificate per potersi dotare di una Legge fondamentale, che ha instaurato lo Stato di diritto. Ci si è dimenticati della cura, che deve essere prestata alle regole della convivenza per evitare che diritti e libertà siano corrosi dall’indifferenza: soprattutto, dall’indifferenza generata dall’ignoranza, che rende inconsapevoli, ma non incolpevoli<sup>28</sup>. Forse, ci siamo già avventurati in spazi infidi, nei quali non si respira l’aria tersa delle libertà responsabili, sebbene un’aria inquinata dal puro e semplice avere. Dal possedere, a prescindere, appunto, da ogni afflato solidaristico, il quale, nell’ambito di una relazione di reciprocità, dà senso alla *civitas*. Si lamentano fragilità, causate da un istinto autodistruttivo, che rifugge da ciò che suscita, di fronte a ciascuno, domande essenziali. Le domande essenziali<sup>29</sup>.

Se le ponevano già i partecipanti all’assise di Putney, quando rendevano palese l’esigenza di “provvedere alla giusta elezione di quei poteri a cui dovremo assoggettarci”<sup>30</sup>; quando davano atto di “recenti dichiarazioni, intese a definire e a rivendicare le libertà del popolo, anche in rapporto al Parlamento”<sup>31</sup>; quando si interrogavano su quanto fondate nel reale fossero le loro idee: perché “Non basta proporre cose che sono buone nel fine ma (...) è nostro dovere come cristiani e come uomini preoccuparci delle conseguenze e dei mezzi”<sup>32</sup>; quando ritenevano inderogabile la clausola *pacta sunt servanda*: “ove un Parlamento, un autentico Parlamento, commetta qualche ingiustizia, se ci siamo impegnati ad obbedire le leggi fatte da esso, anche se ingiuste, dobbiamo mantenere il giuramento di obbedienza”<sup>33</sup>; quando ribadivano, con convinzione, che “la radice e il fondamento della sovranità sono nel popolo, e che esso la afferma nei Parlamenti”<sup>34</sup>; quando evocavano un’alta ispirazione,

---

Giappichelli, che si propone di “coinvolgere la totalità dell’esperienza giuridica, colta nei suoi aspetti storici, teorici e pragmatici”.

<sup>27</sup> L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, 242.

<sup>28</sup> T. NICHOLS, *La conoscenza e i suoi nemici. L’era dell’incompetenza e i rischi per la democrazia*, Gedi, Roma, 2019.

<sup>29</sup> Non mancano le sollecitazioni a rivedere questa triste propensione, votata al nulla e alla perdita di sé stessi. V., infatti, A. D’AVENIA, *Caro Manzoni*, in *Corriere della Sera*, 29 maggio 2023, 1 e 23, il quale osserva che “Questo ‘sugo’ invita generazioni di studenti a confrontarsi ancora con l’enigma dell’essere al mondo: qual è il mio destino? Farlo, questo ‘sugo’, ti è costato quei venti anni di lavoro che si sentono in ogni riga”. Il tempo è quello dedicato alle varie versioni ed edizioni dell’opera, di certo non imitato da coloro che sfornano un romanzo ogni sei mesi, buono per i grill autostradali. Quanto al *sugo*, per coglierne il significato è necessario considerare il contesto. Sbotta Lucia: “Io non sono andata a cercare i guai: son loro che son venuti a cercar me”, a proposito di quel che si impara dai guai. Renzo, alla prima, rimase impiccato. Dopo un lungo dibattere e cercare insieme, conclusero che i guai vengono bensì spesso, perché ci si è dato cagione; ma che la condotta più cauta e più innocente non basta a tenerli lontani, e che quando vengono, o per colpa o senza colpa, la fiducia in Dio li raddolcisce, e li rende utili per una vita migliore. Questa conclusione, benché trovata da povera gente, c’è parsa così giusta, che abbiam pensato di metterla qui, come il sugo di tutta la storia: *I Promessi Sposi*, cit., XXXVIII, 597. L’essersene scordati – v., peraltro, H. von HOFMANNSTHAL, *Il libro degli amici*, Adelphi, Milano, 1980, 11 ss. – non è rimasto privo di conseguenze, soprattutto per le nuove generazioni, le quali pare soffrano di “mancanza di sicurezza e di motivazione”, superabile soltanto se messi a confronto con idee grandi, non con solenni bagatelle. E la scuola – senza anima e senza nerbo, concentrata sul superfluo e sul marginale; su ciò che lenisce e non fortifica – alimenta la creazione di vuoti: v., ad es., G. GIULIANI – V. FERLAZZO, *Università. Studenti fragili in cerca di benessere*, in *la Repubblica*, 30 maggio 2023, 40-41. Per fugare ogni dubbio, v., ad es., E. GALLI della LOGGIA, *L’aula vuota. Come l’Italia ha distrutto la scuola*, Marsilio, Venezia, 2019; P. MASTROCOLA – L. RICOLFI, *Il danno scolastico. La scuola progressista come macchina della disuguaglianza*, La nave di Teseo, Milano, 2021, e D. MARAINI, *La scuola ci salverà*, Solferino, Milano, 2021.

<sup>30</sup> Sexby, in *Puritanesimo e libertà*, cit., 7.

<sup>31</sup> Ireton, generale commissario, *ivi*, 10.

<sup>32</sup> Cromwell, *ivi*, 14-15.

<sup>33</sup> Wildman, *ivi*, 33-34. Analogamente, Ireton, *ivi*, 35-36.

<sup>34</sup> Cromwell, *ivi*, 48.



perché, “Quand’anche fossimo liberi e non avessimo impegni, noi agiamo da cristiani, da uomini guidati dallo spirito di Dio, da uomini ispirati da quella saggezza che viene dall’alto e ha quei caratteri”<sup>35</sup>; quando – in anticipo sui tempi – affermavano che “l’essere più povero che vi sia in Inghilterra ha una vita da vivere quanto il più grande e perciò (...) credo sia chiaro che ogni uomo il quale ha da vivere sotto un governo debba prima col suo consenso accettare quel governo”<sup>36</sup>. In buona sostanza – riassume Wildman –, “Ogni persona in Inghilterra ha un diritto di eleggere i propri rappresentanti (...) ogni governo dipende dal libero consenso del popolo (...) non vi sono leggi che a rigor di giustizia un uomo sia tenuto a obbedire se non quelle fatte da coloro alla cui elezione egli abbia consentito”<sup>37</sup>.

Discorsi di questo genere hanno animato, pure, i Costituenti di Philadelphia e le varie assemblee di rivoluzionari, che nel corso dei secoli XVIII, XIX e XX hanno dato voce a moltitudini di derelitti e a borghesi alla ricerca di un nuovo ruolo economico, sociale ed istituzionale. Infine, testi, che sono

<sup>35</sup> Ireton, *ivi*, 66.

<sup>36</sup> Rainborough, ufficiale della marina e del Nuovo Esercito, *ivi*, 68.

Il tema-problema del consenso è posto qui per la prima volta. È individuato il fondamento della democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare, in senso moderno. Facile a dirsi, meno agevole da attuarsi: lo confermano le stesse vicende personali di Cromwell, la cui esperienza sfociò in una dittatura. Sorprende, in ogni caso, la qualità del dibattito, che fa sfigurare non pochi attuali membri di Camera e Senato, culturalmente sprovveduti e privi di un qualunque orizzonte valoriale.

Quanto, poi, all’ispirazione elevata dei discorsi, dovuti alla lettura delle Scritture e alla loro libera interpretazione, non v’è nulla di confessionale. Sottolinea il fatto che l’edificazione di un dato sistema istituzionale non era concepito unicamente quale frutto di accorgimenti tecnico-giuridici. Al contrario, essa era dominata da preoccupazioni, che andavano ben oltre la vita di ciascuno. Per questo, era indispensabile un atto fondativo *aere perennius*: come testimoniano le piramidi egizie e i templi romani, espressione non di un malinteso paganesimo (è sinonimo, semplicemente, di non cristiano), ma di una potente religiosità, che può essere anche laica. V., infatti, A. GUERRIERO, *Quaesivi et non inveni*, Mondadori, Milano, 1974. La sintesi di questo splendido volume, dovuto a un laico, sta in ciò: “Che cosa sarà di me? Ho il diritto di essere ateo senza aver dedicato una parte della mia vita allo studio del problema supremo?”. Vogliamo delegarlo all’intelligenza artificiale? Mi pare lo escluda, con argomenti che inchiodano, ad es., F. FAGGIN, *Irriducibile. La coscienza, la vita, i computer e la nostra natura*, Mondadori, Milano, 2022. Che ne dice la “nostra natura”, quando si trova al cospetto di questo frammento: “Dio non ha creato la morte e non gode per la rovina dei viventi. Egli infatti ha creato tutte le cose perché esistano; le creature del mondo sono portatrici di salvezza, in esse non c’è veleno di morte, né il regno dei morti è sulla terra. La giustizia infatti è immortale” (dal libro della Sapienza, 1, 13-15)? Se non avessimo abbandonato questi pensieri, convinti di poter compiere impunemente ogni misfatto (ce lo contesta, con parole forti, F. DOSTOEVSKIJ, *I fratelli Karamazov*, vol. I, Rizzoli, Milano, 2010, 392), avremmo rispettato la Natura e avremmo convenuto sul fatto che “Nessuno (...) sa dire perché certe rupi drammaticamente scoscese siano belle, perché certi boschi inviolati riescano a comunicare un brivido di commozione che spigne le parole: ma quasi tutti intuiscono che la bellezza non è frutto del caso, e che non sarebbe possibile comunicare con la natura se le cose fossero fatte senza ragione e non avessero un senso”: P. NONIS, *Parole per la vita*, Marsilio, Venezia, 2018, 33. Domande inevitabili, se si pensa. Poi, *tot capita tot sententiae!* Ma, persa l’abitudine di pensare, sostituito il pieno con il vuoto, ci si sgomenta. È accaduto ad Augusto Guerriero, come si rileverà nel testo, cui corrisponde la nota 60. Alessandro Manzoni – certo, inquieto, al pari di ognuno – ricorda che *si dovrebbe pensare più a far bene, che a star bene: e così si finirebbe anche a star meglio: I Promessi Sposi*, cit., XXXVIII, 596. Gennaro Acquaviva, su Radio Radicale, 11 giugno 2023, ritiene, non a caso, che la politica (alta) esiga una vocazione spirituale: implicita nella solidarietà. Vocazione, che manca non solo a don Abbondio, ma anche a don Abbacchio, squallida figura di canonico descritta da I. SILONE, *Fontamara*, Mondadori, Milano, 2016, 42, ove se ne tratteggia il triste profilo.

<sup>37</sup> Wildman, *ivi*, 83-84. È un problema di rilevanza sia teorica, sia pratica, che si collega – ove si guardi all’attualità – al rapporto tra generazioni e ai vincoli, che le vecchie possono porre a carico delle nuove, soprattutto quando fanno ricorso all’indebitamento: che si denomina, con ipocrisia, scostamento di bilancio (v., in proposito, G. SCACCIA, *Il bilancio quale strumento di responsabilità democratica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2020). Alla tesi prospettata da Wildman, Ireton rispose così: “Un uomo deve essere soggetto a una legge, cui non ha consentito, con l’unica riserva che, se non è soddisfatto, può andarsene in un altro paese. E lo stesso vale, a parer mio, per quell’uomo che ha un interesse permanente nel paese”: vale a dire, non è proprietario (*ivi*, 84). Altri tempi, un suffragio elettorale ristretto, certo, che non impedivano ad altri – a Sexby – di notare: “Ma se è vero che la proprietà rende gli uomini capaci – non importa in che modo se la sono procurata – di scegliere quelli che devono rappresentarli, credo vi siano molte persone, prive di proprietà, che hanno tuttavia onestamente altrettanto diritto di esser liberi di votare quanto qualsiasi grosso proprietario” (*ivi*, 94). Allora, il diritto di voto era inteso e vissuto come elemento costitutivo della forma di Stato e di governo; ora, da troppi, è concepito come un disturbo della quiete: di una quiete, frutto del disinteresse di chi dissipa la più preziosa delle eredità.

i testi vigenti, ispirati, soprattutto per quanto riguarda la previsione e la tutela dei diritti sociali, alla Costituzione di Weimar. Stando ad essa, “Il potere statale emana dal popolo” (art. 1); “I principi fondamentali riconosciuti dal diritto delle genti hanno valore di parti integranti del diritto tedesco” (art. 4); “I giudici sono indipendenti e soggetti solo alla legge” (art. 102); “Tutti i tedeschi sono uguali innanzi alla legge” (art. 109, 1° co.); sono riconosciute, tra l’altro, la libertà di circolazione e la libertà personale (artt. 111 e 114); sono tutelati il matrimonio, la famiglia e i fanciulli (artt. 119, 120 e 121); mentre “La libertà e la segretezza del voto sono garantite” (art. 125); quindi, “Tutti i cittadini, senza distinzione, contribuiscono, in proporzione ai loro mezzi, a tutte le spese pubbliche, in conformità alla legge” (art. 134). Non mancano espresse previsioni – riprese, pure esse, dalla nostra Costituzione – in tema di “libertà di opinione e di coscienza” (art. 135), di “libertà religiosa” (art. 136) e di libertà di associazione (art. 137); di arte e scienza (art. 142). Quanto alla “vita economica”, la medesima afferma – unitamente al “principio della libertà contrattuale” (art. 152) – che “L’ordinamento della vita economica deve corrispondere alle norme fondamentali della giustizia e tendere a garantire a tutti un’esistenza degna dell’uomo. In questi limiti è da tutelare la libertà economica dei singoli” (art. 151).

Perché Weimar? Perché dimostra quanto intrisa di realismo sia l’espressione *mai dire mai*. Mai escludere che accada quel che pare inverosimile, come attestano una serie infinita di eventi tragici<sup>38</sup>. A cominciare, appunto, da questa Legge fondamentale, travolta da sé stessa: vale a dire, dall’applicazione dell’art. 48, che, attraverso un “decreto”, consentì di conferire al “gabinetto di Hitler tutti i poteri legislativi per quattro anni”<sup>39</sup>. Il Reichstag lo approvò: “La votazione fu rapida e dette per risultato 441 voti favorevoli e 84 contrari (tutti socialdemocratici) (...). Così in Germania la democrazia parlamentare fu definitivamente sepolta (...). A partire dal 23 marzo 1933 Hitler fu il dittatore del Reich”<sup>40</sup>. Nel rispetto formale della Costituzione, al pari di quel che era già accaduto in Italia, nel primo dopoguerra, a causa del cattivo funzionamento del Parlamento, in mano a inconcludenti forze politiche largamente maggioritarie, litigiose<sup>41</sup>.

Quel testo costituzionale aveva di mira la giustizia, indispensabile per assicurare la difesa della dignità della persona. Molte di quelle clausole – alcune sono state riprese poco fa – sono presenti anche nella nostra Costituzione, la quale afferma che “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge” (art. 3, 1° co.); che “Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità” (art. 27, 3° co.); che “La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana” (art. 32, 2° co.); che “Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa” (art. 36, 1° co.); che l’iniziativa economica “Non può svolgersi (...) in modo da recare danno (...) alla dignità umana” (art. 41, 2° co.). E si potrebbe continuare, perché “Leggendo la Costituzione si scorge infatti una linea continua e coerente che coinvolge tutti i settori della nostra vita, in grado di condizionare l’intero arco dell’azione politica. Un disegno lucido uscito dall’incontro felice tra più ‘culture’ unite da alcuni pensieri chiave e da condivisi valori, il primo fra tutti la ‘persona’ umana e la sua dignità, che consentì di registrare un accordo forte su questioni essenziali e difficili”<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Una rassegna, tanto impietosa quanto sconcertante, è stata elaborata da E. MORIN, *Di guerra in guerra. Dal 1940 all’Ucraina invasa*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2023, del quale v., inoltre, *Svegliamoci*, Mimesis, Milano-Udine, 2022.

<sup>39</sup> W.L. SCHIRER, *Storia del Terzo Reich*, vol. I, Einaudi, Torino, 2014, 306.

<sup>40</sup> Ivi, 311.

<sup>41</sup> Per tutti – davvero, per tutti –, v. R. DE FELICE, *Mussolini il fascista. I. La conquista del potere 1921-1925*, Einaudi, Torino, 2022, 282 ss. Nel corso dell’anno 2022 sono state pubblicate opere improvvisate, romanizzate, strombazzate; attente nel rammentare, piuttosto che i grandi fatti della storia, le inerzie e le collusioni, fatterelli di costume, ed altro del genere, incompatibili con l’obiettivo di informare e formare coscienze democratiche, di nome e di fatto. È trascorso qualche mese e nessuno più le ricorda. Anche questo conferma che i nostri tempi preferiscono declamazioni, superficialità, arretranti rivendicazioni di valori nominali; in luogo della riflessione, accompagnata sempre dalla prudenza.

<sup>42</sup> L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione*, cit., 18. V., quindi, G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2015, nonché – da ultimo – ID., *Il filo rosso della giustizia nella Costituzione. Un percorso di vita*, Giuffrè, Milano, 2023.

Questa valorizzazione della persona e della sua dignità non rappresenta il frutto del caso, ma una reazione, di segno diretto e contrario, nei confronti di quella che fu definita “L’età della catastrofe” (1914-1945)<sup>43</sup>. Ad essa è seguita “L’età dell’oro” (1945-1973)<sup>44</sup>, nell’ambito della quale si colloca la gran parte delle Costituzioni vigenti, che si riportano alle esperienze dell’Occidente europeo e del Nordamerica. Estranea, al di là di suggestioni fuorvianti, la Russia, che non ha mai sperimentato – dalla Russia di Kiev alla Russia di Mosca, sempre, strutturalmente, imperiale – la democrazia<sup>45</sup>: come noi la intendiamo, radicata sullo Stato di diritto<sup>46</sup> e sul primato della persona, non del gruppo o del clan<sup>47</sup>. Anche in questo senso vanno intese le espressioni “tradizioni dei popoli d’Europa” e “tradizioni costituzionali”, presenti nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea<sup>48</sup>, cui si riferisce espressamente l’art. 6, 1° co., del Trattato sull’Unione europea<sup>49</sup>.

“Oggi” – ha notato qualcuno, non inesperto – “nella retorica pubblica occidentale si sentono più assurdità e sproloqui sulla democrazia – e specialmente sulle miracolose qualità che apparterrebbero ai governi eletti da maggioranze aritmetiche di votanti che scelgono tra partiti rivali – che su qualsiasi altro concetto o termine politico. Nella recente retorica statunitense, questa parola ha perso ogni contatto con la realtà”<sup>50</sup>. Lo ha perso perché, un po’ dovunque, il denaro è divenuto “l’unico riferimento della propria esistenza e tutto il resto dovrà confrontarsi ed essere compatibile con i suoi principi”<sup>51</sup>. Estraneo – in un mondo, in cui i ricchi diventano sempre più ricchi e i poveri sempre più poveri<sup>52</sup> – l’art. 25, 1° co., della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 10 dicembre 1948, il quale afferma – concluso il secondo conflitto mondiale – che “Ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all’alimentazione, al vestiario, all’abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari; ed ha diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità, vedovanza, vecchiaia o in altro caso di perdita di mezzi di sussistenza per circostanze indipendenti dalla sua volontà”. Da leggere insieme all’art. 29, 1° co., il quale – non diversamente da quanto dispone l’art. 2 della nostra Costituzione, a proposito della solidarietà – stabilisce che “Ogni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità”.

Da meditare, infine, i densi pensieri, elaborati da John Maynard Keynes in margine al “disastroso trattato”, che metteva fine al primo conflitto mondiale<sup>53</sup>. Nelle pagine introduttive scrive che “La capacità di abituarsi alle circostanze è un tratto spiccato del genere umano. Ben pochi di noi si rendono conto appieno del carattere fortemente insolito, instabile, complicato, incerto, temporaneo

<sup>43</sup> Da E.J. HOBSBAWM, *Il secolo breve 1914-1991*, Bur, Milano, 1994, 33 ss.

<sup>44</sup> Ivi, 267 ss.

<sup>45</sup> Sgombra il campo di ogni dubbio N.V. RIASANOVSKY, *Storia della Russia dalle origini ai giorni nostri*, con un aggiornamento di S. Romano, Bompiani, Milano, 2015.

<sup>46</sup> V., infatti, AA.VV., *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Feltrinelli, Milano, 2003.

<sup>47</sup> Che è proprio di altre culture, con le quali oggi dobbiamo confrontarci.

<sup>48</sup> Nizza 2000 – Lisbona 2007.

<sup>49</sup> *G.U.U.E.*, 30 marzo 2010, n. C83.

<sup>50</sup> E.J. HOBSBAWM, *La fine dello Stato*, Rizzoli, Milano, 2007, 15, il quale ha dichiarato – è il caso di prendere atto dell’appunto – che “Il mio intervento è un piccolo contributo alla necessità di riportare questi discorsi sulla terra attraverso l’uso della ragione e del senso comune, pur restando saldamente legati all’ideale del governo per il popolo – per tutto il popolo: i ricchi e i poveri, gli stupidi e gli intelligenti, gli informati e gli ignoranti – e con la consultazione e il consenso del popolo”.

<sup>51</sup> V. ANDREOLI, *Il denaro in testa*, Rizzoli, Milano, 2011, 51. “In questi casi il denaro finisce per essere l’idea dominante, in grado di modificare e di condizionare persino la meccanica mentale che produce solo pensieri in valuta pregiata, riduce tutto il mondo a carta moneta, e l’uomo a denaro. Ogni altra caratteristica scompare o viene coperta e si entra decisamente nella fase della malattia”.

<sup>52</sup> V., soprattutto, T. PIKETTY, *Capitale e ideologia*, La nave di Teseo, Milano, 2020; ID., *Una breve storia dell’uguaglianza*, La nave di Teseo, Milano, 2021, nonché F. CONTI – G. SILEI, *Breve storia dello Stato sociale*, Carocci editore, Roma, 2022; C. PINZANI, *Storia della crisi finanziaria 2007...?* Castelvevchi, Milano, 2019, e A. SCHIAVONE, *Uguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia*, Einaudi, Torino, 2019.

<sup>53</sup> J.M. KEYNES, *Le conseguenze economiche della pace*, Adelphi, Milano, 2012, 15.

dell'organizzazione economica con cui l'Europa occidentale è vissuta nell'ultimo mezzo secolo"<sup>54</sup>. Nelle pagine conclusive nota che "Abbiamo davanti un'Europa inefficiente, disoccupata, disorganizzata, lacerata da lotte interne e da odii internazionali, riottosa, affamata, rapace e prostrata. C'è qualcosa che giustifichi un piano meno fosco?"<sup>55</sup>.

Certo, l'Europa odierna non si trova in quelle condizioni. Ma rimane, tutto sommato, ancora un'Europa di Stati e di Nazioni; non accogliente; invecchiata; ripiegata su sé stessa; impaurita per la progressiva caduta dello Stato sociale; senza radici, perché ha rinnegato quelle giudaico-cristiane<sup>56</sup>. E le masse sono ancora lì<sup>57</sup>, nonostante la globalizzazione, i suoi pregi e i suoi catastrofici difetti.

### 3. Vita, morte, religiosità

Per quanto si sia portati a ritenere che le istituzioni rappresentino la sintesi di apparati complessi e debbano essere considerate come entità inanimate; in realtà, esse sono un insieme di corpi viventi: di persone, che agiscono in forza di usi e costumi. Di abitudini, ereditate, da lasciare, a loro volta, in eredità alle nuove generazioni. Ciò che unisce l'una all'altra, nel loro incessante succedersi, sono due situazioni, tra tante, peculiari: il *dolore* e la *giustizia*. La prima è, appunto, una condizione. La seconda è, più precisamente, un'aspirazione, che deve fare i conti con la natura umana, che è quella che è. Quella descritta, in poche parole, da Niccolò Machiavelli, quando ha osservato: "Perché degli uomini si può dire questo generalmente: che sieno ingrati, volubili, simulatori e dissimulanti, fuggitori de' pericoli, cupidi di guadagno"<sup>58</sup>. Questo è l'*homo homini lupus*, di matrice hobbesiana, con cui deve convivere chi è animato da nobili sentimenti. È la condizione di chi, espressamente o no, si interroga sul significato della sua esperienza umana, destinata, oltretutto, a permeare le regole, giuridiche e non giuridiche, che presidiano i rapporti tra le persone. Il che equivale a porsi dal punto di vista della **educazione alla cittadinanza**, la quale esige che si sia consapevoli di una elementare premessa: "Non aver paura che la vita possa finire. Abbi invece paura che possa non cominciare mai davvero"<sup>59</sup>. È un'affermazione, che trova un puntuale, accorato riscontro in questo profondo, inquietante pensiero: "È un libro di un uomo che, giunto alla sera della vita, ha perduto la pace. Ma quella pace, di cui godei per tanti e tanti anni, era incoscienza. Ora, non ho più la pace, ma sono cosciente del mio dramma intimo"<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> Ivi, 17, che prosegue così: "Consideriamo naturali, permanenti, sicuri, alcuni dei più singolari e temporanei nostri vantaggi recenti, e ci regoliamo nei nostri piani di conseguenza. Su questa base precaria e ingannevole progettiamo miglioramenti sociali e allestiamo piattaforme politiche, coltiviamo le nostre animosità e le nostre particolari ambizioni, e pensiamo di disporre di un margine bastante per fomentare, anziché mitigare, il conflitto civile nella famiglia europea".

<sup>55</sup> Ivi, 197.

<sup>56</sup> C. MAGRIS, *L'Occidente vittima della propria viltà*, in *Corriere della Sera*, 10 marzo 2020, 30-31, descrive, realisticamente, questo scenario: "l'individuo concreto (è) sempre più spaesato e superato, fuori posto e straniero in una realtà in cui l'artificiale sta diventando sempre più la natura dell'uomo". Anche per questo, l'Occidente tramonta: "perché perde il senso di una propria unità sottostante alla diversità e alle divergenze"; "muore perché si vergogna di sé stesso e dei propri valori più alti"; perché rinnega "i riferimenti e i motivi cristiani"; "perché la 'mezza cultura', tronfia e *à la page*, tiene banco"; "perché nessuno legge e tutti scrivono, naturalmente romanzi". *Sic!*

<sup>57</sup> Ha ragione J. ORTEGA Y GASSET, *La ribellione delle masse*, il Mulino, Bologna, 1962. Fatti salvi i mutamenti, che hanno superato l'idea, raffigurata nell'operaio-massa, è certo che oggi ci troviamo di fronte al più esecrabile dei conformismi, che produce il medesimo risultato, in termini di omologazione dell'indistinto: "La massa travolge tutto ciò che è differente, singolare, individuale, qualificato e selezionato. Chi non sia come 'tutto il mondo', chi non pensi come 'tutto il mondo' corre il rischio di essere eliminato. Ed è chiaro che questo 'tutto il mondo' non è 'tutto il mondo'. 'Tutto il mondo' era normalmente l'unità complessa di massa e minoranze discrepanti, speciali. Adesso 'tutto il mondo' è soltanto la massa" (ivi, 12). V. la nota 173.

<sup>58</sup> N. MACHIAVELLI, *Il Principe*, con un saggio di V. Branca, Mondadori, Milano, 1994, 73. D'accordo, ALEXANDER HAMILTON, in *Il federalista*, a cura di M. D'Addio e G. Negri, il Mulino, Bologna, 1980, n. 6, 62, secondo il quale "l'uomo è ambizioso, vendicativo e rapace".

<sup>59</sup> Sono parole di John Henry Newman, citate da G. RAVASI, *Breviario*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2012, 9.

<sup>60</sup> A. GUERRIERO, *Quaesivi et non inveni*, cit., 9.

Coscienza è sinonimo di “capacità dell’uomo di riflettere su sé stesso e di attribuire un significato ai propri atti”. È anche “consapevolezza”<sup>61</sup>. È – dal punto di vista di una concezione esistenziale delle istituzioni e di ciò che le caratterizza sul piano giuridico – avvertita percezione di un dato essenziale: che “il diritto è (...) fenomeno sociale e conseguentemente la scienza giuridica” è “scienza sociologico-valutativa, e non formale, scienza di problemi pratici e non di astratte sistemazioni concettuali, scienza di risultati concreti e non di aprioristiche deduzioni, scienza – infine – di scelte creative e quindi responsabili, e non di automatiche conclusioni”<sup>62</sup>. Il diritto, dunque, implica ed è assunzione di responsabilità. È – senza alcuna retorica – vocazione al bene comune, come è imposto dalla Costituzione: meglio ancora, dal patto costituzionale, il quale presuppone che ciascuno usufruisca dei mezzi propri e altrui non da proprietario quiritario, ma da amministratore<sup>63</sup>. A maggior ragione, ora che i caposaldi del costituzionalismo sembrano decomporsi, al di là dei riti e degli schematismi duri a morire<sup>64</sup>.

Per evitare equivoci ed affrettate conclusioni, è opportuno richiamare un’espressione, rammentata fin dall’esordio, là dove – nel riprendere il pensiero di un Costituente – ho scritto che “tutto è religione quello che dimostra la transitorietà dell’uomo ma la perpetuità dei suoi ideali”<sup>65</sup>. È il cemento che consolida la solidarietà, resa responsabile dalla reciprocità. Si può, quindi, affermare che il diritto è reciprocità: scambio, alla pari, di situazioni giuridiche soggettive favorevoli e sfavorevoli, secondo un moto pendolare, che scandisce tempi e modi del ciclo della vita.

a) La **vita**, appunto. È la condizione di chi viene al mondo; di chi eredita una piccola frazione del mondo; di chi dovrà – da erede, che si appresta a divenire *de cuius* – restituire, in condizioni almeno decenti, quel che ha ricevuto a chi verrà. È la logica sottesa alla novella degli artt. 9 e 41 Cost., introdotta con la legge costituzionale n. 1/2022. È ciò che propone l’enciclica di Papa Francesco *Laudato si*<sup>66</sup>.

Combinando insieme una lettura della Costituzione aderente alla realtà e una rilettura attenta dell’opera manzoniana, è inevitabile soffermarsi su questi caposaldi. Ad un certo punto del cammino, dopo aver percorso un tratto di strada, ci si imbatte nella vita, che è anche una parola, ma soprattutto consiste in ciò che appartiene a ciascuno in quanto persona. Ed è un mistero. O lo si coglie oppure lo si ignora, con quel che inevitabilmente ne deriva sul piano della intensità del vivere, che è esperienza consapevole del finito. Chi ne prescinde – per quel che ne ho inteso – predilige il mordi e fuggi; la soddisfazione dei propri piccoli-grandi desideri, ad ogni costo. Con disprezzo del vincolo umano della solidarietà, il cui contrario si può definire con questa terribile parola: rapacità. Nei confronti dell’uomo e della stessa natura, che ora – oggettivamente – si ribella<sup>67</sup>.

Il discorso cade, inevitabilmente, sul nostro tempo, investito da Covid-19. Una cartina di tornasole, che ha fatto emergere il meglio e il peggio di una società. Posta di fronte a limitazioni rigorose di diritti e libertà, la stragrande maggioranza delle persone le ha rispettate, dal momento che

---

<sup>61</sup> *Il piccolo Rizzoli Larousse*, Rizzoli Larousse, Milano, 2004, *ad vocem*.

<sup>62</sup> M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, il Mulino, Bologna, 1969, VII.

<sup>63</sup> M. BERTOLISSI, *Amministratori, non proprietari dell’ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi*, in *federalismi.it*, 8 marzo 2023. Quanto all’atteggiamento che ci dovrebbe orientare, v., in special modo, F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova, Roma, 2012.

<sup>64</sup> AA.VV., *Problemi e difficoltà del costituzionalismo*, a cura di D. Castellano, con una prefazione di P.G. Grasso, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023.

<sup>65</sup> V. il testo, cui è riferita la nota 2.

<sup>66</sup> FRANCESCO, *Laudato si’*. *Enciclica sulla cura della casa comune*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 2015. V., altresì, *Fratelli tutti*. *Enciclica sulla fraternità e l’amicizia sociale*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 2020. V., se vuoi, M. BERTOLISSI, *La Laudato si’ come fatto normativo*, in AA.VV., *Riforme. Opinioni a confronto*, Giornata di studi in ricordo di Livio Paladin, a cura di M. Bertolissi, Jovene, Napoli, 2015, 49 ss.

<sup>67</sup> Maggio 2023 è stato tempestoso: l’Emilia-Romagna è stata devastata dalle alluvioni. La letteratura è sterminata, ma qui intendo soltanto ricordare che se ne parla quotidianamente: v., ad es., G. CAPRARA, “*La terra, splendida bellezza che noi abbiamo deturpato*”, in *Corriere della Sera Sette*, 24 aprile 2020, 16 ss. È l’attualità, che intendo indagare, utilizzando lunghi studi, esperienze acquisite, buon senso e Manzoni, nell’ottica delineata da Leonardo Sciascia, tra l’altro, in *Una visione pessimistica della storia*, in *Corriere del Ticino*, 9 giugno 1973, ora in *Troppo poco pazzi. Leonardo Sciascia nella libera e laica Svizzera*, a cura di R. Martinoni, Leo S. Olschki Editori, Firenze, 2011, 114-115.

in gioco c'erano la vita propria e la vita altrui<sup>68</sup>. Per inclinazioni positive, ma anche perché si è diffusa l'idea – che, a poco a poco, si è trasformata in convinzione – che non siamo immortali<sup>69</sup>. Del resto, ciascuno ha avuto modo di constatare quali sono state le conseguenze, in termini di vite umane, patite dal personale medico e infermieristico, il quale, se ha operato per adempiere a obblighi professionali, lo ha fatto con una dedizione e un'intensità che dimostrano, nei fatti, come vi siano persone che non esitano ad anteporre a sé il bene altrui<sup>70</sup>. Sul medesimo piano si possono collocare gli amministratori locali, che hanno confermato, una volta di più, la capacità di gestire l'ordinaria e la straordinaria amministrazione, riuscendo, pure, ad aggregare, attorno a sé, la generosa disponibilità di tanti volontari a prestare aiuto ai più deboli<sup>71</sup>. Insomma, se “le strade sono deserte (...) le case dove si attende e gli ospedali dove si lotta sono carichi di umanità”<sup>72</sup>. È questa la matrice unitaria, a cui ci si sarebbe dovuti ispirare costantemente nel gestire le varie fasi della pandemia, che presuppone, da parte di tutti, una reciproca disponibilità a capire le ragioni altrui<sup>73</sup>. È il tempo dello scambio non tanto di cose, quanto di valori.

Intende altrimenti la vita chi è ripiegato su di sé, avulso dalla società. C'è chi cerca di approfittare del momento per arricchirsi. Quando mai sono mancati gli sciacalli? C'è chi – il sistema di potere – delibera atti normativi, che incidono sulle libertà fondamentali del cittadino, con una dose di leggerezza forse eccessiva. Vagheggia limitazioni, che sono prive di qualunque base costituzionale: ad esempio, quando ritiene di imporre l'esonero dal lavoro agli ultrasessantenni, con una logica meramente statistica, da ufficio matricola<sup>74</sup>. C'è chi – benestante e, a parole, filantropo – ha abbandonato il terreno meno favorevole per altri lidi<sup>75</sup>. C'è chi ha beneficiato delle cure sanitarie necessarie, avendo, peraltro, evaso alla grande obblighi fiscali e contributivi<sup>76</sup>. Ne deriva che il povero ha sfamato il ricco – per dirla brutalmente, ma senza equivoci – e che, se assoggettato a cure intensive, il primo ha salvato la vita del secondo, in forza di una declinazione al contrario del principio costituzionale di solidarietà, di cui all'art. 2. Chi beneficia di questi aiuti immeritati è privo di dignità. La dignità è parte integrante della vita, se non una sua componente essenziale<sup>77</sup>.

Questi sono appunti presi in margine ad episodi di vita vera, che non hanno nulla a che fare con elevate declamazioni, talora intrise di ipocrisia. Se siamo sinceri, dobbiamo semplicemente riconoscere che “per vincere”, superando le ricorrenti crisi, “bisogna vivere, non sopravvivere”<sup>78</sup>.

<sup>68</sup> R. SALEMI, *Anche le buone maniere sono contagiose*, in *Io Donna*, 25 aprile 2020, 51 ss.

<sup>69</sup> F. SARZANINI, *Fragilità e coraggio, si riparte da qui*, in *Io Donna*, 25 aprile 2020, 58.

<sup>70</sup> F. GATTI, *Come soldati in trincea*, in *L'Espresso*, n. 13, 22 marzo 2020, 14 ss.

<sup>71</sup> M. DAMILANO, *Una nuova resistenza*, in *L'Espresso*, n. 12, 15 marzo 2020, 10 ss., nonché G. GENNA, *Il potere deve mostrarsi*, *ivi*, 15.

<sup>72</sup> M. DAMILANO, *Il vuoto è il pieno*, in *L'Espresso*, n. 14, 29 marzo 2020, 16 ss., e S. TURCO, *Sul confine*, *ivi*, 20 ss.

<sup>73</sup> E. FITTIPALDI – G. TIZIAN, *Solo così ripartiremo*, in *L'Espresso*, n. 15, 5 aprile 2020, 16 ss.

<sup>74</sup> G.A. STELLA, *La ribellione degli over 60. “Noi chiusi in casa? Una follia”*, in *Corriere della Sera*, 24 aprile 2020, 18, nonché P. CONTI, *“Non siamo tutti uguali. Un parametro valido è l'utilizzo dei farmaci”*, *ivi*, 19.

<sup>75</sup> F. RAMPINI, *Mentre la sinistra radical chic...*, in *D*, 25 aprile 2020, 52.

<sup>76</sup> Premetto che, preliminarmente, si dovrebbe tener conto di alcuni distinguo, ma è risaputo e provato che l'evasione fiscale e contributiva in Italia sono enormi. La fedeltà fiscale rimane un mito e dimostra che, della vita altrui, molti si disinteressano. In ogni caso, fanno impressione i dati riportati da C. VOLTATTORNI, *Dichiarazioni, il 44% sotto i 15mila euro*, in *Corriere della Sera*, 24 aprile 2020, 41: “Quasi la metà dei contribuenti italiani ha un reddito sotto i 15mila euro. Oltre 12 milioni di persone nel 2018 non ha pagato un euro di Irpef a causa di redditi molto bassi o per effetto delle detrazioni. La metà dei contribuenti ha un reddito tra i 15mila e i 50mila euro e paga il 56% dell'Irpef totale, mentre solo il 6% ha un reddito superiore a 50mila euro pari al 40% dell'Irpef. I redditi dichiarati sopra i 300mila euro sono solo lo 0,1% del totale”. Se fosse questa la realtà, saremmo alla guerra civile! Tuttavia, le implicazioni, in termini di coscienza civile, sono gravosissime, come nota anche F. VECCHI, *Gli scrocconi. Per ogni italiano che lavora, dieci vivono sulle sue spalle*, Piemme, Milano, 2021. Questo spiega perché salari e stipendi dei lavoratori italiani sono, rispetto a quelli percepiti dai loro colleghi, cittadini di altri Paesi dell'Unione europea, assai più bassi. Il che significa che l'evasore “ruba” a chi già mena una vita grama.

<sup>77</sup> V., sul punto, A. CAZZULLO, *Usiamo bene questi giorni invece di tassare gli onesti*, in *Corriere della Sera*, 12 aprile 2020, 39, e C. AUGIAS, *Serve una fase 2 per gli evasori fiscali*, in *la Repubblica*, 16 aprile 2020, 27, nonché M. MAGATTI, *Capire quale società dobbiamo ricostruire*, in *Corriere della Sera*, 8 aprile 2020, 36.

<sup>78</sup> C. MAGRIS, *La saggia tenda di Churchill*, in *Corriere della Sera*, 25 aprile 2020, 46.

Servono collaudate competenze, non qualità aleatorie, che conducono al fallimento irresponsabile<sup>79</sup>. Servirà, magari, anche qualcosa d'altro: forse, superare l'“inaridimento delle due fonti che da sempre hanno alimentato in Europa la dimensione della politica e che non sono state sostituite da nulla: la religione cristiana e la cultura classica, per lungo tempo intrecciate in un unico, peculiare percorso formativo”<sup>80</sup>.

Alessandro Manzoni – se letto con cura e se, con altrettanta cura, meditato – consente di recuperare questo indispensabile patrimonio di valori, sostituendo, gradatamente, la comunicazione con il pensiero: l'*homo videns* con l'*homo sapiens*<sup>81</sup>. Consente di recuperare le sue rigorose premesse e la sua “originalità”, che risiede “nell'aver rappresentato, a differenza dei moderni, la vita che si fa e si afferma invece della vita che si disfà”<sup>82</sup>. Di più, lo si coglie realisticamente nel suo paesaggio, “che trascrive un senso della vita che non è né tragico né drammatico, ma tuttavia doloroso, e sempre composto anche quando il dolore si risolve in gaudio”<sup>83</sup>. In buona sostanza, “il poeta viene a ridere amaramente di questa povera natura umana inferma di tante debolezze”<sup>84</sup>, la quale, “In un momento come questo, ognuno, prima di pensare a nuocere ad altri, pensa a giovare a sé medesimo, mettendosi in salvo”<sup>85</sup>: allora per paura dei Lanzichenecchi, ora della pandemia. In salvo, evitando la morte.

Ma non mancano, affatto, condotte esemplari, da imitare, nel ricomporre le fondamenta di una società debole, sopraffatta dal vuoto. Forse, riacquisterà senso esprimersi così: “*Presentiamo a Dio i nostri cuori miseri, vòti, perché Gli piaccia riempirli di quella carità, che ripara al passato, che assicura l'avvenire, che teme e confida, piange e si rallegra, con sapienza; che diventa in ogni caso la virtù di cui abbiamo bisogno*”<sup>86</sup>. Premessa per poter realizzare, in concreto, un soccorso ordinato con più lontana previdenza<sup>87</sup>. Antecedente di quel che avvenne nel lazzeretto ieri, e di quel che è accaduto nelle nostre strutture sanitarie qualche tempo fa: *Ma è insieme un saggio non ignobile della forza e dell'abilità che la carità può dare in ogni tempo, e in qualunque ordin di cose, il veder quest'uomini sostenere un tal carico così bravamente. E fu bello lo stesso averlo accettato, senz'altra ragione che il non esserci chi lo volesse, senz'altra fine che di servire, senz'altra speranza in questo mondo, che d'una morte molto più invidiabile che invidiata; fu bello lo stesso esser loro offerto, solo perché era difficile e pericoloso e si supposeva che il vigore e il sangue freddo, così necessario e raro in que' momenti, essi lo dovevano avere*<sup>88</sup>. Fuori dal tempo, poi, perché il lazzeretto rimase senza medici (...) vennero a tempo abbondanti sussidi, per inaspettato dono di misericordia privata (...) ci furono degli animi sempre desti alla carità, ce ne furon degli altri in cui la carità nacque al cessare d'ogni allegrezza terrena<sup>89</sup>. C'erano, poi, le balie con i bambini al petto nello ospedale d'innocenti, quale il luogo e il tempo potevan darlo (...) alcune in tal atto d'amore, da far nascer dubbio nel riguardante, se fossero state attirate in quel luogo dalla paga, o da quella carità spontanea che va in cerca de' bisogni e de' dolori<sup>90</sup>.

<sup>79</sup> M. CASTELNUOVO, *Ernesto Olivero: “Spero che ora tutti capiscano il valore della competenza”*, in *Corriere della Sera*, 25 aprile 2020, 23.

<sup>80</sup> E. GALLI della LOGGIA, *L'Europa inaridita*, in *Corriere della Sera*, 7 aprile 2020, 32.

<sup>81</sup> G. SARTORI, *Homo videns. Televisione e post-pensiero*, Laterza, Roma-Bari, 1997. Cose risapute, da tempo.

<sup>82</sup> G. PAPINI, *Temi fondamentali dei “Promessi Sposi”*, in *Motivi e personaggi dei “Promessi Sposi”. Antologia della critica manzoniana*, a cura di S.A. Costa e G. Mavaro, Le Monnier, Firenze, 1964, 43.

<sup>83</sup> M. MARCAZZAN, *La natura nei “Promessi Sposi”*, in *Motivi e personaggi*, cit., 62.

<sup>84</sup> L. PIRANDELLO, *Don Abbondio*, in *Motivi e personaggi*, cit., 105.

<sup>85</sup> F. PUGLISI, *Don Abbondio nella discesa dei Lanzichenecchi*, in *Motivi e personaggi*, cit., 110.

<sup>86</sup> *I Promessi Sposi*, cit., XXVI, 403. Parole di Federigo.

<sup>87</sup> Ivi, XXVIII, 434.

<sup>88</sup> Ivi, XXXI, 483, ove si prosegue così: *E perciò l'opera e il cuore di que' frati meritano che se ne faccia memoria, con ammirazione, con tenerezza, con quella specie di gratitudine che è dovuta, come in solido, per i gran servizi resi da uomini a uomini, e più dovuta a quelli che non se la propongono per ricompensa. È un messaggio, per noi, denso di implicazioni, morali ed anche giuridiche, solo che si pensi al personale sanitario sceso in campo durante la pandemia. Qui non c'è di mezzo alcun dogma; ha spazio un'unica cosa: la carità. V. sub b) e c), 6, la nota 242 e 11.*

<sup>89</sup> Ivi, XXXII, 497.

<sup>90</sup> Ivi, XXXV, 545.

Tuttavia, *ecco se, anche nelle maggiori strettezze, i danari del pubblico si trovan sempre, per impiegarli a sproposito*<sup>91</sup>.

b) Nello *spedale* sgorga la vita dalla **morte**. Pare che l'una rifluisca nell'altra, attraverso uno scambio di ruoli, che rende vitale persino la morte. D'altra parte, *Il buon benefattore non ebbe la consolazione di bacchiarle [le noci]; perché andò, prima della raccolta, a ricevere il premio della sua carità*<sup>92</sup>. Per quanto qui sia presente l'afflato religioso, nulla di diverso per chi – non credente – ha dato la vita per le nostre attuali libertà<sup>93</sup>. La differenza non risiede tanto nel fatto di ammettere una trascendenza oppure di escluderla<sup>94</sup>, quanto nel vivere rettamente oppure no. In quest'ultimo caso, vale l'immagine di don Rodrigo, sconvolto dall'aver contratto la peste. *L'uomo si vide perduto: il terror della morte l'invase, e, con un senso per avventura più forte, il terrore di diventar preda de' monatti, d'esser portato, buttato al lazzeretto. E cercando la maniera d'evitare quest'orribile sorte, sentiva i suoi pensieri confondersi e oscurarsi, sentiva avvicinarsi il momento che non avrebbe più testa, se non quanto bastasse per darsi alla disperazione*<sup>95</sup>. Ben diverse le parole pronunciate da padre Felice: *Benedetto il Signore! Benedetto nella giustizia, benedetto nella misericordia! benedetto nella morte, benedetto nella salute! benedetto in questa scelta che ha voluto far di noi*<sup>96</sup>. Per non dire della tenerezza, che sprigiona dall'animo di due amici, che si ritrovano, dopo aver scampato la peste. Renzo incontra l'amico, *che era sull'uscio (...) si trovarono a un tratto molto più amici di quello che avesser mai saputo d'essere nel tempo che si vedevano quasi ogni giorno; perché all'uno e all'altro (...) eran toccate di quelle cose che fanno conoscere che balsamo sia all'animo la benevolenza; tanto quella che si sente, quanto quella che si trova negli altri*<sup>97</sup>.

Dunque, azioni buone, attesa serena di un evento – la morte –, di cui si può dire che è *certus an, incertus quando*, destinato a non perdere mai il suo carattere naturale. Anche perché, la vita e la morte si implicano vicendevolmente; come si implicano, vicendevolmente, le generazioni, la cui alternativa è operare per la giustizia oppure no; non solo per sé, ma *anche* per quelli che verranno, come dispone il novellato art. 9, 3° co., Cost. Ed è proprio a motivo di questa formale modifica della Legge fondamentale che è doveroso riflettere sulla sequenza vita-morte: dopo aver brevemente detto della vita, di ciò che la interrompe, per poi proseguire verso direzioni, che, anche per chi crede, rimangono sconosciute.

Infatti, “la morte è incomprendibile se non viene riferita alla vita”<sup>98</sup>. Entrambe permeano di sé la Costituzione, sempre che a leggerla non sia un superficiale amante dei combinati disposti. Lo sottintendono limpidamente parole quali dignità, eguaglianza, solidarietà, giustizia, la cui presenza, in quel testo, si giustifica unicamente in ragione delle vite spese e sacrificate per la conquista di una Legge fondamentale e per il superamento delle discriminazioni inflitte, in ogni tempo e luogo, a coloro che vivono ai margini della società e a quanti sopravvivono. Per costoro – diciamo con franchezza –, la morte può rappresentare persino una liberazione, così lontana dalla sensibilità – più precisamente, dall'insensibilità – di coloro che non sono gravati dalle necessità essenziali e sono convinti che la qualità della loro vita rappresenti l'*id quod plerumque accidit*. Effetto, questo, anche di una sorta di rifiuto di pensare alla morte, che durante l'imperversare di Covid-19 è divenuta un evento collettivo, quotidiano, concreto, destabilizzante.

Claudio Magris ha ricordato un episodio che incanta: “Che cosa faresti, chiese una volta un pio e tetro zio a san Luigi Gonzaga bambino che stava giocando nel giardino, se tu sapessi che morirai fra dieci minuti? ‘Continuerei a giocare’, rispose il bambino”<sup>99</sup>. Tuttavia, rimane, sullo sfondo,

<sup>91</sup> Ivi, XXVIII, 439.

<sup>92</sup> Ivi, III, 67.

<sup>93</sup> On. Piero Calamandrei, A.C., 4 marzo 1947, sottolinea questa circostanza, nel concludere il proprio straordinario intervento.

<sup>94</sup> Il più delle volte, è pura e semplice questione di parole.

<sup>95</sup> Ivi, XXXIII, 508.

<sup>96</sup> Ivi, XXXVI, 555.

<sup>97</sup> Ivi, XXXIII, 520 e 521.

<sup>98</sup> R. MENEGHELLI, *Frammenti di filosofia minima*, Giappichelli, Torino, 1993, 15.

<sup>99</sup> C. MAGRIS, *La saggia tenda di Churchill*, cit., 46.



l'interrogativo circa il rapporto vita-morte. Chi ha dedicato riflessioni profonde a questo argomento – si può dire che è di comune interesse? – ha osservato che “L’espressione vitalità della morte significa (...), probabilmente, solo trasformazione. Dire che tutto ciò che muore è vitale significa probabilmente dire che tutto, con la morte, si trasforma”<sup>100</sup>. Ed ha aggiunto: “Anche noi, dunque, ci trasformeremo. Ma ci trasformeremo in che cosa? Questo non lo sappiamo”. Ci destreggiamo tra le supposizioni, perché “Nessuna di queste risposte è fondata sull’esperienza (...) le scritture cristiane hanno parlato chiaramente. Ma se hanno parlato in modo da essere da noi intese, vuol dire che hanno parlato con parole finite, con parole d’uomo; diversamente non saremmo in grado di capirle”<sup>101</sup>. Poi, ha concluso: “Lasciamo queste cose alle religioni ed alle chiese; riconosciamo l’assoluta inadeguatezza delle nostre immagini e delle nostre parole ed accontentiamoci di attendere e di sperare che la vita continui in modo diverso da quello penoso che viviamo ora”<sup>102</sup>. Che stiamo, davvero, vivendo, impreparati e confusi.

La peste del 1630, descritta da Alessandro Manzoni, include entrambe – vita e morte – e nulla può sostituire la lettura dell’intero romanzo, che si cala all’interno di una condizione sociale ed economica già compromessa dalla carestia<sup>103</sup>. Molte le affinità epidermiche con il nostro tempo. Forse, pochi vivono le lacerazioni dell’Innominato, di fronte alla possibilità che corrisponda al vero quell’*Io sono però*; e ne seguono le tracce: *Ma, non che aprirsi con nessuno su questa sua nuova inquietudine, la copriva anzi profondamente, e la mascherava con l’apparenze d’una più cupa ferocia; e con questo mezzo, cercava anche di nascondere a sé stesso, o di soffogarla*<sup>104</sup>. Mentre altri, pure essi pochi, si possono riconoscere in questo atto di devozione: *Lucia si rivolse a Colui che tiene in mano il cuore degli uomini*<sup>105</sup>, dei quali è nota, purtroppo, la crudeltà. Allora, emerge dai fondali una domanda: *Se quell’altra vita di cui m’hanno parlato quand’ero ragazzo, di cui parlano sempre, come se fosse cosa sicura; se quella vita non c’è, se è un’invenzione de’ preti; che fo io? perché morire? Cos’importa quello che ho fatto? cos’importa? è una pazzia la mia... E se c’è quest’altra vita...! (...) Dio perdona tante cose, per un’opera di misericordia!*<sup>106</sup>. Non per aver sottoscritto dogmi!

Abbiamo assistito a “indegne esequie”<sup>107</sup>, perché “si muore clandestinamente. Nessun parente è accanto al letto nell’ospedale, nessun saluto è possibile, nessun funerale è concesso. È vero che si muore sempre da soli, ma qui è diverso: per la prima volta la morte è talmente singolare da diventare pura notizia senza rito, statistica, nuda comunicazione da un altrove, semplice scomparsa”<sup>108</sup>. Anche Piazza San Pietro è vuota<sup>109</sup>, mentre l’arcivescovo di Milano sale sul tetto del Duomo<sup>110</sup>.

c) È una conseguenza scontata chiedersi se sia possibile ignorare la domanda: perché esisto? mi è stato affidato un compito? in quali rapporti mi debbo porre nei confronti del prossimo: di chi mi è vicino? è una risposta a questo interrogativo l’umanissimo principio di solidarietà, di cui all’art. 2 Cost.? Posso vivere alla giornata, con la pretesa di non rendere mai il conto? Ed ancora: perché vivo

<sup>100</sup> R. MENEGHELLI, *Frammenti di filosofia minima*, cit., 16.

<sup>101</sup> *Ibidem*. Quindi: “Vuol dire che hanno parlato in un linguaggio storico e particolare che non può, in quanto tale, essere preso alla lettera, ma deve essere interpretato, più che in quel che realmente dice, in quel che intende dire. E ciò che intende dire, al di là di quel che realmente dice, è che la vitalità della morte è definitiva come la morte stessa. E comporta, perciò, una trasformazione che, essendo definitiva, non può essere espressa da lingue che possono parlare solo in modo non definitivo e solo di cose non definitive” (ivi, 16-17).

<sup>102</sup> Ivi, 17. V., quindi, 19 ss.

<sup>103</sup> *I Promessi Sposi*, cit., XXVIII, XXIX, XXX, XXXI e XXXII, in particolare, 428-504, quanto ai fatti “pubblici” (ivi, XXVII, 427).

<sup>104</sup> Ivi, XX, 316.

<sup>105</sup> Ivi, XX, 321.

<sup>106</sup> Ivi, XXI, 334.

<sup>107</sup> Ne parlo diffusamente in *Il mito del buon governo*, cit., 144 ss. L’espressione “indegne esequie” è di Manzoni, che le riferisce alla piccola Cecilia: *I Promessi Sposi*, cit., XXXIV, 535.

<sup>108</sup> E. MAURO, *I clandestini del contagio*, in *la Repubblica*, 13 marzo 2020, 35.

<sup>109</sup> “Nessuno si salva da solo”, in *la Repubblica*, 28 marzo 2020, 1, dice Papa Francesco.

<sup>110</sup> Z. DAZZI, *L’arcivescovo Delpini: “Sul Duomo per dire a chi soffre che non sarà mai solo”*, in *la Repubblica*, 13 marzo 2020, 12.

da privilegiato, sono sano, sono libero, sono facoltoso; mentre altri – i più – soffrono, gravati di mali tremendi? La vulgata dispensa slogan, contese risentite, non-soluzioni. Pare che il primato dell’*avere* abbia relegato in secondo piano l’*essere* e, con questo, messo a tacere la Costituzione<sup>111</sup>. Eppure, se della **religiosità** si assume l’idea, che di essa avevano i Costituenti<sup>112</sup>, non si può far finta di nulla: perché in gioco ci sono, oltre al destino di ciascuno, quello di intere comunità e dei territori istituzionali, di cui parla l’art. 114, 1° co., Cost.

Geno Pampaloni, in una limpida notazione – indirizzata agli insegnanti, che avrebbero potuto adottare un’edizione da egli stesso curata del romanzo –, si esprime così: “E tuttavia pare innegabile che l’affermazione manzoniana della indispensabilità e autenticità del ‘religioso’ è un punto fermo anche nella coscienza moderna che ha fatto esperienza delle dittature dell’ateismo. E pare innegabile che, nella concezione eroica che il Manzoni ne aveva, la religione si identifica con la libertà. ‘La religione insegna a sprezzare quelle cose di cui gli uomini si servono per farsi servi di altri’: questa frase, che si legge nelle *Osservazioni alla Morale cattolica*, scocca come una freccia diretta al cuore della crisi del nostro tempo, e non va mai dimenticata”<sup>113</sup>.

A prima vista, parrà singolare il nesso religione-libertà<sup>114</sup>. Tuttavia, chi ha una qualche dimestichezza con il diritto costituzionale, sa bene che il costituzionalismo ha un suo duplice elemento genetico: la rivendicazione della libertà religiosa e il rifiuto dell’oppressione fiscale<sup>115</sup>. Le colonie nordamericane, la formazione degli Stati Uniti d’America, il distacco dalla Madrepatria e la Rivoluzione francese – per non dire dei protagonisti dei Dibattiti di Putney<sup>116</sup> – costituiscono esempi, di cui non è neppure il caso di parlare. Comunque sia, in gioco c’erano le libertà del singolo e dei popoli, le cui vicende hanno coinvolto – sempre – la libertà religiosa: sia quando è stata rivendicata e riconosciuta, sia quando è stata negata e repressa. Il fatto è che – come mi è accaduto di ricordare in altra circostanza – “L’Italia è un Paese che non ha mai conosciuto né vere rivoluzioni né vere riforme”<sup>117</sup>. Ed è il Paese degli atei devoti!

Alessandro Manzoni evita gli equivoci e indica, nitidamente, quale è la sua idea di religiosità. Attraverso numerosi personaggi; ma, in particolare, attraverso Renzo Tramaglino, i cui sentimenti sono resi espliciti da una sequenza di atti, che fondono insieme dolore e giustizia.

Uscito da Milano e imboccata la via in direzione di Bergamo, Renzo *recitava, camminando, dell’orazioni per i morti*<sup>118</sup>. Trovato un luogo per dormire, in aperta campagna e non lontano dall’Adda, *Prima però di sdraiarsi su quel letto che la Provvidenza gli aveva preparato, vi s’inginocchiò, a ringraziarla di quel beneficio, e di tutta l’assistenza che aveva avuta da essa, in quella terribile giornata*<sup>119</sup>. Poco prima dell’alba, *Quando finalmente quel martello ebbe battuto undici tocchi, ch’era l’ora disegnata da Renzo per levarsi, s’alzò mezzo intirizzito, si mise inginocchiato, disse, e con più fervore del solito, le divozioni della mattina*<sup>120</sup>. Quindi, dopo essersi rifocillato in un’osteria, *Nell’uscire, vide, accanto alla porta, che quasi v’inciampava, sdraiate in terra, più che sedute, due donne, una attempata, un’altra più giovine con un bambino, che, dopo aver succhiata invano l’una e l’altra mammella, piangeva, piangeva; tutti del color della morte: e ritto, vicino a loro, un uomo, nel viso del quale e nelle membra, si potevano ancora vedere i segni di un’antica robustezza, domata e quasi spenta dal lungo disagio. Tutt’e tre stesero la mano verso colui*

<sup>111</sup> V. ANDREOLI, *Il denaro in testa*, cit.

<sup>112</sup> V. *sub* 1.

<sup>113</sup> G. PAMPALONI, *Il curatore a colloquio con i signori insegnanti*, opuscolo senza data. Poco prima, aveva affermato: “la seconda convinzione è di carattere morale e sociale. Io credo che nel mondo in cui viviamo, dominato dallo spirito pragmatico o, se si vuole, utilitaristico, e intimamente minato da una certa indifferenza morale (il che non contrasta con le correnti di fanatismo che lo attraversano), la lezione del Manzoni, quella mirabile sintesi di severità e tolleranza, rigorismo e pietà, sia una lezione preziosa, un antidoto sottilmente efficace”.

<sup>114</sup> *Ibidem*.

<sup>115</sup> M. BERTOLISSI, *Fiscalità Diritti Libertà. Carte storiche e ambiti del diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 2015.

<sup>116</sup> V. *sub* 1.

<sup>117</sup> M. BERTOLISSI, *Fiscalità Diritti Libertà*, cit., 1.

<sup>118</sup> *I Promessi Sposi*, cit., XVII, 275.

<sup>119</sup> *Ivi*, 276. La giornata era quella dei tumulti in Milano.

<sup>120</sup> *Ivi*, 278.

che usciva con passo franco, e con l'aspetto rianimato: nessuno parlò; che poteva dir di più una preghiera?<sup>121</sup>.

Ecco l'essenza del credo religioso<sup>122</sup>: “La c'è la Provvidenza!” disse Renzo; e, cacciata subito la mano in tasca, la votò di que' pochi soldi; li mise nella mano che si trovò più vicina, e riprese la sua strada. In nome di che cosa? Di complicate dottrine o non, invece, di un dato elementare, al quale si può rispondere, semplicemente, con un sì o con un no? La refezione e l'opera buona (giacché siam composti d'anima e di corpo) avevano riconfortati e rallegrati tutti i suoi pensieri. Certo, dall'essersi così spogliato degli ultimi danari, gli era venuto più di confidenza per l'avvenire, che non gliene avrebbe dato il trovarne dieci volte tanti. Perché, se a sostenere in quel giorno que' poverini che mancavano sulla strada, la Provvidenza aveva tenuti in serbo proprio gli ultimi quattrini d'un estraneo, fuggitivo, incerto anche lui del come vivrebbe; chi poteva credere che volesse poi lasciare in secco colui del quale s'era servita a ciò, e a cui aveva dato un sentimento così vivo di sé stessa, così efficace, così risoluto?<sup>123</sup>.

#### 4. Persona e potere

Persona non è la maschera latina, ma un essere umano in carne ed ossa, di cui parla la Costituzione, a cominciare dal fondamentale art. 2. A proposito del quale, si è implicitamente osservato che “Si dimentica che soltanto la *socialità* dell'intelligenza del nostro genere ha saputo produrre quella Tecnica, il *colloquio* tra menti, la discussione, il confronto e anche la lotta tra loro”<sup>124</sup>. Che è l'esatto contrario dell'individualismo; dell'isolamento; dell'assenza di contatti, che genera la perdita di sé.

La pandemia non pare aver provocato grandi riflessioni. Si è rimasti alla superficie degli eventi e ciascuno nutre in cuor suo la speranza che tutto resti come è: intossicato dall'*avere*, piuttosto che preoccupato dell'*essere*. Di chi è. È un dato, che lascia quantomeno perplessi, se non profondamente delusi, dal momento che è difficile farsi una ragione del fatto che sia concepito “il denaro come strumento di appropriazione di beni”. Mentre, un tempo, “Si valutavano (...) anche il sapere, la spiritualità, la generosità, la dedizione ai fratelli. La quantità di denaro era accomunata a tante altre doti che appartenevano al singolo, ma anche alla comunità, a partire dalla famiglia. Le famiglie si consideravano ricche in base ai beni posseduti, alla cultura e all'impegno sociale”<sup>125</sup>.

In effetti, in questo contesto la persona si è ridotta a maschera anonima. A maschera tra maschere, che non riescono ad interessare rapporti umani reali, dominati come sono – quelli, ad esempio, tra

<sup>121</sup> Ivi, 281.

<sup>122</sup> Di una religiosità qualunque: laica e finanche atea, come ha spiegato J. GUITTON, *Che cosa credo*, con una prefazione di G. Giorello, Bompiani, Milano, 1993, 112-113, là dove ha parlato “Di questi santi ignorati e allo stesso tempo sconosciuti a se stessi, che vivono di Dio senza saperlo fino in fondo, ne ho visti diversi intorno a me (...) santi laici, (...) santi atei e persino (...) santi iconoclasti e che detestano il cristianesimo (...). Penso che questi esseri sconosciuti, nascosti nel cuore delle campagne, tra le fabbriche, che fanno i mestieri più vari, che vivono nell'oscurità come lo schiavo di Epitteto, o che possono essere, come Marco Aurelio, al vertice del potere, diano eleganza alla natura umana”. Del medesimo pensatore v. *L'infinito in fondo al cuore. Dialoghi su Dio e sulla fede*, Mondadori, Milano, 1999. Qualche utile frammento, nella dimensione dell'umano: “La religione, nessuno può comprenderla: è per questo che bisogna credere. Credere non è sapere, non è comprendere, è aderire senza conoscere (...). La vita di coloro che vivono della fede ha momenti d'esaltazione e di gioia meravigliosa, ma anche altri molto duri d'abbandono e di tristezza (...). Ma, senza dubbio, sono quelli che professavano l'ateismo che mi hanno insegnato di più e dato il maggiore apporto” (ivi, 12, 13 e 17). Ora però – nota l'illustre biblista e cardinale Gianfranco Ravasi, in *la Repubblica*, 19 aprile 2020, 33 – si “fatica a trovare per il Cortile dei Gentili voci di atei che abbiano una visione alternativa e che non sia legata alla malattia della superficialità”, che ha coinvolto Costituzioni e Carte dei diritti, in un eguale destino, perché ci si è dimenticati delle loro origini.

<sup>123</sup> *I Promessi Sposi*, cit., XVII, 281. Pensieri non dissimili in F. DOSTOEVSKIJ, *I fratelli Karamazov*, vol. I, Rizzoli, Milano, 2010, 390, evocati da Giovanni Bazoli, intervistato da A. CAZZULLO, *L'emergenza sanitaria. Il banchiere*, in *Corriere della Sera*, 5 aprile 2020, 17.

<sup>124</sup> M. CACCIARI, *Nella paura di contagiarsi la fine della comunità*, in *L'Espresso*, n. 23, 31 maggio 2020, 45.

<sup>125</sup> V. ANDREOLI, *Il denaro in testa*, cit., 25.

amanti dello spritz – da parole che vanno e vengono, rituali, scontate, prive di un qualunque seguito. Materiale che compone un agire meccanico, determinato e predeterminato, inutile, passivo. Frutto perverso di una assenza di educazione e di una conoscenza di sé. È l'*homo sentiens*, che ignora “la famosa, esecrata in tutti i licei classici *consecutio temporum*”. Questa specie d'uomo – è l'uomo contemporaneo, il quale, per i casi della vita, può essere divenuto addirittura uomo di governo: ministro – “non ha né orecchio né pazienza per consimili sviluppi temporalmente ben temperati, conseguenti, controllati. La lettura lo stanca. Non ha memoria. Intuisce. Preferisce il significato contratto e fulmineo dell'immagine sintetica. Ne è affascinato e sedotto. Rinuncia al vincolo logico, che del resto gli riesce insopportabile, alla sequenza ragionata, alla *ri-flessione* che necessariamente implica il ritorno su di sé, in sé. Cede all'impulso immediato, caldo, emotivamente coinvolgente. Sceglie per sé il *living home self-demand*, quel modo di vita che è tipico dell'infante che mangia quando gli va, piange se avverte sconforto, dorme, si sveglia, soddisfa i suoi bisogni a caso, senza progetto, al di fuori di ogni schema. È un vivere relativo, al di fuori di ogni regola”<sup>126</sup>. Altri ha parlato – se ne è fatto cenno<sup>127</sup> – di *homo videns*, che ha spodestato l'*homo sapiens*, “prodotto della cultura scritta”, in nome dell'“immagine”. Dove, per “primato dell'immagine” si intende “un prevalere del visibile sull'intelligibile che porta a un vedere senza capire”<sup>128</sup>.

Simili figure retoriche rappresentano un evidente arretramento del pensiero, che desiste dall'idea di essere il tramite di un potenziamento della persona: della singola individualità. Se, un tempo, questo esito lo si poteva giustificare in nome di ideologie, anche giuridiche, incentrate sul potere e sulle sue manifestazioni imperative; ora, alla luce della Costituzione del 1948 e delle Carte dei diritti<sup>129</sup>, ciò appare fuori luogo: non solo privo di ogni fondamento, ma lesivo di regole essenziali dell'ordinamento. Non a caso, si è già ricordato come la Legge fondamentale ricorra, ripetutamente, alla parola *dignità*<sup>130</sup>, per indicare ciò che è della persona: di una persona qualunque. La quale viene, per così dire, spersonalizzata, nel momento in cui chi esercita il potere – anche un suo minuto frammento – in concreto, la considera un numero. Come si dice, con il latinetto, *tamquam non esset*: come se non ci fosse. La persona è ridotta a ciarpame, nonostante le Costituzioni e le Carte dei diritti<sup>131</sup>. Nonostante – vale la pena di sottolinearlo ancora una volta – l'art. 2 Cost. abbia “voluta (...) affermare che non l'uomo è in funzione dello stato ma quest'ultimo in funzione dell'uomo, nel senso che suo fine è di assicurare lo svolgimento della persona umana e di garantirne i diritti (...)”<sup>132</sup>.

Manzoni, attraverso i suoi personaggi, ha indicato modelli positivi e negativi: da un lato, il padre Cristoforo, il cardinal Federigo, Lucia, Agnese, Renzo, il sarto, padre Felice; dall'altro, don Abbondio, don Rodrigo e il Griso. L'Innominato, il cui dramma interiore “trascende i limiti d'una religione determinata e diventa la tragedia eterna di un'anima che cerca la sua via”<sup>133</sup>. È una riflessione, che richiama alla mente – in un tempo, in cui il nichilismo ha ripreso vigore: ma non tutti si equivalgono – le vicende umane di Nietzsche, cui Nicola Abbagnano ha dedicato questo pensiero, ammirato e dolente: “La tragica conclusione della sua vita è un insegnamento non meno fecondo delle grandi parole che egli seppe trovare per sottrarre l'uomo all'esistenza banale e restituirgli il senso della eccezionalità, della grandezza e del rischio. Ma l'eccezione, quando è veramente tale, non vuole altro che riportarsi alla regola, ed ogni compito eccezionale esige l'umiltà e la comprensione degli

<sup>126</sup> F. FERRAROTTI, *La perfezione del nulla. Promesse e problemi della rivoluzione digitale*, Laterza, Roma-Bari, 1997, 95. Parole scritte 26 anni fa, da chi – sociologo illustre – fu vicino ad Adriano Olivetti.

<sup>127</sup> V. il testo, cui è riferita la nota 81.

<sup>128</sup> G. SARTORI, *Homo videns*, cit., XI.

<sup>129</sup> V. *sub* 2.

<sup>130</sup> V. *sub* 2.

<sup>131</sup> V. *sub* 1 e 2.

<sup>132</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., I, 155.

<sup>133</sup> A. MOMIGLIANO, *La conversione dell'Innominato*, in *Motivi e personaggi*, cit., 171. A proposito di questo evento – che coinvolge, ad un tempo, la persona e il significato della vita –, osserva: “Di rado il Manzoni fu così parco e così suggestivo, mai così etereo, così indefinitamente lirico; non ebbe mai come qui quella facoltà sovrana del poeta di vedere e suggerire, senza guastarle esprimendole, la segreta affinità fra un'anima e il mondo, e le misteriose influenze dell'uno sull'altra. Bastano questo passo e la fine del capitolo antecedente per mostrar che il Manzoni fu tra i nostri poeti uno di quelli che ebbero più profondo e più religioso il sentimento della natura, che in questa sentirono meglio Dio”.

altri. Ogni grandezza è tale nell'uomo e per l'uomo, non pretesa di superamento dell'uomo stesso. E il rischio è inevitabile nella condizione umana, ma va riconosciuto e affrontato, piuttosto che sfidato o esaltato”<sup>134</sup>.

La sfida è, di regola, prediletta da chi è affascinato dal potere e lo vive come una sua prerogativa. Lo materializza, attraverso azioni molto spesso poco evidenti; soprattutto, con omissioni o iniziative sintetiche, all'apparenza irrilevanti, che, tuttavia, documentano come vanno le cose in questo mondo. Ce lo spiega Manzoni – senza dover prendere a prestito personaggi d'alto rango – attraverso modesti episodi, che addolorano gli umili e negano giustizia. Certo, ci sono i Lanzichenecchi e la peste; i fornai e Antonio Ferrer; gli appestati, i monatti e le autorità, responsabili del governo e della gestione della sanità<sup>135</sup>. Ma ci sono, innanzi tutto, Lucia, Renzo, Agnese, Azzecagarbugli, il padre Cristoforo, don Rodrigo e don Abbondio, che non ha celebrato le nozze dei due popolani. Che cosa era accaduto? Come avevano reagito le istituzioni?

Dopo il tentato rapimento, andato a male, di Lucia ad opera del Griso, il fallimento del matrimonio di sorpresa e la confusione della notte, cui era intervenuto *il console*, costui, *stando nel suo campo, col mento in una mano, e il gomito appoggiato sul manico della vanga mezza ficcata nel terreno, e con un piede sul vangile; stando dico, a speculare tra sé sui misteri della notte passata, e sulla ragion composta di ciò che gli toccasse a fare, e di ciò che gli convenisse fare, vide venirsi incontro due uomini d'assai gagliarda presenza, chiamati (...) intimarono al console che guardasse bene di non far deposizione al podestà dell'accaduto, di non rispondere il vero, caso che ne venisse interrogato, di non ciarlare, di non fomentar le ciarle de' villani, per quanto aveva cara la speranza di morir di malattia*<sup>136</sup>.

Quanto al *signor podestà*, commensale abituale di don Rodrigo, era *quel medesimo a cui, in teoria, sarebbe toccato a far giustizia a Renzo Tramaglino, e a fare star a dovere don Rodrigo (...)*<sup>137</sup>. Infatti, era nel giusto don Rodrigo quando diceva: *In quanto alla giustizia, me ne rido: prove non ce n'è; quando ce ne fosse, me ne riderei ugualmente: a buon conto, ho fatto stamattina avvertire il console che guardi bene di non far deposizione dell'avvenuto*<sup>138</sup>. Confermato, in questo suo saldo convincimento – largamente diffuso pure oggi –, dallo stesso Renzo, il quale auspicava che le grida, *dove dice galera, galera; e dire ai podestà che faccian davvero; se no, mandarli a spasso, e metterne de' meglio*<sup>139</sup>. Ma il podestà, invece, raggiunto da un ordine del *capitano di giustizia*, s'incarica *d'averlo nelle mani, il povero Renzo. E, dopo essersi umanamente cerziorato che il soggetto non era tornato in paese, (...) si fa condur (...) alla casa indicata, con gran treno di notaio e di birri*<sup>140</sup>.

A un livello più elevato – di gerarchie –, può accadere, come accade, che *autorità spirituale e (...) poter civile, ch'eran così spesso alle prese tra loro, senza mirar mai a distruggersi, anzi mischiando sempre alle ostilità atti di riconoscimento e proteste di deferenza, (...) spesso pure, andavan di conserva a un fine comune, senza far mai pace (...)*<sup>141</sup>.

## 5. Covid-19: niente di nuovo

Covid-19 ha mutato qualcosa sul piano sia dei comportamenti individuali, sia delle azioni dei pubblici poteri? Certo, non sono mancate persone singole, come cittadini ed amministratori pubblici, che hanno dimostrato di possedere qualità fuori dal comune: eccezionali, per chi ha addirittura sacrificato la vita. Tuttavia, nella stragrande maggioranza dei casi, l'umanità si è espressa forse come non poteva fare altrimenti: come si fa quando l'abitudine a fruire e ad accontentarsi delle piccole cose

<sup>134</sup> N. ABBAGNANO, *Storia della filosofia*, vol. III, Utet, Torino, 1993, 396.

<sup>135</sup> *I Promessi Sposi*, cit., XXVIII ss., 428 ss.

<sup>136</sup> Ivi, VIII, 140. Il console rimane muto: v. XVIII, 287.

<sup>137</sup> Ivi, V, 88.

<sup>138</sup> Ivi, XI, 189-190.

<sup>139</sup> Ivi, XIV, 232.

<sup>140</sup> Ivi, XVIII, 286 e 287.

<sup>141</sup> Ivi, XXIX, 457.

oscura un sistema di valori, destinati ad emergere proprio nei casi straordinari della vita. Quando la vita è in pericolo. Ce ne siamo dimenticati, ma nel biennio 8 marzo 2020 – 8 marzo 2022 il frastuono è stato elevato e i fatti tragici accaduti hanno lasciato, dietro di sé, poco o nulla di buono. Basti pensare che il Presidente del Consiglio, Mario Draghi, non lo si è voluto eleggere Presidente della Repubblica; che Sergio Mattarella ha replicato, facendo di necessità virtù, il precedente di Giorgio Napolitano<sup>142</sup>. Poi, *dulcis in fundo*, si è aperta la crisi di governo e Mario Draghi ha lasciato la carica di Presidente, riprendendo la sua pura e semplice qualifica di *civis*.

Conseguenza, questa, di quanto accaduto prima, durante la pandemia: in particolare, nel corso di un tormentato 2020, contiguo al 2021, quando, davvero, non sono mancate le gride<sup>143</sup>, favorite dalla vanità di scienziati – o sedicenti tali, dato il loro numero esorbitante –, che hanno subito il fascino negativo del palcoscenico<sup>144</sup>. *All’udir parole (...), così gagliarde e sicure, e accompagnate da tali ordini, viene una gran voglia di credere che, al solo rimbombo di esse, tutti si siano adeguati*<sup>145</sup>. In realtà – tanto per cominciare –, si è dovuta constatare l’assenza di un Piano pandemico aggiornato, cui è seguito il più classico e tradizionale degli scaricabarile<sup>146</sup>.

Una sintetica rassegna dell’accaduto<sup>147</sup> ci ricorda, quanto alla *diffusione del virus*, che sono rimasti incerti la data e il luogo d’ingresso: da Wuhan, a metà gennaio 2020 o, addirittura, ancor prima, da settembre 2019?<sup>148</sup>. L’unica cosa certa – o, se si preferisce, una tra le poche – è che “L’11 gennaio 2020 in Cina viene pubblicata la notizia della prima morte provocata da una ‘misteriosa’ polmonite”<sup>149</sup>. Quanto alle *misure di contenimento* del contagio – anche a causa di ciò che si è notato, a proposito di una eccedenza di esperti –, si sono create condizioni per la spettacolarizzazione di un evento gravissimo, che ha finito per disorientare. E per provocare esplosioni di follia collettiva, determinate, appunto, da letture divergenti di un fenomeno complesso, che si sarebbe dovuto affrontare alla luce del più solenne dei principi riconducibili al buon senso: il principio di precauzione<sup>150</sup>. In ogni caso, protagonisti sono stati gli italiani: medici, infermieri e volontari, assistiti da istituzioni incerte, le quali – lo abbiamo appreso poi<sup>151</sup> – erano, contrariamente a quel che andavano dichiarando, impreparate.

Molti nodi sono venuti al pettine. Iniziati nel 2004 e costantemente ribaditi nel tempo da tutte le maggioranze governative, i *tagli della spesa sanitaria* si sono fatti sentire. La parola d’ordine è stata: razionalizzare, dal punto di vista economico, sulla scorta non di visioni politiche generali, ma di anguste concezioni economiche: più precisamente, economicistiche, come hanno rilevato le Regioni, che si sono rivolte alla Corte costituzionale, in sede di impugnazione delle leggi finanziarie di fine anno, le quali hanno tradotto in pratica quel genere di sollecitazioni. Ora, se ne parla, ma non se ne indicano i responsabili, come di regola accade in questo Paese di poco lungimiranti. Del resto, quale sia la situazione attuale a proposito della carenza di *medici e infermieri* è noto a tutti, con la conseguenza che il paziente deve supplire alle deficienze del sistema, che si era attestato a livelli assai

<sup>142</sup> M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., spec. 401 ss.

<sup>143</sup> Ivi, 294 ss.

<sup>144</sup> V., per tutti, L. FONTANA, *L’ebbrezza da talk show non fa bene agli esperti*, in *Corriere della Sera*, 7 dicembre 2020, 35, il quale scrive: “Medici, scienziati, virologi (non tutti per fortuna) si sono fatti prendere la mano. L’ebbrezza della popolarità televisiva ha trasformato alcuni di loro in comparse, pronte a polemizzare, esprimere un’opinione su tutto, attaccare colleghi senza il minimo di riguardo. Sono stati messi in scena veri e propri duelli tra apocalittici e ottimisti, il cui senso finale era sempre lo stesso: non sei all’altezza, non hai competenza, meglio se taci”.

<sup>145</sup> *I Promessi Sposi*, cit., I, 33.

<sup>146</sup> M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., 297 ss.

<sup>147</sup> Ivi, 310 ss.

<sup>148</sup> M. GABANELLI – S. RAVIZZA, *In Lombardia 4 ceppi, il più veloce a Bergamo*, in *Corriere della Sera*, 6 luglio 2020, 10.

<sup>149</sup> G. SANTEVECCHI, *Un anno fa a Wuhan: così è iniziato l’incubo*, in *Corriere della Sera*, 12 gennaio 2021, 12 e 13.

<sup>150</sup> M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., 317 ss.

<sup>151</sup> F. BORGONOVO, *Governo sbugiardato sul piano per il Covid. I giudici: “Rivelatelo”*, in *La Verità*, 23 gennaio 2021, 4.

elevati, ora in evidente declino. Come nel Seicento, allorché *Il conte zio era morto; e del resto c'era più bisogno d'infermieri che di politici*<sup>152</sup>.

Quanto alle *residenze sanitarie assistenziali*, pure esse – incolpevolmente – sono state sorprese dal coronavirus nella condizione organizzativa in cui si trovavano, sulla base della normazione in vigore. Non prima degli eventi, ma dopo, si sono effettuate le dovute ricognizioni, che hanno messo a fuoco una articolata sequenza di disfunzioni: per carenza di infermieri; per una esponenziale diffusione dei contagi; per una inadeguata assistenza medica; per l'idea che anziani e vecchi sono soggetti depotenziati, poco utili a sé e agli altri<sup>153</sup>. In qualche Regione – ad esempio, la *Calabria* –, sono stati raggiunti vertici di inefficienza e di disorganizzazione impensabili<sup>154</sup>.

A fronte di *comportamenti individuali* irreprensibili, ve ne sono stati altri di davvero esecrabili, che hanno contribuito ad una ripresa della diffusione dei contagi. Riunioni conviviali esorbitanti<sup>155</sup>; svaghi incontrollati in Sardegna<sup>156</sup>; “Le serate affollate al Billionaire sono state più d'una. Le immagini si ripetono: tutti in pista, ammassati, senza nessuna protezione”<sup>157</sup>; maleducazione<sup>158</sup>. Non sono mancati, per questo, *effetti collaterali*, destinati a durare a lungo, ben oltre il tempo della pandemia sanitaria. Perché le tensioni e le preoccupazioni sono molteplici e gravi; ma anche a causa di un'impresazione di fondo, in linea con quel che si è andati e si va predicando da lungo tempo, espressione di una perversa **pedagogia dei vinti**. Talvolta, accade che la psiche si destabilizzi per molto poco. Ne nasce una tempesta, che un educatore di consolidata esperienza ha commentato con queste parole: “Come nei mari poco profondi!”<sup>159</sup>. Uno sguardo al passato ci fa vedere un secolo, in cui sono state combattute due guerre, dette mondiali. Sono eventi che dovrebbero suggerire reazioni meno isteriche e imporre serie riflessioni sul bene e sul male. E su noi stessi, soprattutto, se uomini di governo. Ma accade ben altro, come chiarisce, con un'intuizione fulminea, Altan: “Stiamo fermi, così non lasceremo indietro nessuno”<sup>160</sup>. A ben vedere, abbiamo perso il contatto con le grandi, ineludibili domande, spazzate via da una secolarizzazione, alla quale abbiamo consentito di eccedere. Direbbe Alessandro Manzoni, a commento di simili cadute, che dipende dallo *spirito d'individualità*, che si manifesta quando *l'io si crede troppo ricco per accattar dal noi*<sup>161</sup>.

Anche questo spiega – al di là della retorica, degli annunci, dell'esplosione di gioia e delle contestazioni – l'accaduto in tema di *vaccini*. Non mancano le zone d'ombra, soprattutto per quanto riguarda le spese pubbliche, la trasparenza negli approvvigionamenti, la tempestività. D'accordo, era un'emergenza straordinaria; ma viene in mente questa inquietante affermazione del vecchio mal vissuto, confezionata nel bel mezzo dei tumulti: *andiamo a far giustizia, e a dare il sacco*<sup>162</sup>. Insomma, quando di mezzo c'è il potere, emerge l'opaco, che ha coinvolto, pure, la questione delle cosiddette *zone rosse*, relativamente alle quali si sono contrapposte due esigenze: l'interesse alla prosecuzione delle attività economiche e la tutela del bene della vita, come nel 1630<sup>163</sup>.

Il rapporto cittadino-potere continua a risentire il peso di antichi pregiudizi. Infatti – per limitarsi a qualcosa di circoscritto, ma di esemplare – la Protezione civile ha pubblicato sul proprio sito 95 verbali del Comitato tecnico-scientifico il 4 settembre 2020. Ancora una volta, un deputato ha chiesto

<sup>152</sup> *I Promessi Sposi*, cit., XXXV, 546-547.

<sup>153</sup> M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., 339 ss.

<sup>154</sup> *Ivi*, 340-344.

<sup>155</sup> M. DIBONA, *Cortina, party in alta quota. 1 contagiato, 500 a rischio*, in *Il Gazzettino*, 28 agosto 2020, 3.

<sup>156</sup> A. PINNA, *Solinas: volevo i tamponi per i turisti. Ma il governo mi ha bloccato*, in *Corriere della Sera*, 20 agosto 2020, 3.

<sup>157</sup> M. FRANCHI, *Billionaire, feste no-mask à gogo. Guai pure per al Twiga*, in *il Fatto Quotidiano*, 28 agosto 2020, 4.

<sup>158</sup> F. DAL MAS, *Infradito, costume e maleducazione. È la movida estiva della montagna*, in *il mattino di Padova*, 29 agosto 2020, 17.

<sup>159</sup> Gustavo Resi (1915-2007) è stato salesiano di don Bosco. Umanista raffinato, docente di una limpidezza espositiva eccezionale, pensatore critico e costruttore del bene.

<sup>160</sup> In *la Repubblica*, 4 luglio 2020, 1.

<sup>161</sup> A. MANZONI, *Storia della colonna infame*, con una introduzione di F. Cordero; premessa al testo, bibliografia e note di G. Gaspari, RCS, Milano, 2006, 775.

<sup>162</sup> *I Promessi Sposi*, cit., XII, 216.

<sup>163</sup> *Ivi*, XXXI, 479, nota 19, e 481, nota 23.

copia dei verbali delle prime riunioni: in particolare, quella dei resoconti del 22 gennaio 2020, relativa al nucleo originario di quello che sarebbe, poi, divenuto il Comitato tecnico-scientifico. La risposta è stata negativa perché “trattasi di documenti che non hanno assunto natura provvedimentoale”. Come argomento, non pare un granché, anche alla luce di quel che il giudice amministrativo ha avuto occasione di affermare ripetutamente. Il lupo perde il pelo, ma non il vizio<sup>164</sup>. La logica sottostante rimane sempre la stessa: *quieta non movere*. Quella medesima, che aveva permeato di sé il colloquio tra il padre provinciale e il conte zio, che aveva auspicato: “*No punizione, no: un provvedimento prudenziale, un ripiego di comune convenienza, per impedire i sinistri che potrebbero... mi sono spiegato*”<sup>165</sup>.

## 6. Alessandro Manzoni: 150 anni dopo

In prossimità della ricorrenza del 150° anniversario della morte di don Lisander – avvenuta il 22 maggio 1873 –, non sono mancati gli scritti a lui dedicati anche da parte di non addetti ai lavori: intendendo, per costoro, i non studiosi di letteratura. Taluno ha pensato, addirittura, di scrivere un romanzo<sup>166</sup>. Altri si è occupato dell’uomo Manzoni<sup>167</sup>. C’è stato, poi, chi ne ha sottolineato la modernità<sup>168</sup>. Per parte mia, ne ho messo in luce l’eccezionale capacità di penetrare al fondo di **ciò che sono le istituzioni**, dal punto di vista soggettivo ed oggettivo; ed ho dimostrato che la sua è una grande, impareggiabile e attualissima **lezione di educazione civica**, dal momento che insegna ad essere, appunto, *cives* nel XXI secolo<sup>169</sup>.

A dire il vero, non c’è giorno o quasi che qualcuno non lo invochi: di solito, per metterne in luce la saggezza, la lungimiranza, lo spirito di comprensione, il rigore morale sempre abbinato alla carità. Per ricordare che aveva in mente una cosa sola: la giustizia, alla quale si è interamente votato nel corso della sua lunga, difficile, colma di dolori e patimenti, esistenza umana<sup>170</sup>. In ogni caso – si ribadisce –, “la sua intuizione più duratura (...) è stata quella di eleggere a protagonisti non i potenti (la suora aristocratica, il principe, il cardinale), ma due insignificanti operai lombardi”<sup>171</sup>. Certo, è “a questo punto, proprio quando nel 1821-22, gli austriaci stavano compiendo durissime repressioni contro oppositori quali Piero Maroncelli o Silvio Pellico, che l’illuminista cristiano Manzoni decide che solo un romanzo può rappresentare le sfaccettature più intime e più drammatiche della storia umana”<sup>172</sup>. Ma “se la gente è disposta a credere che Manzoni scrivesse così, il problema non sono le *fake news* ma l’ignoranza”<sup>173</sup>.

<sup>164</sup> M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., 362, con diffusi richiami giustificativi.

<sup>165</sup> *I Promessi Sposi*, cit., XIX, 305.

<sup>166</sup> A. MARAZZA, *Le due mogli di Manzoni*, Solferino, Milano, 2023.

<sup>167</sup> E. MAZZONI, *Il cuore è un guazzabuglio. Vita e capolavoro del rivoluzionario Manzoni*, Einaudi, Torino, 2023, recensito da F. LA PORTA, *Passionale, ironico, libero ritratto del vero Manzoni*, in *la Repubblica*, 8 aprile 2023, 31.

<sup>168</sup> R. BIZZOCCHI, *Romanzo popolare. Come i Promessi sposi hanno fatto l’Italia*, RCS, Milano, 2023.

<sup>169</sup> M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., sul risvolto di copertina.

<sup>170</sup> A. CAZZULLO, *Rileggere Manzoni a Milano anche su giustizia e politica*, in *Corriere della Sera*, 6 dicembre 2019, 29. Avverto, con l’occasione, che intendo richiamare semplici episodi della quotidianità, prescindendo dalle indagini ispirate dal rigore scientifico. D’altra parte, mi occupo di istituzioni, e questo è affare mio, che non mi pare abbia precedenti specifici, dato che si è preferito indagare, finora, l’opera manzoniana dal punto di vista della filosofia del diritto e del diritto penale. V., infatti, G. INSOLERA, *La giustizia penale di Alessandro Manzoni*, Mucchi Editore, Modena, 2023.

<sup>171</sup> M. MAZZUCCO, *Senza menzogna né sortilegio*, in *la Repubblica*, 5 giugno 2022, 39. “Due persone umili, che non avrebbero lasciato traccia nel mondo. La letteratura italiana ne ha tenuto conto. Per ragioni intrinseche alla cultura nazionale (il cattolicesimo democratico, il populismo risorgimentale, poi il comunismo) questa scelta è stata irreversibile”.

<sup>172</sup> A. CASADEI, *Vite parallele. Manzoni e Calvino*, in *La Lettura*, 2 gennaio 2023, 4.

<sup>173</sup> F. GRECO, “*Quella poesia non è di Manzoni, un’amara sorpresa*”, in *Corriere della Sera*, 2 aprile 2023, 29. Il lettore ricorda che, “Guardando la foto (in alto, foto del giorno), ho compreso che si tratta ovviamente di una delle tante perle di banalità e sciattezza che si trovano normalmente in rete, ma il fatto che sia riuscita a insinuarsi in una scuola elementare mi ha sconvolto”. C’è di peggio! Il che aggrava una situazione già di per sé non felice, come ci ha spiegato, da tempo, A. TOURAINE, *Critica della modernità*, Il Saggiatore, Milano, 1992. Anche per questo, il messaggio manzoniano potrebbe tornare utile, dato che ormai – sottolinea F. GAMBARO, *Alain Touraine. La sociologia è sempre politica*, in *la*



È con questa che si è costretti a convivere, perché la società ha perso ogni contatto con le idee grandi, che stanno alla base anche di una piccola, modesta, sobria visione del mondo. È stata rilanciata – ma il circuito è angusto, perché è quello riservato ai lettori, che amano le buone letture –, osservando, innanzi tutto, che i *Promessi Sposi* mostrano “l’enorme lavoro di ricerca, sperimentazione e ricostruzione fatta dal Manzoni prima di arrivare a quella misura armonica finale che fa” di quest’opera “il capolavoro ammirato da tutti”<sup>174</sup>. Ricerca che ha avuto ad oggetto “il mistero del male e della sofferenza; le sopraffazioni, le ingiustizie e la violenza, la fratellanza nel nome e nella misericordia, la fede nella Provvidenza di Dio”<sup>175</sup>.

Tuttavia, sono destinate ad assumere non poco rilievo – a conferma di quel che ho avuto occasione di scrivere diffusamente<sup>176</sup> – le osservazioni del Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, il quale ha notato<sup>177</sup> che, “Figlio del proprio secolo, Manzoni ha avuto la peculiarità – che appartiene solo ai grandi – di gettare sulla società e sulla realtà storica del suo tempo uno sguardo lungimirante, capace di andare oltre, collegandosi – e spesso ispirandole – alle forze più vive e dinamiche della cultura italiana ed europea, pervase dall’aspirazione alla libertà, all’indipendenza, all’autodeterminazione. Un’aspirazione che non può essere disgiunta dall’opposizione e dalla ripugnanza nei confronti della tirannide, l’abuso di potere, la violenza, l’ingiustizia, specie contro i poveri, gli umili, gli indifesi”<sup>178</sup>. Ed ha aggiunto – allo scopo di eliminare non pochi equivoci, suscitati da polemiche quotidiane – che “è la persona, in quanto figlia di Dio, e non la stirpe, l’appartenenza a un gruppo etnico o a una comunità nazionale, a essere destinataria di diritti universali, di tutela e di protezione. È l’uomo in quanto tale, non solo in quanto appartenente a una nazione, in quanto cittadino, a essere portatore di dignità e di diritti”<sup>179</sup>. Ben prima d’altri, come ho rilevato in queste pagine<sup>180</sup>, con largo anticipo<sup>181</sup>.

Per questo, “l’uomo d’oggi sente nuovamente il bisogno di conoscere gli esiti della grande ricerca che ha occupato l’intera vita di Manzoni”<sup>182</sup>. E ciò riguarda anche l’“interrogativo sulla conciliabilità di tale condizione umana [della presenza del male nella storia] con la fiducia nella Provvidenza divina”: ha scritto Giovanni Bazoli<sup>183</sup>, secondo cui – a ragione – “L’itinerario tormentato di Manzoni sfocia in un mistero in cui possono riconoscersi credenti e non credenti”<sup>184</sup>. D’altra parte – testimone del fatto che la sua era una prospettiva allergica alle ortodossie –, “Il romantico e cattolico Manzoni (...) non rinnega i valori della Rivoluzione Francese, anzi, li approva e li condivide, insistendo soprattutto su quello più trascurato della fraternità”<sup>185</sup>. Che si ricollega alla sua opzione preliminare, quando sceglie l’Italia degli umili e dei giusti, cui contrapporre l’Italia degli arroganti e dei predatori.

---

*Repubblica*, 10 giugno 2023, 42 – “la modernità non è più sinonimo di liberazione e di progresso, ma solo uno strumento di controllo e di dominio sociale, che oltretutto favorisce l’atomizzazione della società in nome di un crescente individualismo”. V. la nota 57.

<sup>174</sup> G. VIGINI, *Il genio di Manzoni è dentro i dettagli*, in *Avvenire*, 21 maggio 2023, 18.

<sup>175</sup> *Ibidem*. V., altresì, R. CARNERO, *Don Lisander modello per Gadda*, *ibidem*.

<sup>176</sup> In *Il mito del buon governo*, cit., spec. 87 ss.

<sup>177</sup> In occasione della visita a Casa Manzoni del 22 maggio 2023.

<sup>178</sup> S. MATTARELLA, *La critica al nazionalismo nel nome dei diritti umani*, in *Corriere della Sera*, 23 maggio 2023, 47.

<sup>179</sup> *Ibidem*.

<sup>180</sup> V. sub 1 e 2.

<sup>181</sup> M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., 285.

<sup>182</sup> G. BAZOLI, *La sua riflessione sul male ci parla ancora*, in *Corriere della Sera*, 23 maggio 2023, 46.

<sup>183</sup> *Ibidem*.

<sup>184</sup> *Ibidem*. V. sub 3 e *Il mito del buon governo*, cit., 109 ss. V., altresì, G. SANTUCCI, *Mattarella a Milano: omaggio a Manzoni e alla libertà*, in *Corriere della Sera*, 23 maggio 2023, 46. Giovanni Bazoli non ha mancato di soffermarsi sulla recente “pubblicazione in America della nuova traduzione dei *Promessi sposi* (...) salutata con ammirazione dalla critica d’Oltreoceano”, di cui si era occupato G. RIOTTA, *C’è Scarface tra i Bravi di Manzoni*, in *la Repubblica*, 26 agosto 2022, 27.

<sup>185</sup> F. MOSCATELLI, *Mattarella: mai più razzismo*, in *La Stampa*, 23 maggio 2023, 15. V., inoltre, F. VENNI, *L’avviso di Mattarella: “La persona e non l’etnia ha diritto di protezione”*, in *la Repubblica*, 23 maggio 2023, 2.

Ma – ci si chiede – “Qual è (...) l’Italia dei Promessi Sposi? Che posto occupiamo noi in quell’atroce storia? In quel romanzo disperato, come lo definì giustamente Leonardo Sciascia?”<sup>186</sup>.

Se si guarda in faccia la realtà e la si prende per quel che è, invece che per quel che dovrebbe essere, e si fa dell’onestà intellettuale un criterio-guida – la propria stella polare –, la conclusione, alla quale si perviene, è esattamente opposta a quella di chi afferma: “I Promessi Sposi hanno fatto l’Italia”<sup>187</sup>. Dunque, ha ragione Leonardo Sciascia, il quale ha scritto che “il libro è questo: la storia di una violenza contro i poveri e i disarmati che la storia, con la provvidenza che in essa discende, non riesce a riparare”<sup>188</sup>. Una storia, in cui non hanno vinto Renzo e Lucia, “ma don Abbondio: il vecchio, pavido e cinico prete cattolico, colui che in mezzo al popolo, chiuso nel suo egoismo assoluto, continua a rappresentare la chiesa – non ‘vaso d’elezione’ e nemmeno, come nelle prime pagine Manzoni lo dice, ‘vaso di terracotta’ ma ‘vaso di ferro’, lui sì ‘vaso di ferro’ più di don Rodrigo e di ogni altro prepotente, tra quei ‘vasi di terracotta’ che sono i suoi parrocchiani”<sup>189</sup>. Quanto alla *Storia della colonna infame*, si è chiesto – sorpreso ed incredulo – il perché di tanta ostilità, “se nemmeno il bell’italiano di Manzoni, illuminando quel fatto, è riuscito a portarlo alla coscienza dei suoi concittadini, contemporanei e posteri? Se ancora questo piccolo grande libro resta tra i meno conosciuti della letteratura italiana?”<sup>190</sup>.

“Purtroppo, Manzoni è stato ed è un autore incompreso e poco amato”<sup>191</sup>. “È un grande e solitario italiano il cittadino Alessandro Manzoni. Impolitico non perché ignorasse Machiavelli, ma perché non gli riusciva di comprendere un potere disgiunto dalla ragione morale. Impolitico perché la convinzione cristiana e l’attitudine liberale lo opponevano alla pretesa ideologica. Impolitico perché era certo che la politica ripiega sulla demagogia e sulla finzione, se le si pongono domande eccessive. Sapeva, al contrario, che tocca a ciascuno affinare e condividere il proprio talento in modo che sia appagato il bisogno di giustizia e risulti persuasiva la regola comune. Manzoni sa bene che il nitore delle costituzioni riluce su fondamenta opache e malsicure”<sup>192</sup>.

<sup>186</sup> C. AUGIAS, *Manzoni e la sua Italia di umili e giusti contro l’arroganza dei predatori*, in *la Repubblica*, 23 maggio 2023, 4.

<sup>187</sup> È il sottotitolo di R. BIZZOCCHI, *Romanzo popolare*, cit. Qui mi limito a richiamare la frase, in sé e per sé fuorviante, senza discutere il contenuto dell’opera, non riducibile ad una formula.

<sup>188</sup> L. SCIASCIA, *Una visione pessimistica della storia*, cit., 115. Vale la pena di leggere l’esordio di questo accorato scritto: “Odiato a scuola, letto male sempre, da quasi tutti gli italiani, ad ogni livello, anche a livello della riflessione critica e della esegesi, *I Promessi Sposi*; ai più, nota solo nel titolo la *Storia della colonna infame*; delle tragedie rimasta appena eco dei cori; degli *Inni sacri* e delle *Osservazioni sulla morale cattolica* nemmeno l’eco, in nostra, ah! quanto infelice, obbedienza cattolica; del *Cinque maggio* la memoria di un ritmo, a svolgere le parole di una goliardica e piuttosto indecente parodia. A cent’anni dalla morte, questo è il bilancio della fortuna di Alessandro Manzoni in Italia. Cioè della sfortuna. Ma tanta sfortuna dell’opera sua in effetti corrisponde alla sfortuna che segna il corso della nostra storia civile, e specialmente negli ultimi decenni: in quello che si direbbe il venire dei nodi al pettine, e tanto più grave che non c’è nessun pettine. La sfortuna di uno scrittore cristiano, e cattolico, in un paese cristiano, e cattolico. E delle due l’una: o non lo è Manzoni o non lo è il paese. – Manzoni lo è. Ma non italianamente” (ivi, 116).

<sup>189</sup> Ivi, 115, d’accordo con un “acutissimo saggio” di Angelandrea Zottoli.

<sup>190</sup> L. SCIASCIA, *Introduzione della Storia della colonna infame*, Bompiani, Milano, 1985, III.

<sup>191</sup> G. MUCCI S.J., *Un’esclusione mirata. Manzoni e la cultura italiana*, in *Civiltà Cattolica*, 1998, IV, 473. D’altra parte, quali le reazioni in occasione del 100° anniversario della sua scomparsa? Davvero utile – stimola, senz’altro, la riflessione – la lettura di pagina 3 del *Corriere della Sera* di martedì 22 maggio 1973: “Il 22 maggio di cent’anni fa moriva il grande scrittore”, dice il titolo generale. All’interno, un testo di Eugenio Montale: tiepido tiepido, da anestetizzato (pare un nobile, estraneo alla terra degli umili, cara al Manzoni; si percepisce l’assenza di una qualunque intesa, in primo luogo, affettivo-psicologica). Quindi, uno ulteriore di Gaspare Barbiellini Amidei, brillante nel rivelare di non essere riuscito ad ottenere da Montale un giudizio schietto, a tutto tondo. Infine, talune considerazioni – si tratta di una bella rassegna di saggi ed opere varie –, dovute alla penna di Cesare Angelini, il quale riferisce di “una certa voglia di evasione da un centenario scomodo, dopo aver rilevato peraltro – *acqui est el busilis*, direbbe Manzoni – che il suo mondo (quel suo mondo) (...) impegna la partecipazione del lettore come persona morale”. Nella medesima pagina, Carlo Bo ricorda Carlo Emilio Gadda, scomparso il 21 maggio: il giorno prima. Comunque, occasioni per discorrere, e non solo – scrive Bo –, delle “contraddizioni” e delle “insuperabili ragioni dell’esistenza”.

<sup>192</sup> M. MARTINAZZOLI, *Manzoni e le nuove inquisizioni*, in *Avvenire*, 8 giugno 1997, 23; ID., *Per una requisitoria manzoniana*, in A. MANZONI, *La peste a Milano. Storia della colonna infame. I promessi sposi (capitoli 31, 32 e 34)*, con prefazione di P. Gibellini e commento di M. Martinazzoli, Editrice Morcelliana, Brescia, 2020, 227 ss.

Ha ragione Pietro Citati: la “personalità di Manzoni uomo” lo rende “poco simile all’italiano uomo e all’italiano scrittore”<sup>193</sup>. Per questo, “credo che l’unico modo per far amare Alessandro Manzoni ai lettori italiani sia quello di dichiararlo una volta per tutte, con decreto della Presidenza del Consiglio da pubblicare sulla Gazzetta Ufficiale, scrittore non italiano, ed espungerlo dai ranghi della nostra letteratura”. Di più, “Chi lo conosceva bene, capiva che quella di Manzoni era la mente meno italiana che sia mai esistita. Quella mente immensa, ramificata, preparata come una grande filanda, dove mille telai battono tutti insieme: attraversata da lente e instancabili connessioni: ma, a tratti, piena di incertezze, di ombre, di afasie, di inquietudini e improvvisamente interrotta da una buia voragine, dove tutto sembrava arrestarsi e precipitare, – quella mente pareva inglese”<sup>194</sup>. Incompatibile, quindi, con ciò che, comunemente, si intende per “all’italiana”: “sciatteria, pressappochismo, trascuratezza, superficialità, retorica, cinismo, finta commozione, presunta furberia mascherante a malapena la mancanza di serietà, di intelligenza, di sensibilità vera. Ebbene, il Manzoni come uomo e come scrittore si rifiutò sempre di essere ‘all’italiana’, volle essere (e fu) ‘all’europea’ nel senso migliore”<sup>195</sup>.

D’altra parte – come ho accennato –, abbiamo elaborato la nozione di ateo devoto, sul piano religioso; mentre, su quello istituzionale, siamo riusciti a far sì – senza alcuna meraviglia e senso del pudore: anzi! – che il presidente del Tribunale della razza fosse investito della carica di giudice e, poi, di Presidente della Corte costituzionale<sup>196</sup>. Mentre, poco prima, lo Stato fascista venne considerato Stato di diritto per eccellenza: non criticato, ma osannato<sup>197</sup>. Penso si possa affermare, serenamente, che tutto questo non è, affatto, manzoniano.

Sul piano politico – da intendersi nel senso più alto, non già come sinonimo di militanza –, Manzoni “in tutta la sua vita (...) ha cercato la giustizia”<sup>198</sup>, estraendola dalla sofferenza e dal dolore. Sul piano della fede, non ha ceduto alle lusinghe del potere temporale della Chiesa. E quando ne ha difeso la dottrina – la dottrina, non le sue pratiche miserabili –, la sua è stata, appunto, anche una “analisi delle situazioni contingenti e concrete nelle quali la Chiesa ha mostrato di subordinare i canoni morali alla strategia della pratica politica”<sup>199</sup>. Antepoendo, in tal modo, il potere alla persona. Ma “Manzoni vuole vedere in volto la persona, il soggetto agente e responsabile. Il male come il bene, per lui non accade, ma viene compiuto. Rifiuta lo schermo anonimo e astratto delle istituzioni, della collettività indifferenziata, senza volto e senza identità, come rifiuta gli alibi del giustificazionismo storico: chiama sempre in causa l’individuo e il suo libero arbitrio, al tribunale della coscienza e di Dio, e all’umano verdetto di chi è preposto al giudizio”<sup>200</sup>.

Qui risiede, in tutta la sua sfolgorante evidenza, la sua non-italianità, che si oppone, radicalmente, alla logica e alla pratica della rimozione, che preferisce il *commodus discessus*.

<sup>193</sup> G. MUCCI S.J., *Un’esclusione mirata*, cit., 481.

<sup>194</sup> P. CITATI, *Manzoni era inglese*, in *la Repubblica*, 10 marzo 1989, 33.

<sup>195</sup> G. BEZZOLA, *Introduzione*, cit., 12-13.

<sup>196</sup> M. BONI, “*In questi tempi di fervore e di gloria*”. *Vita di Gaetano Azzariti, magistrato senza toga, capo del Tribunale della razza, presidente della Corte costituzionale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2022. È un oltraggio a quanti hanno sacrificato la vita per la libertà (altrui); ed è espressione di un cinismo machiavellico, che disprezzo.

<sup>197</sup> Da Donato Donati, secondo il quale “lo Stato fascista è nel senso più preciso e più *alto* Stato di diritto”: come ricorda G. FALCON, *Scritti scelti*, Cedam, Padova, 2015, 61. Merita di essere letto e meditato, al riguardo, quanto scrive D. DALL’ORA, *La Facoltà giuridica patavina fra le due guerre*, in *Quaderni per la storia dell’Università di Padova*, 36 (2003), spec. 90 ss.

<sup>198</sup> M. CAMISASCA, *Introduzione* di F. Camisasca, *Personaggi pericolosi. Leggendo Alessandro Manzoni*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2019, 6.

<sup>199</sup> G. TELLINI, *Manzoni*, RCS, Milano, 2016, 107.

<sup>200</sup> Ivi, 110. Si noti, ancora, che “le accuse rivolte da Sismondi alla Chiesa non sono confutate, sono anzi indirettamente confermate, e anche subito trascese (...). *La Morale cattolica* è il libro senza pace d’un credente che si sforza di ricondurre le proprie idee democratiche nell’ambito della sua fede” (ivi, 110 e 111).

## 7. La maledizione dell'imperium

È noto a tutti in che consiste la separazione dei poteri. È trascurato, molto spesso, il fatto che tendono a confondersi tra loro e ad essere opachi. È, in larga parte, ignota la circostanza che, se il principio della separazione dei poteri è “considerato come parte dell'intera organizzazione della società, esso non esclude, né può escludere che le distinzioni che intercorrono tra i diversi poteri si risolvano, *in apicibus*, nell'indistinzione del sistema di potere politico-istituzionalizzato”<sup>201</sup>. Ne offre una limpida dimostrazione Tommaso Moro, quando osserva che, “qualora il sovrano [chi è al potere] si trovasse palesemente dalla parte del torto, ci sarà certamente un magistrato disposto a escogitare un espediente”<sup>202</sup>. Certamente, un giudice autorevole – la Corte costituzionale italiana – ha rilevato che “l'indipendenza della magistratura trova la prima e fondamentale garanzia nel senso del dovere dei magistrati e nella loro obbedienza alla legge morale”<sup>203</sup>. Ma sono i fatti<sup>204</sup>, che danno la misura di ciò che accade.

Ed in effetti, ove si consideri l'operato del Consiglio superiore della magistratura “con senso di realismo”, non si può fare a meno – era l'anno 1976 – di prendere atto di un “risultato paradossale che un organo creato per garantire l'indipendenza della magistratura diventi potente strumento della sua politicizzazione”<sup>205</sup>. D'altra parte, con largo anticipo, si era notato, da un lato, “che la funzione che la nostra società assegna alla giustizia è spesso quella di conservare le ingiustizie consacrate nei codici”; d'altro lato, che “Verrebbe voglia di dire che per un magistrato mantener la sua indipendenza sia più difficile in tempi di libertà che in tempi di tirannia”<sup>206</sup>. Le conseguenze, immancabili, sono ingiustizie e dolori.

Di essi dà atto Alessandro Manzoni, attraverso un percorso ricostruttivo di vicende processuali, che si ripetono nel tempo. Nonostante il trascorrere del tempo. A cominciare dal nesso leggi-interpretazione, relativamente al quale afferma risoluto che *gli scrittori (...) moltiplicavan le leggi con l'interpretarle*<sup>207</sup>, *giacché, per quanto le leggi possano essere particolarizzate, non cesseranno forse mai d'aver bisogno d'interpreti, né cesserà forse mai che i giudici deferiscano, dove più, dove meno, ai più riputati tra quelli, come ad uomini che, di proposito, e con un intento generale, hanno studiato la cosa prima di loro*<sup>208</sup>. E si chiedeva: *E come mai era più feroce l'uomo che lavorava teorie, e discuteva dinanzi al pubblico, dell'uomo ch'esercitava l'arbitrio in privato, sopra chi gli resisteva?*<sup>209</sup>. In agguato, *il potere discrezionale: cosa pericolosa, ma inevitabile nell'applicazione delle leggi, e buone e cattive; e che i savi legislatori cercano, non di togliere, che sarebbe una chimera, ma di limitare ad alcune determinate e meno essenziali circostanze, e di restringere anche in quelle più che possono*<sup>210</sup>. Ma tutto questo è destinato al fallimento quando i giudici agiscono sulla base di pregiudizi: *È che non cercavano una verità, ma volevano una confessione*<sup>211</sup>.

<sup>201</sup> M. BERTOLISSI – R. MENEGHELLI, *Lezioni di diritto pubblico generale*, Giappichelli, Torino, 1996, 335-336.

<sup>202</sup> T. MORO, *Utopia*, Newton Compton, Roma, 1994, 36: “– non importa se per puro spirito di contraddizione, per il gusto del cavillo giuridico, o per guadagnarsi il favore reale – che consenta di aggirare l'ostacolo. Grazie alla diversità dei punti di vista espressi dai vari giudici, il più semplice dei casi potrà essere rimesso in discussione, ed i fatti più evidenti messi in dubbio”. Detto da chi fu giudice!

<sup>203</sup> [Corte cost., sent. n. 168/1963](#), in *Giur. cost.*, 1963, 1670.

<sup>204</sup> Di essi non è neppure il caso di parlare. È sufficiente il richiamo del caso Palamara, che la magistratura delle correnti ha oscurato. Attendono risposte chiare le pagine, di cui si compongono, *Il Sistema. Potere, politica, affari: storia segreta della magistratura italiana* (Alessandro Sallusti intervista Luca Palamara), Rizzoli, Milano, 2021; *Lobby & Legge. Le cupole occulte che controllano “il Sistema” e divorano l'Italia* (Alessandro Sallusti intervista Luca Palamara), Rizzoli, Milano, 2022. Ma v., in particolare, R. IACONA, *Palazzo d'ingiustizia. Il caso Robledo e l'indipendenza della magistratura. Viaggio nelle procure italiane*, Marsilio, Venezia, 2018.

<sup>205</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., II, 1283.

<sup>206</sup> P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, con una introduzione di P. Barile, Ponte alle Grazie, Milano, 2001, rispettivamente, 273 e 240.

<sup>207</sup> *Storia della colonna infame*, cit., II, 687.

<sup>208</sup> Ivi, 688-689.

<sup>209</sup> Ivi, 694.

<sup>210</sup> Ivi, 698.

<sup>211</sup> Ivi, III, 703.

Allora, *que' giudici condannaron degl'innocenti (...) dovettero fare continui sforzi d'ingegno, e ricorrere a espedienti, de' quali non potevano ignorar l'ingiustizia*<sup>212</sup>. *Compirono atti iniqui, prodotti (...) da passioni perverse, che hanno dominato nel cuor di que' giudici e soggiogate le loro volontà*<sup>213</sup>. Non estranea – a questa vicenda, ipotecata dall'orrenda vittoria dell'errore contro la verità – l'usanza antica, e non mai abbastanza screditata, di ripetere senza esaminare, e, se ci si lascia passar quest'espressione, di mescere al pubblico il suo vino medesimo, e alle volte quello che gli ha già dato alla testa<sup>214</sup>.

In queste circostanze, si fronteggiano ragione e forza: *coraggio disperato con cui la ragione sfida alle volte la forza, come per farle sentire che, a qualunque segno arrivi, non arriverà mai a diventar ragione*<sup>215</sup>. Si verifica quando il giudice persegue un obiettivo dato, preconstituito: *argomenti verosimili e probabili, richiesti dalla legge; volevan fargli sentire quale terribile, immediata conseguenza veniva dal risponder loro di no; volevano che si confessasse bugiardo una volta, per acquistare il diritto di non credergli, quando avrebbe detto: sono innocente*<sup>216</sup>.

Sono, queste, osservazioni drammatiche. Come molte altre, qui riprese con un cenno, che tuttavia angoscia, perché familiari anche nel nostro tempo. *Così eran riusciti a parlargli dell'imputazione, senza doverla discutere*<sup>217</sup>. Erano riusciti a evitare lo scoglio di una palese contraddizione: *l'attaccare a molte circostanze reali un'invenzione incompatibile con esse (...) non accorgendosi come la verità che gli si presenta alla memoria, faccia ai cozzi con l'invenzione (...) ci volle l'accecamento della passione per non farla, o la malizia della passione per non farne conto*<sup>218</sup>. Né si erano accorti di una circostanza che rendeva l'accusa radicalmente e insanabilmente nulla: *l'essere stata fatta in conseguenza d'una promessa d'impunità*<sup>219</sup>.

Ed ancora, con spietato realismo: *voi altri pretendete ch'io vi renda chiaro un fatto; come è possibile, se il fatto non è? Ma, in ultimo, quel che vi preme è d'aver delle persone da condannare: persone ve ne do*<sup>220</sup>. Eppure, il buon senso (...) diceva troppo chiaro che la parola estorta dal dolore non può meritar fede<sup>221</sup>. Ed erano – quei giudici – *scrupolosi nell'osservare una formalità ormai inconcludente, mentre violavan le prescrizioni più importanti e più positive*<sup>222</sup>. Dimodoché, *La tortura poteva bensì renderlo bugiardo, ma non indovino, quando gli si chiedeva di confessare un'azione delittuosa non commessa*<sup>223</sup>. *Così, con la loro impunità, e con la loro tortura, riuscivan que' giudici, non solo a fare atrocemente morir degl'innocenti, ma, per quanto dipendeva da loro, a farli morir colpevoli*<sup>224</sup>.

Di Pasquale Saraceno, Piero Calamandrei ha scritto: “Egli era tutto preso dai problemi della ricerca della verità nel processo penale: l'errore giudiziario era la sua ossessione”<sup>225</sup>. Talora, il sistema di potere esige colpevoli, a qualunque costo, e va alla ricerca dei Guglielmo Piazza e dei Giangiacomo Mora, da sacrificare a quella che denominiamo opinione pubblica<sup>226</sup>. Al tempo di Covid-19, non sono mancati episodi di questo genere: *Ma due fatti, l'uno di cieca e indisciplinata paura, l'altro di non so*

---

<sup>212</sup> Ivi, introduzione, 673.

<sup>213</sup> *Ibidem*. Ancora: *son cose che si posson riconoscere anche dagli uomini negli atti umani; e riconosciute, non si posson riferire ad altro che a passioni pervertitrici della volontà* (ivi, 674).

<sup>214</sup> Ivi, 678.

<sup>215</sup> Ivi, III, 705.

<sup>216</sup> Ivi, 705-706.

<sup>217</sup> Ivi, 709.

<sup>218</sup> Ivi, 715 e 716.

<sup>219</sup> Ivi, IV, 720.

<sup>220</sup> Ivi, 727-728.

<sup>221</sup> Ivi, 737.

<sup>222</sup> Ivi, 739.

<sup>223</sup> Ivi, V, 747.

<sup>224</sup> Ivi, 750-751.

<sup>225</sup> P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, cit., XII.

<sup>226</sup> Il caso Tortora – uno dei tanti – non è un'invenzione.

quale cattività furon quelli che convertirono quel sospetto indeterminato d'un attentato possibile, in sospetto, e per molti in certezza, d'un attentato positivo, e d'una trama reale<sup>227</sup>.

## 8. Aut Caesar

Non si fa fatica a rilevare che viviamo in un tempo, in cui la mediocrità è diffusa oltre il limite della decenza<sup>228</sup> e che le istituzioni, conquistate alla democrazia, si vanno progressivamente attestando su posizioni prossime alla demagogia. Di esempi ne ho offerti a non finire osservando la quotidianità, all'interno della quale hanno agito personaggi inconsapevoli del ruolo, che avevano preteso o accettato di rivestire, pur privi di titoli: che non sono, a dire il vero, quelli accademici o del medesimo genere, ma quelli che si sono conquistati sul campo, giorno dopo giorno, abbinando conoscenze, sapere e rettitudine<sup>229</sup>.

Metaforicamente, nell'opera manzoniana c'è tutto quel che serve per potenziare diritti e libertà; per rendere concreta la tutela della dignità della persona; per lenire il dolore e realizzare un po' di giustizia; per non mortificare, oltre il ragionevole, le promesse contenute nelle Costituzioni e nelle Carte dei diritti, conquistate con uno sforzo durato secoli, a caro prezzo. Allora – vale la pena di non dimenticarlo –, l'azione fu animata e determinata da profonde pulsioni religiose, che imponevano di interrogarsi sul perché di una vita; sul perché di una morte; sulle ragioni, che avrebbero dovuto indurre a perseguire il bene comune. Certo, le vicende storiche hanno dimostrato quanto grande può essere la ferocia dell'uomo; ma anche quanto elevata può essere la sua nobiltà. Ciò che va conservata è l'idea di bene, che ciascuno conosce, osservando la regola della **reciprocità**<sup>230</sup>.

Chiunque può vestire i panni di Cesare: vale a dire, comportarsi secondo le regole proprie di una convivenza tra persone, che escludono di essere *homo homini lupus*. La grandezza – o la miseria – risiede in ciò che si è, per quel che si fa: da persona pubblica o privata. Sotto questo profilo, v'è un gran numero di persone umili, giovani, meno giovani ed anziane, che offrono l'esempio di una vita frugale e contenta. Non attraversata da grandi gesta o da azioni degne di nota, ma comunque inclini all'altruismo: che non sarà generosità eroica, ma attenzione fervida per chi sta accanto, nel corso di una vita che impegna. Che causa sofferenza e promuove l'ingiustizia.

Ne sono espressione – ciascuno a modo suo, con varietà di toni e in differente misura – Agnese (*così si chiamava la madre di Lucia*)<sup>231</sup>, Ambrogio (il sacrestano, svegliato di soprassalto, mentre *Era il più bel chiaro di luna*)<sup>232</sup>, Bortolo (cugino di Renzo: *mio cugino m'ha fatto sollecitare d'andar là a star con lui, che farei fortuna, com'ha fatto lui*)<sup>233</sup>, fra Fazio (*era il laico sagrestano*)<sup>234</sup>, fra Galdino (*un laico cercatore cappuccino*)<sup>235</sup>, Gervaso (lo scimunito fratello di Tonio, che *per aver tenuto di mano a una cosa che puzzava di criminale, pareva d'esser diventato un uomo come gli altri*)<sup>236</sup>, Menico (*ch'era un ragazzetto di circa dodici anni, sveglia la sua parte*)<sup>237</sup>, Perpetua (*era la serva di don Abbondio: serva affezionata e fedele, che sapeva ubbidire e comandare*)<sup>238</sup>, Tonio (*un certo Tonio, ch'era lì poco distante; e lo trovò in cucina, che, con un ginocchio sullo scalino del focolare, e tenendo, con una mano, l'orlo d'un paiolo, messo sulle ceneri calde, dimenava, col matterello*

<sup>227</sup> *I Promessi Sposi*, cit., XXXI, 485.

<sup>228</sup> A. DENEALTI, *La mediocrazia*, Neri Pozza, Vicenza, 2017.

<sup>229</sup> *Il mito del buon governo*, cit., *passim*.

<sup>230</sup> V. *sub* 1.

<sup>231</sup> *I Promessi Sposi*, cit., II, 56.

<sup>232</sup> Ivi, VIII, 133.

<sup>233</sup> Ivi, VI, 104.

<sup>234</sup> Ivi, VIII, 142.

<sup>235</sup> Ivi, III, 66.

<sup>236</sup> Ivi, XI, 191.

<sup>237</sup> Ivi, VII, 115.

<sup>238</sup> Ivi, I, 41.

*ricurvo, una piccola polenta bigia, di gran saraceno*)<sup>239</sup> e il vicario di provvisione (funzionario pubblico che *stava, in quel momento, facendo un chilo agro e stentato d'un desinare biascicato senza appetito, e senza pan fresco*)<sup>240</sup>. E, poi, il barcaiolo (che, *puntando un remo alla proda, se ne staccò; afferrato poi l'altro remo, e vogando a due braccia, prese il largo, verso la spiaggia opposta. Non tirava un alito di vento*)<sup>241</sup>, il barocciaio<sup>242</sup> ed anche, tutto sommato, il pescatore dell'Adda, che allora segnava il confine tra i territori dello Stato di Milano e della Serenissima (al quale Renzo si rivolse con queste parole: *"mi fareste il servizio, col pagare, di tragittarmi di là?"*)<sup>243</sup>. Infine, episodi di grande umanità, accanto alle tragedie, durante la peste<sup>244</sup>.

Ma il messaggio più forte Alessandro Manzoni lo dà attraverso alcune figure emblematiche, di cui si è fatto già cenno: a cominciare dal cardinal Federigo Borromeo, arcivescovo di Milano<sup>245</sup>. Era persuaso che *nessuno il quale professi cristianesimo può negar con la bocca non ci esser giusta superiorità d'uomo sopra gli uomini, se non in loro servizio, temeva le dignità, e cercava di scansarle*<sup>246</sup>. Gli toccò di vivere *in quell'età sudicia e sfarzosa*<sup>247</sup>. Fondò la Biblioteca ambrosiana e stabilì – cosa che non accade nelle biblioteche dell'odierna Repubblica – *che in questa libreria, eretta da un privato, quasi tutta a sue spese, i libri fossero esposti alla vista del pubblico, dati a chiunque li chiedesse, e datogli anche da sedere, e carta, penne e calamaio, per prender gli appunti che gli potessero bisognare; mentre in qualche altra insigne biblioteca pubblica d'Italia, i libri non erano nemmen visibili, ma chiusi in armadi (...)*<sup>248</sup>. Era *d'una pacatezza imperturbabile, che si sarebbe attribuita a una felicità straordinaria di temperamento; ed era l'effetto d'una disciplina costante sopra un'indole viva e risentita*<sup>249</sup>. A don Abbondio ricorda che il sacerdote deve essere animato dal coraggio e possedere *il timor santo e nobile per gli altri*<sup>250</sup>. Si rimprovera, quasi, di averlo conservato in un ufficio, *al quale avete così infelicemente mancato*, per assenza di *carità*<sup>251</sup>. Carità, cui ha fatto ricorso, per parte sua, in tempi di carestia e durante la peste con *solli suoi mezzi (giacché Federigo ricusava, per sistema, di farsi dispensatore delle liberalità altrui)*<sup>252</sup>. Non che fosse un uomo privo di difetti, perché, ad esempio, non accolse l'invito dei decurioni ad evitare riunioni di persone in pubblico, al tempo della peste. Ma il suo fu sempre *un ubbidir risoluto alla coscienza, senza riguardo*

---

<sup>239</sup> Ivi, VI, 106.

<sup>240</sup> Ivi, XIII, 217.

<sup>241</sup> Ivi, VIII, 144. Di lui, Manzoni dice così: *L'urtar che fece la barca contro la proda, scosse Lucia, la quale, dopo aver asciugato in segreto le lacrime, alzò la testa, come se si svegliasse. Renzo uscì il primo, e diede la mano ad Agnese, la quale, uscita pure, la diede alla figlia; e tutt'e tre resero tristemente grazie al barcaiolo. "Di che cosa?" rispose quello: "siam quaggiù per aiutarci l'uno con l'altro", e ritirò la mano, quasi con ribrezzo, come se gli fosse proposto di rubare, allorché Renzo cercò di farvi sdrucciolare una parte de' quattrinelli che si trovava indosso, e che aveva presi quella sera, con intenzione di regalar generosamente don Abbondio, quando questo l'avesse, suo malgrado, servito: ivi, IX, 147.*

<sup>242</sup> Ivi, IX, 148. *Tra i ringraziamenti, Renzo tentò pure di fargli ricevere qualche danaro; ma quello, al pari del barcaiolo, aveva in mira un'altra ricompensa, più lontana, ma più abbondante: ritirò le mani, anche lui, e, come fuggendo, corse a governare la sua bestia. Così, pure, a proposito del miracolo delle noci: Il buon benefattore non ebbe la consolazione di bacchiarle; perché andò, prima della raccolta, a ricevere il premio della sua carità. E, quanto ai cappuccini, per bocca di fra Galdino: perché noi siam come il mare, che riceve acqua da tutti le parti, e la torna a distribuire a tutti i fiumi: ivi, III, 67. Di nuovo: che cosa c'è qui di dottrinario, di dogmatico, di teologico, nel senso in cui, molto spesso, sono intese queste parole da un magistero privo di carità, preoccupato unicamente del potere e del denaro, così caro a Mammona? Sul punto, il Vangelo è chiaro: non ha bisogno di interpreti.*

<sup>243</sup> Ivi, XVII, 279.

<sup>244</sup> Ivi, XXVIII ss.

<sup>245</sup> Ivi, XXII, 337.

<sup>246</sup> Ivi, 341.

<sup>247</sup> Ivi, 342.

<sup>248</sup> Ivi, 343.

<sup>249</sup> Ivi, 345.

<sup>250</sup> Ivi, XXV, 396 e 397.

<sup>251</sup> Ivi, XXVI, 403.

<sup>252</sup> Ivi, XXVIII, 435.

a interessi temporali di nessun genere<sup>253</sup>. E Federigo dava a tutti, com'era da aspettarsi da lui, incitamento ed esempio<sup>254</sup>.

Segnato dalla prima parte della sua vita – allorché il suo nome era Lodovico –, il padre Cristoforo è definito, in poche parole, nella sua essenza: *Servir gl'infimi, ed esser servito da' potenti, entrar ne' palazzi e ne' tuguri, con lo stesso contegno d'umiltà e di sicurezza (...)*<sup>255</sup>. Era un uomo più vicino ai sessanta che ai cinquant'anni<sup>256</sup>, che pensava di sé: *Egli può servirsi anche d'un uomo da nulla come son io, per confondere un... potente*<sup>257</sup>. *Per dar coraggio al nostro fra Cristoforo, non c'era mezzo più sicuro e più spedito, che prenderlo con maniera arrogante*<sup>258</sup>, perché il padre Cristoforo era veramente un uomo<sup>259</sup>, che ragionava così: *Dio, che è più rigoroso degli uomini, ma più indulgente (...)*<sup>260</sup>. Non riusciva a dimenticare di aver odiato anch'io: *io, che t'ho ripreso per un pensiero, per una parola, l'uomo ch'io odiavo cordialmente, che odiavo da gran tempo, io l'ho ucciso*<sup>261</sup>. Quanto a Dio, *“Il Signore, figliuola, gradisce i sagrifizi, l'offerte, quando le facciamo del nostro. È il cuore che vuole, è la volontà: ma voi non potevate offrirgli la volontà d'un altro, al quale v'eravate già obbligata*<sup>262</sup>. La carità l'aveva sperimentata fino alla fine: *L'altra cosa è che Lucia, domandando del padre Cristoforo a tutti i cappuccini che poté vedere nel lazzeretto, sentì, con più dolore che meraviglia, ch'era morto di peste*<sup>263</sup>. Interprete, alla lettera, di una riflessione di Lucia, secondo la quale *quel poco bene che si può fare, si sa che non bisogna raccontarlo*<sup>264</sup>.

Lucia, appunto, *d'una modesta bellezza, rilevata allora e accresciuta dalle varie affezioni che le si dipingevan sul viso*<sup>265</sup>, era convinta che *Il Signore c'è anche per i poveri*<sup>266</sup> e, per questo, decise di chiedere consiglio al padre Cristoforo, perché *il padre Cristoforo era uomo non solo da consigliare, ma da metter l'opera sua, quando si trattasse di sollevar poverelli*<sup>267</sup>. È a lui, che pensa, allorché viene architettato il matrimonio di sorpresa: *“Ma perché dunque, mamma (...) perché questa cosa non è venuta in mente al padre Cristoforo?”*<sup>268</sup>, e conserva in sé, sempre intatto, *il timor di Dio*<sup>269</sup>. Si diffonde nei suoi pensieri, sempre, e quando intravede *il paese rischiarato dalla luna, e variato qua e là di grand'ombre (...). Addio monti, sorgenti dalle acque, ed elevati al cielo (...)*<sup>270</sup>. È causa della conversione dell'Innominato; conversione, che si può collocare in mezzo a questi due frammenti: *Lucia si rivolse a Colui che tiene in mano il cuore degli uomini (...). Era aspettata dall'innominato, con un'inquietudine, con una sospensione d'animo insolita*<sup>271</sup>, al quale ripete che *Dio perdona tante cose, per un'opera di misericordia*<sup>272</sup>. Condivide la semplicità e le povere cose della casa del sarto, che aveva in sé una fede così lieta, da indurlo ad affermare di non aver *mai trovato che il Signore abbia cominciato un miracolo senza finirlo bene*<sup>273</sup>. Si affida, fino alla fine, a padre Cristoforo, il quale mette nelle mani sue e di Renzo *il resto di quel pane del perdono: “il primo che ho chiesto per carità; quel pane, di cui avete sentito parlare! Lo lascio a voi altri: serbatelo; fatelo vedere ai vostri*

<sup>253</sup> Ivi, XXXII, 492.

<sup>254</sup> Ivi, 497.

<sup>255</sup> Ivi, III, 68.

<sup>256</sup> Ivi, IV, 71.

<sup>257</sup> Ivi, V, 83.

<sup>258</sup> Ivi, VI, 98.

<sup>259</sup> Ivi, XVIII, 294.

<sup>260</sup> Ivi, XXXV, 549.

<sup>261</sup> Ivi, 551.

<sup>262</sup> Ivi, XXXVI, 566.

<sup>263</sup> Ivi, XXXVII, 580.

<sup>264</sup> Ivi, XXXVI, 566.

<sup>265</sup> Ivi, II, 55.

<sup>266</sup> Ivi, III, 59.

<sup>267</sup> Ivi, 65-66.

<sup>268</sup> Ivi, VI, 105.

<sup>269</sup> Ivi, VII, 113.

<sup>270</sup> Ivi, VIII, 145.

<sup>271</sup> Ivi, XX, 321.

<sup>272</sup> Ivi, XXI, 327-328.

<sup>273</sup> Ivi, XXIV, 373.



figliuoli. Verranno in un tristo mondo, e in tristi tempi, in mezzo a' superbi e a' provocatori: dite loro che perdonino sempre, sempre, sempre! tutto, tutto! e che preghino, anche loro, per il povero frate"<sup>274</sup>. E per la pace! Il giorno del matrimonio, ancora una domanda da parte degli invitati: "eh! l'è questa? (...) Cos'è poi?"<sup>275</sup>, che fanno infuriare Renzo, il quale *ne fu tocco sul vivo*, non mancò di replicare, con espressioni che hanno consentito di osservare, a proposito del *galateo*; *ma sapete quante belle cose si posson fare senza offender le regole della buona creanza: fino sbudellarsi*<sup>276</sup>. In ogni caso, *Allora s'accorse che le parole fanno un effetto in bocca, e un altro negli orecchi, e prese un po' più d'abitudine d'ascoltar di dentro le sue, prima di proferirle*<sup>277</sup>.

Renzo – Lorenzo Tramaglino – *esercitava la professione di filatore di seta, ereditaria, per dir così, nella sua famiglia*<sup>278</sup>. È sincero ed impulsivo: "*Che vuol ch'io faccia del suo latinorum?*", obiettò a don Abbondio<sup>279</sup>. Per dirla tutta, vale per lui un'esclamazione di Perpetua: "*Mala cosa nascer povero, il mio caro Renzo*"<sup>280</sup>. Di fronte al torto, commesso nei suoi confronti e di Lucia, pensò alla consolazione che aveva tante volte provata di trovarsi senza delitti<sup>281</sup>. Nel covare la vendetta, è convinto che *Il Signore c'è anche per i poveri*<sup>282</sup>, mentre si reca dal dottor Azzecagarbugli con quattro polli: *quelle quattro teste spenzolate; le quali intanto s'ingegnavano a beccarsi l'una con l'altra, come accade troppo sovente, tra compagni di sventura*<sup>283</sup>. Pensa di farsi ragione da sé: "*ma, in ogni caso, saprò farmi ragione, o farmela fare*"<sup>284</sup>, tant'è vero – nota Manzoni – che *un uomo sopraffatto dal dolore non sa più quel che si dica*<sup>285</sup>. Poi si acquieta, di fronte a padre Cristoforo<sup>286</sup>. Accoglie l'idea di Agnese circa il matrimonio di sorpresa<sup>287</sup> e si avvia da don Abbondio in compagnia di Tonio, *con lo scempiato di Gervaso, che non sapeva far nulla da sé, e senza il quale non si poteva far nulla*<sup>288</sup>. Fallito il matrimonio, prende la strada di Milano: *e non sapeva ch'era un giorno fuor dell'ordinario, un giorno in cui le cappe s'inclinavano ai farsetti (...) era un giorno di conquista, vale a dire che ognuno pigliava, a proporzione della voglia e della forza, dando busse in pagamento*<sup>289</sup>. Finito in mezzo al tumulto di san Martino, tra un'*accozzaglia di gente varia d'età e di sesso, che stava a vedere*<sup>290</sup>, s'industria per ostacolare i facinorosi, tra osti, bargelli e poveri cristi, convinto che, *Se le gride che parlan bene, in favore de' buoni cristiani, non contano; tanto meno devon contare quelle che parlan male*<sup>291</sup>. Farà le spese del suo contrario, perché *ci son delle gride che non contan nulla e altre che contano*<sup>292</sup> e che non colpiscono i *furbi di professione*<sup>293</sup>. Nota Manzoni che *all'uomo impiccato ogni cosa è un nuovo impiccio!*<sup>294</sup>. Renzo è così, arruffato, ma sincero e buono, come rivela la sua semplice e forte religiosità<sup>295</sup>. E la sua rettitudine, che dimostra in ogni

<sup>274</sup> Ivi, XXXVI, 568.

<sup>275</sup> Ivi, XXXVIII, 594.

<sup>276</sup> Ivi, 594 e 595.

<sup>277</sup> Ivi, 595-596.

<sup>278</sup> Ivi, II, 46.

<sup>279</sup> Ivi, 48.

<sup>280</sup> Ivi, 50.

<sup>281</sup> Ivi, 54.

<sup>282</sup> Ivi, III, 59.

<sup>283</sup> Ivi, 60.

<sup>284</sup> Ivi, 69.

<sup>285</sup> Ivi, 69.

<sup>286</sup> Ivi, V, 83 ss.

<sup>287</sup> Ivi, VI, 103 ss. Servivano due testimoni. *Le tribolazioni aguzzano il cervello: e Renzo il quale, nel sentiero retto e piano di vita percorso da lui fin allora, non s'era mai trovato nell'occasione d'assottigliar molto il suo, ne aveva, in questo caso, immaginata una, da far onore a un giureconsulto*: ivi, 106.

<sup>288</sup> Ivi, VII, 126.

<sup>289</sup> Ivi, XI, 198 e 201.

<sup>290</sup> Ivi, XIII, 219.

<sup>291</sup> Ivi, XIV, 237.

<sup>292</sup> Ivi, XV, 247.

<sup>293</sup> Ivi, 256.

<sup>294</sup> Ivi, XVI, 259.

<sup>295</sup> V. sub 3.

frangente; fin quando, dinanzi a don Rodrigo, appestato ed umiliato, dà ascolto a padre Cristoforo: *Il sentimento che tu proverai ora per quest'uomo che t'ha offeso, sì; lo stesso sentimento, il Dio, che tu pure hai offeso, avrà per te in quel giorno. Benedicilo, e sei benedetto*<sup>296</sup>. Altro non serve!

Dal male al bene, l'Innominato<sup>297</sup>. Sospeso in una sorta di limbo, il marchese, erede di don Rodrigo, il quale era *un brav'uomo (...) umile, non (...) un portento d'umiltà. N'aveva quanta ne bisognava per mettersi al di sotto di quella buona gente [di don Abbondio, Agnese, Lucia e Renzo], ma non per istar loro in pari*<sup>298</sup>.

### 9. Aut nullus

Nonostante le inclinazioni al bene, i personaggi che le testimoniano non sono in grado di contrastare i loro emuli in negativo. Sia quando si considera ciascuno per sé; sia quando, insieme, si fanno moltitudine: quando ogni persona diviene un *nullus*.

*Era quello il second'anno di raccolta scarsa. Nell'antecedente, le provvisioni rimaste degli anni addietro avevan supplito, fino a un certo segno, al difetto; e la popolazione era giunta, non satolla né affamata, ma, certo, affatto sprovveduta, alla messe del 1628, nel quale siamo con la nostra storia*<sup>299</sup>. Come accade sempre – mutano solo i particolari –, *S'imploravan da' magistrati que' provvedimenti, che alla moltitudine paion sempre, o almeno sono sempre parsi finora, così giusti, così semplici, così atti a far saltar fuori il grano nascosto, murato, sepolto, come dicevano, e a far ritornare l'abbondanza*<sup>300</sup>. E, visto che gli atti formali non producono i beni richiesti, vi fu sedizione. *Ne' tumulti popolari c'è sempre un certo numero d'uomini che, o per un riscaldamento di passione, o per una persuasione fanatica, o per un disegno scellerato, o per un maledetto gusto del soqquadro, fanno di tutto per ispinger le cose al peggio*<sup>301</sup>. Quanto ai pubblici poteri, si fece quel che si fa: fu nominata una giunta, con il compito di stabilire al pane un prezzo che potesse correre (...). *I deputati si radunarono, o come qui si diceva spagnolescamente nel gergo segretariesco d'allora, si giuntarono; e dopo mille riverenze, complimenti, preamboli, sospiri, sospensioni, proposizioni in aria, tergiversazioni, strascinati tutti verso una deliberazione da una necessità sentita da tutti, sapendo bene che giocavano una gran carta, ma convinti che non c'era da far altro, conclusero di rincarare il pane. I fornai respirarono; ma il popolo imbestiali*<sup>302</sup>. Come al solito!

È una vicenda, che interseca quella di Renzo e Lucia, con la quale, peraltro, debbono fare i conti: misurarsi, secondo le loro distinte situazioni personali, con uomini ed istituzioni lente, confuse, disorganizzate, condiscendenti con il malaffare.

Da un lato, innanzi tutto, una serie di personaggi di contorno, presenti in ogni tempo e in qualunque società. Si tratta di malfattori, che vivono delinquendo. Sono manovalanza, infatti, il Griso (*l'uomo che aveva quel soprannome, non era niente meno che il capo de' bravi*)<sup>303</sup>, il Nibbio (*uno de' più destri e arditi ministri delle sue enormità*)<sup>304</sup>, Egidio (*un bravo pure lui*)<sup>305</sup>, il vecchio mal vissuto (*che, spalancando due occhi affossati e infocati, contraendo le grinze a un sogghigno di compiacenza diabolica, con le mani alzate sopra una canizie vituperosa, agitava in aria un martello, una corda,*

<sup>296</sup> *I Promessi Sposi*, cit., XXXV, 553.

<sup>297</sup> Ivi, XIX, 308 ss.

<sup>298</sup> Ivi, XXXVIII, 592.

<sup>299</sup> Ivi, XII, 203.

<sup>300</sup> Ivi, 204.

<sup>301</sup> Ivi, XIII, 221.

<sup>302</sup> Ivi, XII, 206-207.

<sup>303</sup> Ivi, VII, 119.

<sup>304</sup> Ivi, XX, 316.

<sup>305</sup> *Ibidem*.

*quattro gran chiodi, con che diceva di voler attaccare il vicario a un battente della sua porta, ammazzato che fosse*<sup>306</sup>, i monatti<sup>307</sup>.

D'altro lato, esponenti di basso profilo delle istituzioni, quali il console del villaggio di Renzo<sup>308</sup>; il podestà di Lecco, commensale abituale di don Rodrigo<sup>309</sup>; il capitano di giustizia<sup>310</sup>. Ecclesiastici non privi di potere, quali il padre guardiano del convento dei cappuccini di Monza<sup>311</sup> e il vicario delle monache (*uomo dabbene... buon prete... ma ben di rado avviene che le parole affermative e sicure d'una persona autorevole, in qualsivoglia genere, non tingano del loro colore la mente di chi le ascolta: alla mercé del principe, padre di Gertrude*)<sup>312</sup>.

D'altro lato, ancora, membri della società che conta, quali il principe, padre di Gertrude, e la principessa, sua matrigna<sup>313</sup>, autori di un intrigo, consumato assieme alla madre badessa<sup>314</sup>. Con modalità, che sono di ogni tempo e che coinvolgono, oggi, le nuove generazioni, sbalordite e confuse, ingannate. Come? *Vi son de' momenti in cui l'animo particolarmente de' giovani, è disposto in maniera che ogni poco d'istanza basta a ottenerne ogni cosa che abbia un'apparenza di bene e di sacrificio: come un fiore appena sbocciato, s'abbandona mollemente sul suo fragile stelo, pronto a concedere le sue fragranze alla prim'aria che gli aliti punto d'intorno. Questi momenti, che si dovrebbero dagli altri ammirare con timido rispetto, son quelli appunto che l'astuzia interessata spia attentamente e coglie di volo, per legare una volontà che non si guarda*<sup>315</sup>. È per questo che Gertrude, vittima di sé stessa, ma ancor più vittima d'altri, può essere oggetto di compassione, e di nessun giudizio. La sua è stata, semplicemente, una vita sfortunata e infelice<sup>316</sup>.

Infine, protagonisti di condotte, intessute di arroganza e di intrighi. Tra costoro, don Rodrigo (*uomo di nome, di ricchezze, d'aderenze e della voglia di servirsi di tutto ciò, per istare al di sopra degli altri*)<sup>317</sup>; suo cugino, il conte Attilio<sup>318</sup>; il conte zio del Consiglio segreto, in combutta con il padre provinciale per allontanare il padre Cristoforo dal convento di Pescarenico [*tra il padre provinciale e il conte zio passava un'antica conoscenza (...). Due potestà, due canizie, due esperienze consumate (...); "son cose (...) da finirsi tra noi (...). Sopire, troncane, padre molto reverendo: troncane, sopire (...) se non la tronchiamo noi, senza perder tempo, con un colpo netto (...) che ha sangue nelle vene, e che, a questo mondo... è qualche cosa (...) Che bisogno abbiamo noi di render conto? (...). Tra buoni amici, con due parole, s'accomodano di gran cose"*]<sup>319</sup>.

## 10. Qualcosa di più

Al negativo, comunque, c'è qualcosa di più. Infatti, le perversioni forti possono, addirittura, trovare, almeno in qualche circostanza, una giustificazione. Mentre, non si può assolvere mai chi, consapevole o meno che sia, attraverso le proprie azioni ed omissioni, favorisce lo *status quo*, sulla base di premesse – che sono convinzioni – destinate ad incidere negativamente sulla vita altrui. Si tratta di comprimari, di comparse, di soggetti dominati dall'insensibilità e, al fondo, da un imperturbabile egoismo.

<sup>306</sup> Ivi, XIII, 219.

<sup>307</sup> Ivi, XXXII, 495.

<sup>308</sup> Ivi, VIII, 139.

<sup>309</sup> Ivi, V, 88.

<sup>310</sup> Ivi, XII, 208.

<sup>311</sup> Ivi, IX, 149.

<sup>312</sup> Ivi, X, 177.

<sup>313</sup> Ivi, IX, 155, e X, 167.

<sup>314</sup> Ivi, X, 173.

<sup>315</sup> Ivi, 166.

<sup>316</sup> Ivi, IX, 149 ss.

<sup>317</sup> Ivi, VII, 118.

<sup>318</sup> Ivi, III, 57.

<sup>319</sup> Ivi, XIX, 300, 301, 303, 304-305, 306 e 307.

Di oste ce n'è più d'uno: l'oste del paese di Renzo e Lucia (*“Le azioni, caro mio: l'uomo si conosce all'azioni. Quelli che bevono il vino senza criticarlo, che pagano il conto senza tirare, che non metton su lite con gli altri avventori, e se hanno una coltellata da consegnare a uno, lo vanno ad aspettar fuori, e lontano dall'osteria, tanto che il povero oste non ne vada di mezzo, quelli sono i galantuomini”*)<sup>320</sup>; l'oste della luna piena [fermo al suo *“io fo l'oste (...) abbado a far l'oste”*]<sup>321</sup>; l'oste di Gorgonzola (che aveva *due occhi pieni d'una curiosità maliziosa*), al quale un cliente ebbe a rivolgere un pensiero degno di nota (*“La bocca l'abbiamo anche noi, sia per mangiare, sia per dir la nostra ragione”*)<sup>322</sup>.

Di don Abbondio, invece, ce n'è uno: ma, a ben vedere, è il tutto, nel senso che rappresenta una platea sconfinata di persone, che condividono e praticano il suo incrollabile credo, peraltro contraddetto in numerose circostanze. Perché, i casi della vita attendono al varco. Comunque, si può dire che è – se è concesso, contraddicendosi – la spina dorsale di una società molle, impaurita, divorata dalla sua solitudine, che mal ripaga anche chi, non obbligato, gli si dimostra affettuoso. È il caso di Lucia, da lui angariata, che, con Renzo, *per bocca di don Abbondio, furono sposi*<sup>323</sup>.

*Don Abbondio (...) non era nato con un cuor di leone*<sup>324</sup>. (...) *non nobile, non ricco, coraggioso ancor meno, s'era dunque accorto, prima quasi di toccar gli anni della discrezione, d'essere, in quella società, come un vaso di terra cotta, costretto a viaggiare in compagnia di molti vasi di ferro (...). Il suo sistema consisteva principalmente nello scansar tutti i contrasti, e nel cedere, in quelli che non poteva scansare. Neutralità disarmata in tutte le guerre che scoppiavano intorno a lui (...). Se si trovava assolutamente costretto a prender parte tra due contendenti, stava col più forte, sempre però alla retroguardia (...)*<sup>325</sup>. Due le massime, cui era saldamente affezionato: *la ragione e il torto non si dividon mai con un taglio così netto, che ogni parte abbia soltanto dell'una o dell'altro; (...) a un galantuomo, il quale badi a sé, e stia ne' suoi panni, non accadon mai brutti incontri*<sup>326</sup>. Senonché, fece il più brutto degli incontri, *la sera del giorno 7 novembre dell'anno 1628, quando vide una cosa che non s'aspettava, e che non avrebbe voluto vedere: due bravi in sua attesa*<sup>327</sup>.

La vicenda, in sé, è banale. Ma non è banale – ove si guardi alle istituzioni, in genere, e, in particolare, a quelle caratterizzate dal fatto di reggersi su sistemi democratici –, se si considerano i relativi percorsi storici, la delicatezza dei meccanismi interni di funzionamento e la circostanza che la loro conservazione dipende da condotte orientate alla solidarietà e all'eguaglianza: strumenti indispensabili per incidere sulle situazioni di fatto dolorose, avendo per traguardo la giustizia o, almeno, qualche suo limitato frammento. Le istituzioni, poi, coincidono con le persone, che le compongono; non entità astratte, generate dalla fabulazione dei giuristi o da improvvisati analisti di realtà complesse. E se gli anelli, di cui si compone l'ordito sociale, sono deboli, debole sarà l'edificio comune, che può crollare anche per le sue carenze intrinseche: quando eccede, rispetto a ciò che è naturale e ragionevole che sia, il numero di coloro, che non sono nati *con un cuor di leone*<sup>328</sup>. Anche se, a questo proposito, ci si deve intendere: Alessandro Manzoni spiega il perché, come chiarirò tra un istante.

Dunque, don Abbondio è debole con i forti e forte con i deboli: con Renzo e Lucia<sup>329</sup>. Mentre inganna, protesta di essere ingannato: *“Anche questa!” disse don Abbondio: “le sanno tutte. Ih! com'è divenuto sospettoso il mondo! Non vi fidate di me?”*<sup>330</sup>, creando un cortocircuito tra vittima e

<sup>320</sup> Ivi, VII, 124.

<sup>321</sup> Ivi, XV, 249 e 250.

<sup>322</sup> Ivi, XVI, 264 e 265.

<sup>323</sup> Ivi, XXXVIII, 592.

<sup>324</sup> Ivi, I, 37.

<sup>325</sup> Ivi, 39.

<sup>326</sup> Ivi, 40.

<sup>327</sup> Ivi, 31.

<sup>328</sup> Ivi, 37.

<sup>329</sup> Ivi, II, 47 ss.

<sup>330</sup> Ivi, VIII, 131.

carnefice, con apparente inversione dei ruoli: il che è, sul piano morale, indegno<sup>331</sup>. È impermeabile ad ogni sollecitazione di carattere etico: come rivela il celebre soliloquio, dopo aver incontrato il cardinale Federigo: *È un gran dire che tanto i santi come i birboni gli abbiano a aver l'argento vivo addosso, e non si contentino d'esser sempre in moto loro, ma vogliano tirare in ballo, se potessero, tutto il genere umano (...)*<sup>332</sup>. D'altra parte, *il vostro curato (...) è stato di poco aiuto (...) un uomo da poco*<sup>333</sup>. E, poi, sul dorso della mula, sempre lui, senza rimorsi: *ecco che il cencio son diventato io (...) render conto dell'affare del matrimonio (...). Per ora vo a chiudermi in casa*<sup>334</sup>. Alla fine, non mente su Renzo: *un galantuomo*<sup>335</sup>.

Ma la sua indole naturale, colta nella sua più intima architettura psicologica, che spiega il perché delle sue azioni e rende inevitabile la disaffezione per tutto e per tutti, è rivelata dal confronto serrato e drammatico con il cardinale. Quando costui gli ricorda che *“era obbligo vostro di fare”*, don Abbondio ripete, monotonamente, *“sotto pena della vita (...), ma quando si tratta della vita... (...). Quando la vita non si deve contare, non so cosa mi dire (...). Anche questi santi son curiosi (...). Torno a dire, monsignore (...) che avrò torto io... Il coraggio, uno non se lo può dare”*<sup>336</sup>. Il più delle volte, chi commenta tronca a questo punto le sue riflessioni e passa sotto silenzio la spiegazione data di tanta insensibilità. Spiegazione, che consiste nel riprendere qualche essenziale, risolutiva parola, tratta dalle osservazioni di Federigo, il quale ricorda – a quel povero, mediocre uomo, prima ancora che prete – che si deve avere *coraggio* e che *l'amore è intrepido*<sup>337</sup>. Tuttavia, ecco la risposta: *“Ma sono superiori; hanno sempre ragione”*<sup>338</sup>. E non deflette neppure quando gli si ricorda – è un monito, che vale in ogni tempo – che *“Non sapevate che l'iniquità non si fonda soltanto sulle sue forze, ma anche sulla credulità e sullo spavento altrui?”*<sup>339</sup>. Inaccettabile – nota ancora il cardinale – *“che pensiate di scusarvi, accusando; che prendiate materia d'accusa da ciò che dovrebb'esser parte della vostra confessione”*<sup>340</sup>. Senza capire, *Don Abbondio stava zitto (...) stava zitto come chi ha più cose da pensare che da dire (...); aveva sempre quella stessa paura (...) il pensiero di don Rodrigo*<sup>341</sup>.

Si potrebbe continuare nel riprendere un'infinità di cenni eloquenti, che confermano quel suo modo di essere, così diffuso. Ecco due perle, alla discesa dei Lanzichenecchi: *“Non c'è carità: ognun pensa a sé; e a me nessuno vuol pensare”. E tornava in cerca di Perpetua (...). “Brava!” disse don Abbondio, ormai sicuro della vita, quanto bastava per poter angustiarsi della roba*<sup>342</sup>. Non bastano? *quando si trattava d'assicurar la pelle, era sempre don Abbondio che la vinceva*<sup>343</sup>. Fino all'ultimo,

<sup>331</sup> Ivi, 132. Manzoni osserva, a questo proposito, che *In mezzo a questo serra serra, non possiam lasciar di fermarci un momento a fare una riflessione. Renzo, che strepitava di notte in casa altrui, che vi s'era introdotto di soppiatto, e teneva il padrone stesso assediato in una stanza, ha tutta l'apparenza d'un oppressore; eppure, alla fin de' fatti, era l'oppresso. Don Abbondio, sorpreso, messo in fuga, spaventato, mentre attendeva tranquillamente a' fatti suoi, parrebbe la vittima: eppure, in realtà, era lui che faceva un sopruso. Così va spesso il mondo... voglio dire, così andava nel secolo decimo settimo.* Nota Guido Bezzola, cit., 132, nota 12: “ancora un accenno alla miseria morale di tanta parte dell'umanità”. È bene non illudersi e non trascurare neppure sé stessi.

<sup>332</sup> Ivi, XXIII, 360. Questo è l'esordio. Osserva, ancora, Guido Bezzola, cit., 360, nota 26: “il famoso soliloquio di don Abbondio è un po' la 'summa' delle opinioni delle persone comuni d'ogni tempo e soprattutto del loro atteggiamento scioccamente furbesco di fronte alle grandi realtà della vita. Ognuno di noi ha sentito centinaia di volte le presuntuose vuotaggini, i vietati luoghi comuni sciorinati da chi è tanto ignorante da credere di essere saggio e tutto misura col proprio manchevole metro”. Vale, a maggior ragione, oggi: v., infatti, N. CARR, *Internet ci rende stupidi? Come la Rete sta cambiando il nostro cervello*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2011.

<sup>333</sup> Ivi, XXIV, 367.

<sup>334</sup> Ivi, 369 e 370.

<sup>335</sup> Ivi, XXV, 388.

<sup>336</sup> Ivi, 394, 395 e 396.

<sup>337</sup> Ivi, 396. *“Ebbene, se voi gli amavate, quelli che sono affidati alle vostre cure spirituali, quelli che voi chiamate figliuoli; quando vedeste due di loro minacciati insieme con voi, ah certo! come la debolezza della carne v'ha fatto tremar per voi, così la carità v'avrà fatto tremar per loro”.*

<sup>338</sup> Ivi, XXVI, 399.

<sup>339</sup> Ivi, 400.

<sup>340</sup> Ivi, 401.

<sup>341</sup> Ivi, 402.

<sup>342</sup> Ivi, XXIX, 450 e 452.

<sup>343</sup> Ivi, XXX, 468.

restio a maritare Renzo e Lucia, incredulo che don Rodrigo fosse morto; sollevato quando seppe che “è arrivato il signor marchese”, suo erede, che lo costringe a prendere atto che “Ah! è morto dunque! è proprio andato”<sup>344</sup>. Allora, persino saggio; tristemente saggio, se si pensa che padre Cristoforo è morto, mentre don Abbondio è sopravvissuto: “È stata un gran flagello questa peste; ma è, anche stata una scopa; ha spazzato via certi soggetti (...). E poi la peste! la peste! ha dato di bianco a di gran cose la peste!”<sup>345</sup>.

Don Abbondio è forma e sostanza di negatività. È – se ci si può esprimere così – l’emblema dell’anticittadino: di chi non ha fatto nulla, non dico per conquistare, ma almeno per meritare, da erede, Costituzione e Carte dei diritti. Le quali sono messe in forse, nella loro effettività, da altre figure di contemporanei, che assomigliano assai a qualche altro personaggio manzoniano. Del resto, di che cosa soffre la malfunzionante Repubblica, impacciata, inefficiente ed ingiusta, infestata da parassiti d’ogni genere e specie?

In primo luogo, per avere, tra i suoi più accreditati protagonisti, giuristi alla don Ferrante, il quale – nota con straordinaria ironia Manzoni – aveva a cuore soprattutto *l’ortografia; ch’era una delle molte cose che aveva studiate, e delle poche sulle quali avesse lui il comando in casa*<sup>346</sup>. Era *Uomo di studio*, al quale *non (...) piaceva né di comandare né d’ubbidire*<sup>347</sup>. Era un classificatore di opere ed autori, di cui, talora – ma è don Lisander che parla –, dà efficaci giudizi: di Machiavelli pensava fosse *mariolo sì, (...), ma profondo*; di Botero, *galantuomo sì, (...), ma acuto*<sup>348</sup>. Era un logico astratto: a proposito della peste, *fu uno de’ più risoluti a negarla*, e lo fece *non già con ischiamazzi, come il popolo; ma con ragionamenti, ai quali nessuno potrà dire almeno che mancasse la concatenazione*<sup>349</sup>, ma, così facendo, *andò a letto, a morire, come un eroe di Metastasio, prendendosela con la stelle*<sup>350</sup>. Di lui si può dire che fosse un conformista e un allineato, come è ai giorni nostri: *perché non si può spiegare quanto sia grande l’autorità d’un dotto di professione, allorché vuol dimostrare agli altri le cose di cui sono già persuasi*<sup>351</sup>.

Incollabile nelle sue opinioni – quanto al loro intrinseco, sostanziale valore –, donna Prassede non dava spazio alle idee altrui, essendo una monopolista della verità<sup>352</sup>. E trascurava ciò che Manzoni rileva, a mo’ d’esempio, nei suoi riguardi: *Era donna Prassede una vecchia gentildonna molto inclinata a far del bene: mestiere certamente il più degno che l’uomo possa esercitare; ma che pur troppo può anche guastare, come tutti gli altri. Per fare il bene, bisogna conoscerlo; e, al pari d’ogni altra cosa, non possiamo conoscerlo che in mezzo alle nostre passioni, per mezzo de’ nostri giudizi, con le nostre idee; le quali bene spesso stanno come possono*<sup>353</sup>.

Di tutto questo, bisognerebbe essere consapevoli e, soprattutto, ammetterne l’esistenza: sia quando si dà spazio, oltre il dovuto, all’enunciato normativo (alla don Ferrante), sia quando se ne fa a meno o, comunque, se ne circoscrive la portata, in vista di una soluzione conforme ai propositi

<sup>344</sup> Ivi, XXXVIII, 586.

<sup>345</sup> Ivi, 587.

<sup>346</sup> Ivi, XXV, 392.

<sup>347</sup> Ivi, XXVII, 420.

<sup>348</sup> Ivi, 424 e 425.

<sup>349</sup> Ivi, XXXVII, 580.

<sup>350</sup> Ivi, 582.

<sup>351</sup> Ivi, 581.

<sup>352</sup> Le espressioni sono tratte dal parere reso al Governo dalla Corte suprema del Canada nel 1998, al numero 68, cui ha dedicato un felice commento N. OLIVETTI RASON, *A proposito della secessione del Québec: tre quesiti e quattro risposte*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999-III, 889 ss.

<sup>353</sup> *I Promessi Sposi*, cit., XXV, 389-390. Vale la pena di leggere anche il seguito, visto quel che quotidianamente accade: *Con le idee donna Prassede si regolava come dicono che si deve far con gli amici: n’aveva poche; ma a quelle poche era molto affezionata. Tra le poche, ce n’era per disgrazia molte delle storte; e non eran quelle che le fossero men care. Le accadeva quindi, o di proporsi per bene ciò che non lo fosse, o di prender per mezzi, cose che potessero piuttosto far riuscire dalla parte opposta, o di crederne leciti di quelli che non lo fossero punto, per una certa supposizione in confuso, che chi fa più del suo dovere possa far più di quel che avrebbe diritto; le accadeva di non vedere nel fatto ciò che c’era di reale, o di vederci ciò che non c’era; e molte altre cose simili, che possono accadere, e che accadono a tutti, senza eccettuarne i migliori; ma a donna Prassede, troppo spesso e, non di rado, tutte in una volta.*

propri o altrui (alla donna Prassede). Quando se ne prescinde, allora ci si affida – volenti o nolenti – ad Azzeccagarbugli, che don Rodrigo apostrofa così: “*animo, a voi, che, per dar ragione a tutti, siete un uomo*”<sup>354</sup>. A dire il vero, però, non dà ragione a tutti, ma ai potenti, avendo operato una netta scelta di campo, a dispetto della persona<sup>355</sup>.

Ed, infatti, eccolo in azione, avendo di fronte il povero Renzo: “*Ditemi il fatto come sta (...). Chi dice le bugie al dottore, vedete figliuolo, è uno sciocco che dirà la verità al giudice. All’avvocato bisogna raccontar le cose chiare: a noi tocca poi imbrogliarle (...). Purché non abbiate offeso persona di riguardo (...); a saper ben maneggiare le gride, nessuno è reo, e nessuno è innocente (...). D’ogni intrigo si può uscire; ma ci vuole un uomo (...): se volete passarvela liscia, danari e sincerità (...). Io non c’entro: me ne lavo le mani*”<sup>356</sup>.

Me ne lavo le mani è un’espressione, che non fa ben sperare in una strenua difesa dei diritti e delle libertà; né in un’azione determinata nell’alleviare il dolore di chi soffre e nel perseguire il fine ultimo della giustizia.

## 11. In breve

Al pari delle idee, anche le istituzioni camminano con le gambe degli uomini. Per esserne convinti, è sufficiente dare uno sguardo al secolo breve e alle pagine, che lo hanno indagato<sup>357</sup>. L’accaduto può ripetersi: per la verità, si sta ripetendo. E mette in mostra ciò che ci siamo illusi non fosse più replicabile. Purtroppo, la storia insegna poco o non insegna affatto. Quindi, siamo alle prese con i problemi di sempre – eterni, se non fosse che l’uomo opera all’interno della storia e dell’ordine del finito<sup>358</sup> –, con la ovvia conseguenza che il dolore dilaga e la giustizia rimane, per i più, un miraggio. Non si deve confondere, infatti, il nostro benessere – che è, pur sempre, relativo a una parte della società – con l’enorme miseria, che colpisce moltitudini di infelici, per i quali la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948<sup>359</sup> rappresenta un’utopia. Dimodoché, proprio per questo, **il tempo del dolore e le ragioni della giustizia**, anche se ci è dato di rilevarlo in momenti di carattere straordinario – Covid-19 è uno di questi –, è innegabile che si presenta come **una costante**: vale a dire, come un elemento costitutivo di qualunque società politicamente organizzata. La quale, se si è conquistata faticosamente, lungo l’arco di secoli, diritti e libertà, ripromettendosi di mettere fine al dolore attraverso la giustizia<sup>360</sup>, ha il dovere di conservarli, in modo tale da poterli consegnare alle generazioni future.

Inutile dire che si tratta di un’operazione difficile e che ne è presupposto un modo di prendere la vita sul serio: secondo l’ottica manzoniana, impersonata dal cardinal Federigo Borromeo<sup>361</sup>. Essa non si può dire condizionata da una ben definita concezione religiosa e, per questo, limitata da un’ortodossia, come ho avuto già occasione di chiarire<sup>362</sup>. In fondo, il trionfo rivoluzionario francese – libertà, eguaglianza e fraternità – rimane ancora una grande incompiuta: in specie, per quanto riguarda la fraternità, in evidente contrasto con le dottrine dello Stato, veicolo dell’*imperium*<sup>363</sup>.

Se quel che precede ha una qualche attinenza con la realtà<sup>364</sup>, credo sia, addirittura, scontato riconoscere – in quel che Alessandro Manzoni scrive, a proposito della vita del singolo e delle

<sup>354</sup> Ivi, V, 92.

<sup>355</sup> V. *sub* IV.

<sup>356</sup> *I Promessi Sposi*, cit., III, 61, 63, 64 e 65.

<sup>357</sup> E.J. HOBBSAWM, *Il secolo breve*, cit.

<sup>358</sup> R. MENEGHELLI, *Stato e democrazia visti dall’alto*, Cedam, Padova, 1999.

<sup>359</sup> V. *sub* 1 e 2.

<sup>360</sup> On. Piero Calamandrei, A.C., 4 marzo 1947: v. *sub* 1.

<sup>361</sup> V. *sub* 1.

<sup>362</sup> V. *sub* 3 e, in particolare, la nota 88.

<sup>363</sup> V. *sub* 7.

<sup>364</sup> Non con filosofie generalizzanti e stramberie varie.

comunità – che ivi sono esposti, con eccezionale acume e profondità, insegnamenti, che rappresentano il nucleo essenziale di una seria **educazione alla cittadinanza**. Senza di essa, non c'è avvenire per Costituzioni e Carte dei diritti, nelle quali pare essere risolto, in modo equilibrato, il rapporto tra potere e libertà. Tra potere e giustizia.

A questo proposito, vale la pena di considerare una riflessione, delineata in margine a un pensiero di Platone<sup>365</sup>, che può valere per chiunque: “È vero che in un certo senso la giustizia rappresenta una variabile dipendente dalla forma di governo e dagli assetti di potere. È però anche vero che è possibile concepire la prima e i secondi in modo tale che la giustizia sia un bene universale. Questo accade laddove il potere costituisca una funzione di servizio collettivo e non di oppressione e spoliamento; e ciò a sua volta è possibile laddove le funzioni di comando vengano assegnate a chi, per doti morali ed intellettuali, nonché per educazione e forma di vita comunitaria, sia in grado di svolgerle nell'interesse generale e non in quello (d'altronde ingannevole) del proprio particolare egoismo”.

*Omnia munda mundis*<sup>366</sup> è di san Paolo<sup>367</sup>. Di san Paolo è, pure, la prima lettera ai Corinzi, in cui si legge che “Ora dunque queste tre cose durano: fede, speranza, carità; ma la più grande è la carità”<sup>368</sup>: la solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., sulla quale si regge l'intero edificio della Repubblica. Che sarebbe più salda – forse, è preferibile dire: meno precaria –, se ci si ricordasse, almeno ogni tanto e, senza dubbio, nei momenti peggiori, una sapiente intuizione dell'addetto a un camposanto di periferia: “Qui finisce la superbia dell'uomo”<sup>369</sup>. Non è di un personaggio manzoniano, ma è un pensiero espresso da una persona umile: soltanto per questo, comunque, manzoniana<sup>370</sup>.

---

<sup>365</sup> È di M. VEGETTI, *Introduzione di PLATONE, La Repubblica*, RCS, Milano, 2016, 69.

<sup>366</sup> V. *sub* 2.

<sup>367</sup> V. Guido Bezzola, cit., 142, nota 32.

<sup>368</sup> Dalla prima lettera ai Corinzi, 13, 1-13.

<sup>369</sup> M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., 1.

<sup>370</sup> N. SAPEGNO, *I “Promessi Sposi” storia di umili*, in *Motivi e personaggi*, cit., 37 ss.



Gian Paolo Dolso

## Attualità della riflessione kelseniana sulla giustizia costituzionale\*

**ABSTRACT:** *This paper examines an influential essay by Hans Kelsen that appeared in 1928 on the subject of constitutional justice: ‘La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle), Revue du droit public et de la science politique, 1928’. The aim of this paper is to verify the contribution made by Hans Kelsen’s study in relation to problems concerning the judicial review of legislation. The 1928 essay turns out to be very rich in indications. There are indications of general profiles, but there are also indications relating to the procedure of judicial review of legislation. What emerges is Kelsen’s marked attention to the problems of access to constitutional justice and particular attention to the procedural aspects of the judicial review. The usefulness of going back to the essay by the great jurist thus appears evident both for a better understanding of the functioning of systems of constitutional justice and for reasoning about them from a “de jure condendo” perspective.*


SOMMARIO. 1. Il saggio di Kelsen sulla giustizia costituzionale del 1928. – 2. I profili di carattere generale. – 3. Il controllo della costituzionalità delle leggi. – 4. Aspetti schiettamente processuali. – 5. L’assetto più recente del nostro sistema di giustizia costituzionale e il lascito kelseniano.

## 1. Il saggio di Kelsen sulla giustizia costituzionale del 1928

Come è noto, Kelsen ha contribuito in modo decisivo alla nascita e allo sviluppo della giustizia costituzionale in Europa. Non è certo possibile esaminare nel dettaglio il suo contributo in materia dato che in molte opere Kelsen fa riferimento alla giustizia costituzionale e alle problematiche ad essa connesse. Kelsen porta il tema della giustizia costituzionale al centro del dibattito giuridico anche se non va trascurato che la dottrina giuridica aveva già focalizzato la sua attenzione sul tema, se è vero che Georg Jellinek aveva già orientato il suo interesse nei confronti di forme di giudizio costituzionale preesistenti, come il *Reichsgericht*, investito di specifici controlli di costituzionalità, in particolare relativi al rapporto tra Stato centrale e enti territoriali. Da questa originaria forma di controllo il passo fu breve, per Jellinek, a prefigurare l’attribuzione a tale organo di una funzione di controllo sulla costituzionalità delle leggi<sup>1</sup>. Non si può poi trascurare che Kelsen non sviluppò una riflessione solamente teorica ma fornì un importante contributo in sede di redazione della Costituzione austriaca del 1920, che contempla una forma di controllo di costituzionalità delle leggi, anche se va precisato che il pensiero di Kelsen sulla giustizia costituzionale va ben al di là di quanto poi di fatto si era inverato nella Costituzione austriaca del 1920.

Come si è detto, in varie opere Kelsen si occupa della giustizia costituzionale, ma vi è un saggio in cui le sue riflessioni appaiono forse sviluppate con maggiore coerenza e “concentrazione”: si tratta di un celebre saggio pubblicato nel 1928 di cui verranno esaminati solo i profili che più attengono alla giustizia costituzionale e che forniscono spunti e stimoli significativi per i cultori della giustizia costituzionale<sup>2</sup>. È interessante notare che spesso le letture che si sono date del pensiero kelseniano con riguardo alla giustizia costituzionale non sembrano tenere in debito conto la profondità e la ricchezza della riflessione di Kelsen, rischiando a tratti di sovrapporre indebitamente i contenuti della

---

\*  Questo scritto prende avvio da un intervento al Convegno del Forum italo-austriaco di diritto comparato in occasione della ricorrenza dei 50 anni dalla scomparsa di Hans Kelsen: “Tagung des italienisch-österreichischen Forums für Rechtsvergleichung aus Anlass des 50. Todestages von Hans Kelsen”, tenutosi a Roma il 3 e 4 aprile 2023 e i cui atti sono in corso di pubblicazione.

<sup>1</sup> G. JELLINEK, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wien, 1885, trad. it.: *Una Corte costituzionale per l’Austria*, a cura di E. Palici di Suni Prat, Torino, 2013. L’idea originaria aveva a che fare con la natura federale dello Stato.

<sup>2</sup> H. KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)*, *Revue du droit public et de la science politique*, 1928; traduzione italiana: *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 145 ss. In particolare, non si terrà conto di quello che C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, 56 ss., ha chiamato il “secondo” Kelsen, nella misura in cui una parte della riflessione di Kelsen è incentrato su una replica ad un celebre contributo di C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, 1931.

Costituzione austriaca del 1920 con l'apparato di pensiero che sta alla base del saggio oggetto della nostra attenzione<sup>3</sup>.

La riflessione di Kelsen sulla giustizia costituzionale ha lasciato tali e tante tracce che non è certo pensabile di sviluppare in questa sede una ricostruzione completa. Si tratta di una molteplicità di profili che possono essere riguardati sia in un'ottica di ricostruzione storica del pensiero del grande giurista sia con l'occhio del giurista positivo che coglie nel diritto *quo utimur* le vestigia del pensiero del grande Maestro<sup>4</sup>.

## 2. I profili di carattere generale

Quello che ci preme è quindi tornare a riflettere sul lascito kelseniano cercando di passare in rassegna, anche solo sommariamente, alcuni spunti che si rivelano di sorprendente attualità e che si rinvengono nell'inesauribile saggio del grande giurista viennese sulla giustizia costituzionale. Partiamo da taluni aspetti di carattere generale.

Un primo punto che colpisce del saggio, e che a più riprese riaffiora nel corso di esso, è costituito dall'attenzione riservata al diritto sovranazionale, sia di origine pattizia sia di origine consuetudinaria. È interessante notare come emerga un esplicito riconoscimento della valenza delle norme internazionali generalmente riconosciute. Anzi di esse si auspica che vengano contemplate in modo esplicito in ogni Costituzione (come del resto è poi avvenuto anche nel nostro contesto ad opera dell'art. 10, comma 1, Cost.). Nota è la posizione di primazia che il diritto internazionale riveste nell'ambito del sistema delle fonti elaborato dall'Autore; forse meno noti sono il ruolo e la posizione che i trattati internazionali rivestono specificamente nel contesto del giudizio di legittimità costituzionale delle leggi sotto un duplice ma interconnesso profilo. Essi costituiscono sia parametro di legittimità costituzionale delle leggi, da utilizzare come fonte interposta (o di livello costituzionale se si accoglie l'idea, che è quella da Kelsen coltivata, della superiorità del diritto internazionale), sia possibile oggetto di sindacato, anche se in tal caso si tratta di una ipotesi in qualche misura "residuale", auspicandosi piuttosto che il controllo dei trattati venga affidato - più conformemente al sistema - ad una corte internazionale<sup>5</sup>.

Un altro profilo di carattere generale merita di essere evidenziato. Anche in questo caso, a più riprese, trapela la constatazione di un progressivo avvicinamento tra attività giurisdizionale ed attività amministrativa, la cui separazione si fonda su ragioni di carattere storico, non di logica giuridica, che anzi suggerirebbe una loro tendenziale convergenza<sup>6</sup>. Si tratta di un profilo molto attuale che ha riscontri sia sul piano sovranazionale, sia interno. Sotto il primo profilo è sufficiente por mente alla

---

<sup>3</sup> Che l'opera di Kelsen non coincida, a volte, con quanto è filtrato in Italia attraverso l'interposizione della nostra dottrina è dimostrato nel documentato saggio di A. MERLINO, *Kelsen in Italia: una recezione* a contrario, in [La Rivista "Gruppo di Pisa"](#), 2023, 145 ss. Sul punto cfr. anche il contributo di M. LOSANO, M. MARCHETTI, R. ORSINI, D. SORIA, *La fortuna di Kelsen in Italia*, in *Quaderni fiorentini*, 1979, 465 ss.

<sup>4</sup> Una tale duplicità ha ispirato il volume di G.P. Dolso, D. Rossi (a cura di), *1920-2020. Un secolo di giustizia costituzionale*, Napoli, 2022.

<sup>5</sup> Lo schema della norma "interposta" emerge laddove Kelsen rileva che se una norma interna contrasta con il trattato essa, "immediatamente si pone contro il trattato, mediatamente contro il principio *pacta sunt servanda*", il quale può essere principio costituzionalmente sancito oppure veicolato in Costituzione attraverso il riconoscimento delle norme internazionali generalmente riconosciute nell'ambito delle quali esso a pieno titolo rientra. Del resto, la posizione dei trattati, da un punto di vista interno al sistema, è di subordinazione alla Costituzione: H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 160, 180. Quanto ai trattati come oggetto di giudizio, l'Autore chiaramente distingue una prospettiva interna, che avvalorerebbe un possibile sindacato dei trattati da parte dell'organo di giustizia costituzionale, da una prospettiva, che esprime gli "interessi di politica estera", sulla base dei quali "sarebbe senza dubbio desiderabile attribuire il controllo della regolarità dei trattati internazionali [...] ad un organo internazionale, escludendo qualunque giurisdizione statale (181).

<sup>6</sup> "La distinzione tra giurisdizione e amministrazione sta esclusivamente nella modalità di organizzazione dei tribunali". Si tratta di una contrapposizione e di un dualismo che "possono spiegarsi solo storicamente e che sono destinati a scomparire": ancora H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 161, 162.

giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, per lo più contraria ad una distinzione troppo rigida, nella misura in cui, in questo come in altri settori, quella che viene coltivata è una prospettiva più attenta alla sostanza che alla forma. Dall'altra parte, si tratta di un profilo presente anche nella nostra giurisprudenza costituzionale, anche recente: la Corte ha avuto modo al riguardo di osservare che "le due nozioni sono state intese in modo elastico", dovendosi tenere conto del fatto che si è andata nel tempo delineando una "zona grigia", nella quale si registrano i "concorrenti ed inversi fenomeni storici della "giurisdizionalizzazione" dell'amministrazione e della "amministrativizzazione" della giurisdizione"<sup>7</sup>.

Ancora, tra le altre indicazioni disseminate nel denso saggio, compare una declinazione del principio di legalità molto pregnante, di valenza addirittura costituzionale. È noto come nel nostro sistema la dottrina si è a fondo impegnata nel tentativo di rinvenire, all'interno della Costituzione, una radice costituzionale del principio di legalità<sup>8</sup>. Sul punto è interessante osservare come la natura costituzionale del principio è ricavata dalla stessa conformazione del sistema delle fonti, nella misura in cui esso non postula "solo che ogni atto esecutivo dev'essere conforme alla legge, ma *essenzialmente che non può esservi atto di esecuzione se non sulla base di una legge*": la violazione di tale paradigma, secondo Kelsen, dà luogo ad una situazione di incostituzionalità<sup>9</sup>.

Come è noto, l'affermazione in Italia del principio di superiorità della Costituzione e di sindacabilità delle leggi sulla base di tutti i parametri costituzionali ha costituito un percorso piuttosto accidentato, che affonda le sue radici nel riconoscimento della normatività di ogni disposizione costituzionale e nella distinzione, di conio giurisprudenziale, tra norme programmatiche e norme precettive, distinzione che, come noto, si era affermata nel periodo precedente all'entrata in funzione della Corte costituzionale e che aveva condotto, in certi casi, i giudici a ritenere alcune norme della Costituzione *direttamente* applicabili<sup>10</sup>. Nel saggio di Kelsen vi è un eco di questa partizione<sup>11</sup>. L'Autore riconosce la possibilità che in Costituzione vi siano norme che "regolino una materia in modo così completo da essere immediatamente applicabili ai casi concreti mediante atti giurisdizionali o, più ancora, amministrativi", con ciò ammettendo senza difficoltà la possibilità di una "applicazione diretta della Costituzione"<sup>12</sup>.

Altri sono gli spunti di carattere generale che dal saggio trapelano; conviene tuttavia a questo punto dedicarsi più specificamente al sindacato di costituzionalità delle leggi al fine di individuare una serie di snodi che sono oggetto di trattazione da parte del grande giurista praghese.

---

<sup>7</sup> In questo senso, [Corte cost., sent. n. 13 del 2019](#), in una questione sollevata dal Collegio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato; si tratta di una questione dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale che non ha riconosciuto in capo all'organo il requisito della giurisdizionalità.

<sup>8</sup> Sul punto, L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, Roma 1990, 4, ove si ragiona del "valore costituzionale del principio di legalità sostanziale, implicito nel testo della Costituzione e da esso ricavabile", facendo in particolare riferimento all'art. 113 Cost. In precedenza, S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, 1972, 685 ss.

<sup>9</sup> "Se un'autorità statale mette in essere un atto privo di una base legale, questo atto non è, precisamente, illegittimo, in quanto manca una legge con la quale misurare la sua legittimità, ma "senza legge" e quindi immediatamente incostituzionale": ancora H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 158.

<sup>10</sup> Per una ricostruzione completa si rinvia a A. PIZZORUSSO, *Art. 134*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da Giuseppe Branca e continuato da Alessandro Pizzorusso, *Garanzie costituzionali. Art. 134-139*, Bologna – Roma, 1981, 1 ss.

<sup>11</sup> Si tratta di una partizione che si diffuse soprattutto nel periodo intercorrente tra l'adozione della Costituzione e l'entrata in funzione della Corte costituzionale. A questa dicotomia fu negata ogni incidenza sul pieno dispiegarsi del sindacato della Corte costituzionale sulla legittimità costituzionale delle leggi nella storica [sentenza n. 1 del 1956](#). Sul punto si vedano le considerazioni di S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione*, Bologna, 2004, 200 ss.

<sup>12</sup> H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 155

### 3. Il controllo della costituzionalità delle leggi

Il saggio in esame è caratterizzato da una molteplicità di indicazioni relative ai meccanismi di controllo di costituzionalità delle leggi, molti dei quali ne denotano straordinaria la lungimiranza e sorprendente attualità. Molte tracce disseminate nel saggio possono rivelarsi utili anche *de jure condendo* al fine di perfezionare, completare, rendere più efficaci i vari sistemi di controllo di legittimità costituzionale delle leggi.

A) Andando alle origini del sindacato di costituzionalità delle leggi, si può ricordare come Kelsen ammetta pacificamente la possibilità, per la Corte costituzionale, di sindacare le norme anteriori all'entrata in vigore della Costituzione. Nel contesto della dicotomia *illegittimità costituzionale/abrogazione*, viene ammessa anche la possibilità di sottoporre a controllo delle leggi che risultino abrogate. Secondo il nostro Autore, la prima impressione, che porterebbe a rendere superflue sia la dichiarazione di incostituzionalità di norme abrogate sia quella di norme anteriori alla Costituzione, non è quella corretta. In relazione alle norme abrogate, Kelsen osserva che esse possono essere (ancora) applicate, giustificandosi così la dichiarazione di incostituzionalità. Nel caso delle norme anteriori, una volta precisato che la loro sindacabilità va limitata ai profili "contenutistici" e non ai vizi del procedimento di formazione, Kelsen ritiene preferibile l'intervento dell'organo di giustizia costituzionale, sollevando dubbi sulla "propensione" degli organi giudiziari "comuni" a praticare in questi casi un giudizio di compatibilità della legge con la sopravvenuta Costituzione con conseguente abrogazione della prima<sup>13</sup>. Di fatto, il periodo anteriore all'entrata in funzione della Corte, caratterizzato da luci e ombre, e connotato anche dalla affermazione della natura "programmatica" di molte delle norme della Costituzione, suona come conferma di questi dubbi.

B) Si può ancora ricordare - anche in una prospettiva *de iure condendo* - come Kelsen fosse dell'opinione che il controllo di costituzionalità dovesse essere esteso anche ai regolamenti dell'Esecutivo, non solo quelli che derogano alla legge ma in generale a tutti i regolamenti. Si tratta di un approccio che si è affacciato anche nel nostro panorama dottrinale, ma non si è mai affermato nella prassi, se non in casi del tutto particolari e circoscritti<sup>14</sup>. L'organo di giustizia costituzionale è, secondo Kelsen, l'organo più adatto ad operare un tale tipo di sindacato, data l'intima affinità del controllo sulle leggi rispetto al controllo sui regolamenti.

In questo contesto Kelsen afferma anche l'opportunità di introdurre un controllo sulle ordinanze di necessità, atti derogatori emanati in situazioni di emergenza. Si tratta, come l'esperienza recente ci ha eloquentemente dimostrato, di un tema straordinariamente rilevante: "ovunque la Costituzione autorizzi questi regolamenti di necessità la loro costituzionalità è sempre appassionatamente contestata"<sup>15</sup>. Riguardo agli atti di natura secondaria, Kelsen fa riferimento all'esistenza di una sorta di zona grigia ove l'individuazione di questi atti non è del tutto scontata né semplice, come anche la nostra dottrina ha avuto modo di constatare<sup>16</sup>. Kelsen si riferisce esplicitamente a quelli che definisce come una "serie di gradi intermedi": esemplificando si ragiona di "atti di autorità locali, provvedimenti prezzi, statuti di società, contratti collettivi di lavoro": "Si può raccomandare - conclude l'Autore- di assoggettare al controllo di costituzionalità le sole norme generali emanate da pubbliche autorità, siano esse centrali o locali"<sup>17</sup>.

C) Un tema che a più riprese emerge è quello degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità, soprattutto in considerazione del problema delle lacune e dei vuoti conseguenti alle

<sup>13</sup> Su entrambi i profili, H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 183,184.

<sup>14</sup> C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, 10 ss.

<sup>15</sup> H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 180.

<sup>16</sup> In relazione alle fonti secondarie, e alle difficoltà di una loro identificazione, v. L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, Bologna, 1996, 54 ss.

<sup>17</sup> H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 180.

pronunce di annullamento. Si ritiene consigliabile - al ricorrere di certe condizioni - la possibilità di prevedere che possa intercorrere un certo lasso di tempo prima che la pronuncia di incostituzionalità produca effetti, analogamente a quanto avviene per la *vacatio legis* prima dell'entrata in vigore della legge<sup>18</sup>. Talora, dunque, si delinea l'opportunità di un effetto *ex nunc*, oppure anche differito dopo nel tempo. È interessante osservare che un sostanziale spostamento degli effetti della decisione è stato di fatto realizzato anche ad opera della nostra Corte costituzionale con riguardo al noto caso "Cappato". In quell'occasione la Corte si è limitata a disporre un rinvio a data fissa dell'udienza, anche se nella decisione di rinvio erano già ben presenti le argomentazioni che preludevano alla dichiarazione di incostituzionalità, poi di fatto intervenuta<sup>19</sup>.

Di norma nel giudizio in via incidentale l'effetto retroattivo è del tutto fisiologico secondo il nostro Autore. Quello che deve essere tassativamente esclusa è la possibilità che un caso venga deciso in base alla norma dichiarata incostituzionale e che quindi di questa norma si possa fare ancora applicazione<sup>20</sup>. Secondo Kelsen è opportuno accordare alla Corte la possibilità di scelta tra le varie opzioni in riferimento agli effetti della pronuncia laddove vi siano ragioni che consiglino un differimento degli effetti. Tra le varie possibilità contemplate vi è quella, particolarmente sofisticata, della possibile reviviscenza della normativa antecedente rispetto a quella dichiarata illegittima<sup>21</sup>. Il fatto stesso di indugiare su questo snodo, poco frequentato per vero dalla dottrina, svela la latente, anche se non esplicitata, preoccupazione per la possibile creazione di *vuoti* normativi a seguito di interventi demolitori dell'organo di giustizia costituzionale.

Emerge al riguardo la consapevolezza di un'ineliminabile discrezionalità che finisce per connotare l'operato della Corte costituzionale, alla stregua di quanto, del resto, si riscontra con riguardo all'azione di altri organi di vertice dello Stato<sup>22</sup>. Si allude, in particolare, al problema della sostituzione della norma incostituzionale con una conforme a Costituzione: "l'annullamento dell'atto irregolare pone il problema della sua sostituzione con un atto regolare"<sup>23</sup>. Si prefigurano in tal modo, pur in assenza di una argomentazione esplicita sul punto, sentenze alquanto simili a quelle che poi la nostra giurisprudenza ha denominato come sentenze *additive*. La sostituzione della normativa dichiarata incostituzionale può avvenire ad opera del giudice costituzionale oppure del legislatore, in conformità con le motivazioni della sentenza della Corte.

D) L'attività della Corte in certi casi pare avvicinarsi a quella legislativa. In un passo del saggio si sostiene che, quando annulla una legge il Giudice costituzionale "non esercita in realtà una vera funzione giurisdizionale" dato che "annullare una legge significa porre una norma generale giacché tale annullamento ha lo stesso carattere di generalità della formazione della legge, essendo per così dire una formazione di segno negativo, e quindi una funzione legislativa"<sup>24</sup>. Tale constatazione va

---

<sup>18</sup> Si può prevedere che "l'annullamento abbia effetto solo dopo scaduto un certo termine": ancora H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 167, il quale soggiunge che, "come possono esservi ragioni valide per far procedere l'entrata in vigore di una norma generale [...] da una *vacatio legis*, così potrebbero esservene di ugualmente valide per non far perdere vigore ad una norma generale annullata se non dopo la scadenza di un termine successivo alla sentenza di annullamento".

<sup>19</sup> Corte cost., rispettivamente [ord. 207/2018](#) e [sent. 242/2019](#). Si devono registrare del resto altri due casi in cui la Corte ha proceduto in modo analogo: il riferimento è alla vicenda del cosiddetto "carcere per i giornalisti" (Corte cost., [ord. 132/2020](#) e, di poi, [sent. 150/2021](#)); e alla vicenda relativa all'*ergastolo ostativo* (Corte cost., [ord. n. 97/2021](#)).

<sup>20</sup> Kelsen, dando per scontato che la legge dichiarata incostituzionale non possa essere ancora applicata, prende atto dei problemi che possono porsi nella prassi, immaginando in certe situazioni la possibilità di differire l'entrata in vigore della pronuncia di annullamento fino alla scadenza di un certo termine dalla sua pubblicazione: H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 192.

<sup>21</sup> In relazione alla *reviviscenza*, Kelsen ritiene opportuno "lasciare allo stesso tribunale il compito di decidere in quali casi fare uso di questo potere di ristabilire la vecchia situazione di diritto", ritenendo inopportuno il ripristino di questa situazione come regola generale (H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 192, 193).

<sup>22</sup> M. CAPPELLETTI, *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1960, 376 ss.

<sup>23</sup> H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 169.

<sup>24</sup> H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 173.

letta alla luce di considerazioni ulteriori, di sistema. In primo luogo, alla luce del fatto che l'attività della Corte trova collocazione nella cornice del principio della divisione dei poteri, inteso come un principio che è funzionale a consentire, con riguardo ai vari poteri, "un controllo degli uni sugli altri"<sup>25</sup>. Va poi tenuta in debita considerazione la qualità dell'organo di giustizia costituzionale e le sue regole di funzionamento. Si tratta di un organo che indubbiamente è connotato da una assoluta indipendenza sia rispetto al Governo, sia al Parlamento. Dall'altra parte, Kelsen osserva che "l'annullamento di una legge avviene essenzialmente in applicazione delle norme della costituzione" di modo che in questo caso manca "del tutto la libera creazione che caratterizza l'attività legislativa". L'organo di giustizia costituzionale opera quindi secondo regole stabilite dalla Costituzione e perciò "questa funzione somiglia a quella di qualunque altro tribunale; essa è principalmente applicazione e solo in misura esigua creazione del diritto, e quindi è veramente giurisprudenziale"<sup>26</sup>. L'attività delle Corti costituzionali - questo in sostanza il succo del discorso - va ricompresa nell'alveo delle attività di natura giurisdizionale, attesi appunto i connotati sostanziali e immancabili di essa<sup>27</sup>.

In vari passi del saggio fa capolino la distinzione tra attività legislativa in senso stretto e controllo di costituzionalità delle leggi. Creazione del diritto/applicazione del diritto. Si tratta in definitiva di attività che denotano irriducibili differenze che in definitiva non possono essere scalfite, e nemmeno attenuate, alla luce dell'oggetto di giudizio e del prodotto dell'attività dell'organo di giustizia costituzionale. Sono le diversità procedurali ad essere decisive e a segnare un divario incolmabile tra le due tipologie di attività, come bene mette in luce, in relazione all'attività della nostra Corte costituzionale, Alessandro Pizzorusso<sup>28</sup>. Kelsen, rimarcate a questo riguardo le caratteristiche di indipendenza dell'organo di giustizia costituzionale, considera ontologicamente diverse le due funzioni, qualificando l'attività dell'organo di giustizia costituzionale alla stregua di una funzione "veramente giurisdizionale"<sup>29</sup>.

#### 4. *Aspetti schiettamente processuali*

Molti sono gli spunti anche sul versante più squisitamente procedimentale, il che dimostra quanto Kelsen fosse attento al *processo* che si svolge davanti all'organo di giustizia costituzionale e alle dinamiche che lo governano, che inevitabilmente finiscono per contribuire al "rendimento" del sistema di garanzia. Alcuni profili si coagulano attorno al decisivo snodo delle modalità di accesso all'organo di giustizia costituzionale; altri invece riguardano altri aspetti legati più propriamente al procedimento.

A) In relazione all'accesso, l'attenzione di Kelsen è massima: l'Autore si dimostra del tutto consapevole del fatto che si tratta di uno snodo decisivo del giudizio sulle leggi. Si tratta di uno dei punti in cui più emerge il divario tra la *vulgata* relativa al modello "kelseniano" e la riflessione di Kelsen tratta direttamente dalle sue opere, che appare molto più ricca e sfaccettata, di certo non riducibile ad un paradigma univoco né tanto meno coincidente con il modello di giustizia costituzionale adottato dalla Costituzione austriaca del 1920.

Dato che i sistemi di giustizia costituzionale rivestono un ruolo di indubbia garanzia, tale finalità viene realizzata nel modo più pieno attraverso un accesso alla Corte che si traduca in una vera e propria *actio popularis*. Se tale modalità di accesso fosse realizzata in modo "puro", si determinerebbe - constata realisticamente Kelsen - un "intollerabile intasamento dei ruoli". Come

---

<sup>25</sup> H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 173.

<sup>26</sup> Le citazioni sono ancora tratte da H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 174.

<sup>27</sup> Sul punto, tra gli altri, R. ROMBOLI, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in *Rivista AIC*, 2007.

<sup>28</sup> Sul punto, lucidamente, A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra legislazione e giurisdizione*, in *Foro it.*, V, 117 ss.

<sup>29</sup> Così H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 174, il quale precisa il suo pensiero ritenendo che sia "desiderabile impedire ogni influenza politica sulla giurisprudenza dell'organo di giustizia costituzionale" (175).

alternativa, si immagina la previsione di un obbligo in capo ad ogni pubblica autorità di sottoporre alla Corte costituzionale i dubbi di costituzionalità: un modo di accesso, quindi, “indiretto”. In questa prospettiva si può pensare ai soli organi di vertice, oppure ai soli organi di natura giurisdizionale, anche se - chiosa Kelsen - sarebbe ingiustificato escludere gli organi amministrativi dal novero di quelli abilitati a sottoporre questioni di legittimità alla Corte dato il “crescente avvicinamento” tra i due tipi di procedimenti<sup>30</sup>. Ancora, in alternativa oppure a completamento dello spettro di possibilità previste, si potrebbe prevedere che le parti di un procedimento giudiziario o amministrativo abbiano un ruolo “attivo” nella proposizione della *quaestio* all’organo di giustizia costituzionale. L’Autore disegna al riguardo un sistema in cui viene consentito “alle parti di un procedimento giudiziario o amministrativo” di provocare il giudizio della Corte nei confronti di “atti delle pubbliche autorità” che, “di per sé regolari, siano stati emanati in esecuzione di una norma irregolare, sia essa una legge incostituzionale o un regolamento illegittimo”<sup>31</sup>. Emerge un ruolo centrale delle *parti* e non dell’autorità dinanzi a cui si svolge il procedimento.

Ma non è tutto. Il nostro Autore immagina pure, a chiusura del sistema, la presenza di un “difensore della Costituzione”, simile al pubblico ministero nel processo penale, che abbia il potere di chiedere al Tribunale costituzionale una pronuncia su leggi di dubbia costituzionalità. Ciò, a ben guardare, sarebbe anche una garanzia rispetto alla possibilità che, nell’ordinamento, si creino zone *franche* rispetto al giudizio di costituzionalità, come è possibile nel caso soprattutto in cui l’accesso sia riconosciuto solo nella forma incidentale<sup>32</sup>. A testimonianza della completezza del quadro, Kelsen osserva ancora come sia opportuno che lo stesso Giudice costituzionale abbia la possibilità sollevare questioni davanti a se medesimo: si tratta dell’istituto rubricato “Corte costituzionale come giudice *a quo*”<sup>33</sup>. Pur non essendo di uso frequente, anche nel nostro sistema tale istituto ha diritto di cittadinanza e in certi casi si rivela risolutivo per definire in modo corretto ed esauriente la questione di costituzionalità sottoposta alla Corte<sup>34</sup>.

B) Si delineano, in diversi passi del saggio, i tratti salienti di un sindacato di tipo “incidentale”, nell’ambito del quale si auspica l’inclusione delle autorità amministrative tra le autorità rimettenti: in quanto organi deputati all’applicazione della legge nel caso concreto, dovrebbero ritenersi autorità abilitate a proporre questioni di legittimità all’organo di giustizia costituzionale. Si tratta per vero di un tema sempre attuale e che periodicamente si riaffaccia anche nel contesto del nostro sistema di controllo di costituzionalità delle leggi. Avendo la Corte sin da un remoto passato consentito a determinati organi, pur non giurisdizionali in senso stretto, di sollevare questioni, ritenendoli “giudici” ai limitati fini della proposizione della questione di legittimità costituzionale, è giocoforza che il problema periodicamente si abbia a riproporre, come di recente accaduto nel caso del tentativo di sollevare una questione di legittimità costituzionale ad opera dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato<sup>35</sup>.

C) Con riguardo all’accesso in via indiretta, Kelsen si interroga sugli effetti delle decisioni di annullamento pronunciate dalla Corte. Alla luce della natura incidentale di questo sistema, la “retroattività” delle decisioni viene definita da Kelsen alla stregua di una “necessità tecnica”, motivata anche dal fatto che, nel caso in cui il remittente fosse tenuto ad applicare la legge annullata ciò diminuirebbe “il suo interesse a deferire le leggi incostituzionali al tribunale costituzionale”, il che non sarebbe desiderabile alla luce della natura di garanzia della Costituzione che la Corte

---

<sup>30</sup> H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 195.

<sup>31</sup> H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 195.

<sup>32</sup> Che questa sia una preoccupazione ricorrente degli organi di giustizia costituzionale è dimostrato dalla giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, sempre sensibile nei confronti di questo tema: Corte cost., [sent. n. 1 del 2014](#).

<sup>33</sup> Su entrambi i profili ancora H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 196.

<sup>34</sup> Il riferimento è a Corte cost., [sent. n. 131 del 2022](#), in tema di “cognome”.

<sup>35</sup> Corte cost., [sent. n. 13 del 2019](#). Sul punto si veda già V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 268 ss.

costituzionale incarna<sup>36</sup>. Va a questo riguardo rimarcato - ma è un tema che sottotraccia emerge anche in altri passaggi del saggio - quanto a Kelsen stia a cuore che il sistema risulti efficace e rispondente a quella *ratio* di garanzia che ispira e giustifica la presenza di un organo di giustizia costituzionale nel sistema.

D) In riferimento alle modalità di accesso alla Corte, e a conferma di come la riflessione di Kelsen tenda a contemplare ogni ipotesi possibile, conformemente ai postulati del sistema, va infine ricordata la possibilità - che l'Autore auspica - che il Tribunale possa essere investito di una questione di costituzionalità da parte di una minoranza parlamentare. A testimonianza del fatto che si tratta di tematiche che ancora si agitano nel nostro dibattito costituzionale, anche in una prospettiva *de jure condendo*, pare interessante osservare che la riforma costituzionale del 2016 prevedeva tale tipologia di accesso in relazione alla possibilità di sottoporre alla Corte costituzionale le leggi elettorali<sup>37</sup>. Si tratta di un tipico caso - quello delle leggi elettorali - nel quale, nel nostro sistema, si tende a delimitare una zona franca rispetto al sindacato di costituzionalità (ora per vero attenuata dopo l'apertura dimostrata dalla Corte con la [sentenza n. 1 del 2014](#)). Anche a prescindere dalla proposta di riforma costituzionale del 2016, potrebbe trattarsi in ogni caso di una modalità di accesso da esplorare ulteriormente anche nella prospettiva di ridurre le zone franche o le zone d'ombra del nostro sistema di controllo della costituzionalità delle leggi. È però vero che tale forma di controllo potrebbe avvenire solo *a priori*, con tutti i problemi che tale tipo di giudizio può portare con sé, come l'esperienza francese eloquentemente dimostra.

E) Venendo ai profili inerenti al “procedimento” in senso stretto, si può iniziare dall'insistenza di Kelsen sulla necessità di assicurare, nel contesto del processo di costituzionalità, il principio di pubblicità e di oralità del procedimento. Si tratta di un dato molto rilevante, da una parte, perché è conseguenza dell'oggetto del giudizio, la legge, che evoca l'idea di un interesse generale, che va al di là delle *parti* del processo strettamente intese e che solo la pubblica udienza garantisce<sup>38</sup>; dall'altra, poiché la pubblicità, come elemento consustanziale all'attività giurisdizionale, conferma - pur in via indiretta - che l'attività del giudice costituzionale ha più di un'assonanza con l'attività propriamente giurisdizionale.

F) Kelsen si sofferma, mettendo ancora l'accento sulla natura “processuale” dell'attività dell'organo di giustizia costituzionale, sull'identificazione delle parti che al giudizio di costituzionalità delle leggi hanno titolo per partecipare. Tra le diverse parti processuali enumerate è curioso osservare che per prima viene menzionata la stessa autorità da cui proviene la questione di costituzionalità, il giudice rimettente. Si tratta di un elemento mai troppo esplorato dalla dottrina ma che, *de iure condendo*, dovrebbe essere preso in seria considerazione, anche alla luce delle ricadute che ciò potrebbe avere anche in termini di economia processuale, nella misura in cui al giudice del processo principale potrebbe essere concessa la possibilità di sanare (almeno) alcune delle lacune che possono viziare l'atto introduttivo del giudizio, evitando pronunce di inammissibilità che finiscono solo per nuocere alla speditezza del processo. Riguardo alle altre parti, Kelsen fa riferimento al

---

<sup>36</sup> Quanto esposto spiega il motivo per cui la Corte costituzionale non è andata esente da critiche quando ha derogato al principio di “retroattività” delle sue pronunce, in definitiva ricavabile dall'art. 136 Cost., sulla base di ragioni nemmeno troppo convincenti: in questo senso Corte cost., [sent. 10 del 2015](#); da ultimo, Corte cost., [sent. 241 del 2021](#).

<sup>37</sup> Secondo l'art. 13 della proposta legge di revisione costituzionale (il riferimento è al testo approvato in data 14/04/2016), si prevedeva: «le leggi sono promulgate dal Presidente della Repubblica entro un mese dall'approvazione. Le leggi che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica possono essere sottoposte, prima della loro promulgazione, al giudizio preventivo di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale, su ricorso motivato presentato da almeno un quarto dei componenti della Camera dei deputati o da almeno un terzo dei componenti del Senato della Repubblica entro dieci giorni dall'approvazione della legge, prima dei quali la legge non può essere promulgata ». Quindi un giudizio di tipo principale, da una parte, e, dall'altra parte, di tipo preventivo, cioè da effettuare prima che la legge entri in vigore.

<sup>38</sup> H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 197.



“singolo che sia interessato alla controversia [...] che ha dato luogo al procedimento di controllo”: sembra quindi che non solo le parti del procedimento da cui la questione muove possano partecipare al giudizio ma che anche altre parti, che dimostrino di avere interesse, possano dispiegare intervento nel giudizio<sup>39</sup>.

G) Con riferimento alle decisioni di incostituzionalità pronunciate dal Giudice costituzionale, si precisa che esse determinano l’annullamento della legge, non la nullità di essa. Si tratta di un’alternativa che anche nel nostro dibattito dottrinale si era delineata anche se poi, come noto, è nettamente prevalsa la tesi dell’annullamento, come effetto tipico della pronuncia che accerta l’illegittimità della legge<sup>40</sup>. In questo contesto, l’Autore si sofferma a più riprese sugli effetti delle sentenze di accoglimento. Senza ritornare su aspetti già trattati, si può solo rimarcare come Kelsen riconosca una particolare utilità alla previsione, in certi sistemi peraltro ben conosciuta, della possibilità, da parte del tribunale costituzionale, di lasciare un certo lasso di tempo al legislatore al fine di provvedere per rimediare alla situazione di incostituzionalità, anche se è necessario che questo lasso di tempo non si prolunghi in maniera eccessiva. Del tutto consapevole del problema delle eventuali lacune conseguenti alle pronunce dell’organo di giustizia costituzionale, Kelsen ipotizza - e questo è un elemento di estrema attualità - che lo stesso organo possa “avere anche il potere di sostituire l’atto annullato con un atto regolare, cioè non solo il potere di annullare ma anche quello di riformare”, con ciò immaginando un intervento non solo “negativo” della Corte, ma di tipo sostanzialmente “additivo”<sup>41</sup>. Anche in questo caso, una soluzione tecnica ben lontana dall’idea che talvolta si è affermata di un certo modello “kelseniano” (o di una *vulgata* di esso).

##### 5. L’assetto più recente del nostro sistema di giustizia costituzionale e il lascito kelseniano

Ci si può ora cimentare nel tentativo di verificare quanto sia vivo e presente il lascito kelseniano con riguardo al sistema *quo utimur*. Quando si ragiona di sistemi di giustizia costituzionale, un ruolo decisivo assume la prassi, come già diverso tempo fa veniva suggerito da Alessandro Pizzorusso<sup>42</sup>. Il sistema italiano di giustizia costituzionale contiene diversi elementi di diffusione del giudizio, tra cui spicca l’obbligo di interpretazione adeguatrice. Si tratta di un tentativo che il giudice comune è chiamato a compiere, come la Corte costituzionale ha lasciato intendere sin dalle sue prime pronunce. Basti ricordare la [sentenza n. 8 del 1956](#), che costituisce il primo esempio di sentenza di rigetto interpretativa. La Corte ha sin dai primi anni di attività incentivato una simile interpretazione sino a che, dalla fine degli anni ’90, il tentativo di interpretazione adeguatrice è stato assunto dalla giurisprudenza a requisito della stessa ammissibilità della *quaestio*. Con la [sentenza n. 356 del 1996](#) la Corte ha precisato che “le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice decida di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali”: la Corte comincia dunque a dichiarare inammissibili le questioni di costituzionalità quando il giudice non abbia esperito un tentativo di interpretazione conforme a Costituzione<sup>43</sup>. Una lettura sempre più rigorosa di questo requisito ha portato anche a disfunzioni

---

<sup>39</sup> Se si pone mente all’*iter* faticoso che ha portato la nostra Corte costituzionale ad ammettere l’intervento di terzi non costituiti nel giudizio principale, si può constatare come tale possibilità fosse stata invece chiaramente presa in considerazione dal nostro Autore (H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 197).

<sup>40</sup> Nel senso della nullità si era espresso V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, 514 ss. Sul punto, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 389 ss.

<sup>41</sup> H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 199.

<sup>42</sup> A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, 521 ss.

<sup>43</sup> Corte cost., [sent. n. 356 del 1996](#). Come il Presidente della Corte osservò in sede di conferenza stampa annuale della Corte, si tratta di un orientamento che si basa sulla “centralità dell’interpretazione conforme alla Costituzione come compito dei giudici”: G. ZAGREBELSKY, [La giustizia costituzionale nel 2003](#).

rischiando di rendere difficoltoso l'accesso alla Corte. Si tratta di un orientamento che è stato oggetto di rivisitazione negli anni più recenti, con il risultato di agevolare l'accesso alla Corte e di favorire la possibilità della stessa di pronunciarsi nel *merito* delle questioni, in tal modo rispondendo alla sua ragione d'essere più profonda ed attenuando uno degli indici di "diffusione" del nostro sistema di controllo<sup>44</sup>.

Sul versante dei rapporti con il legislatore, si può ricordare che negli anni passati il Giudice delle leggi ha esercitato un certo grado di *self restraint*, evitando di erodere oltre una certa misura la discrezionalità del legislatore<sup>45</sup>. In questa prospettiva trova spiegazione il consistente filone della giurisprudenza costituzionale cosiddetta "monitoria", particolarmente nutrito tra gli anni ottanta e novanta, non essendo infrequenti pronunce di *incostituzionalità accertata ma non dichiarata*<sup>46</sup>. Con riferimento alle sentenze additive si era affermata la dottrina delle "rime obbligate"<sup>47</sup>. Si tratta di una dottrina volta a salvaguardare proprio la discrezionalità del Parlamento, anche a costo di giustificarne in qualche misura l'inerzia. Negli ultimi anni tale tendenza è stata in parte superata, anche se non del tutto abbandonata. In certi casi la Corte, in presenza di una pluralità di soluzioni utili a superare la situazione di incostituzionalità, adotta una pronuncia di accoglimento scegliendo una delle possibili soluzioni, pur riconoscendo che essa non si presenta come "costituzionalmente obbligata"<sup>48</sup>. In altri casi la Corte, consapevole delle complessità di un intervento additivo, continua a ripiegare su pronunce di inammissibilità<sup>49</sup>. In diverse circostanze si è dunque ritenuta sufficiente la presenza di una soluzione costituzionalmente *adeguata*, in luogo della necessità di una soluzione costituzionalmente *obbligata*<sup>50</sup>.

Rispetto al ruolo del legislatore non possono essere pretermesse quelle decisioni che, pur al cospetto di situazioni complesse, che nel passato sarebbero state con tutta probabilità considerate improponibili, hanno indotto a dare vita a un modulo procedimentale inedito, costituito da un accertamento di una situazione di incostituzionalità, di norma contenuto in un'ordinanza di rinvio dell'udienza a data fissa, adottata al fine di consentire al legislatore di intervenire secondo le direttrici indicate, e da una (eventuale) e successiva pronuncia di incostituzionalità<sup>51</sup>.

Tutti gli orientamenti descritti sono sintomatici di un processo di ri-accentramento delle funzioni della Corte costituzionale<sup>52</sup>. Del resto, questa tendenza a ricollocarsi in una posizione "centrale" nel

<sup>44</sup> Per una ricostruzione del cammino giurisprudenziale, cfr. G.P. DOLSO, *Interpretazione adeguatrice: itinerari giurisprudenziali e problemi aperti*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, IV, *Dei giudici e della giustizia costituzionale*, Napoli 2009, spec. 1349. Per un'ampia ricostruzione della problematica dell'interpretazione adeguatrice, si rinvia a M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX (2016), 467 ss. Sulla "svolta" della Corte si veda la puntuale ricostruzione di G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in questa *Rivista*, 2016/II, 293 ss. Una delle prime pronunce che ha segnato una certa discontinuità con il passato è stata la [sent. n. 221 del 2015](#).

<sup>45</sup> Per una recente e ragionata ricostruzione, si rinvia a R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra le garanzie dei diritti ed il rispetto del principio della separazione dei poteri*, in questa *Rivista*, 2023/III, 812 ss.

<sup>46</sup> Su questa giurisprudenza si veda il contributo monografico di L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Padova, 1987.

<sup>47</sup> V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. Cost.*, 1976, I, 1707.

<sup>48</sup> Uno dei primi esempi è costituito dalla [sentenza della Corte costituzionale n. 40 del 2019](#).

<sup>49</sup> Emblematica in questo senso la [sentenza n. 22 del 2022 della Corte costituzionale](#).

<sup>50</sup> Tra gli altri, G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Diritto costituzionale in trasformazione*, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, III - *Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale*, Genova, 2020, 1563.

<sup>51</sup> Si tratta di una eventualità che si è realizzata a partire dal cosiddetto caso Cappato: ([ord. 207/2018](#), [sent. 242/2019](#)); ma anche in seguito il medesimo schema è stato dalla Corte adottato nel caso del "carcere per i giornalisti" ([ord. 132/2020](#); [sent. 150/2021](#)) e infine con riguardo all'ergastolo ostativo ([ord. 97/2021](#)).

<sup>52</sup> Sul punto si veda, anche per ulteriori riferimenti di dottrina, il ricco contributo di G. REPETTO, *Il giudizio accentrato di costituzionalità in Italia e le sue (reali o supposte) matrici kelseniane. Spunti per la lettura della più recente giurisprudenza costituzionale*, in G.P. Dolso, D. Rossi (a cura di), *1920-2020. Un secolo di giustizia costituzionale*, cit., 181 ss. Sul punto, v. anche i contributi contenuti nei volumi di G. Campanelli, G. Famiglietti, R. Romboli (a cura di), *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, Napoli, 2020 e di B. Caravita, (a cura di), *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, Torino, 2021. È significativo notare che meno di vent'anni prima, a testimonianza di un andamento in qualche misura pendolare che la nostra Corte,

sistema da parte della Corte conosce anche ulteriori manifestazioni: basti pensare all'orientamento relativo all'utilizzo della Carta europea dei diritti fondamentali e alla pratica del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte della Corte costituzionale. Le declinazioni del ri-accentramento possano essere varie. Da una parte si può ragionare di un “*aumento di poteri in capo alla Corte costituzionale nell'esercizio delle proprie funzioni, con conseguente ampliamento della sua incidenza nel sistema*”; dall'altra parte il ri-accentramento ha anche un significato più tecnico rinviando ai modelli di giustizia costituzionale soprattutto con riguardo al riparto di compiti tra giudici e Corte costituzionale<sup>53</sup>.

Non è escludere che “vi possano essere anche ulteriori direttrici lungo le quali cogliere le direzioni di sviluppo di questo processo, a seconda che di esso si vogliano valorizzare, di volta in volta e secondo un gradiente progressivo di generalità, gli aspetti più direttamente attinenti al processo costituzionale (ad es. la crescente propensione della Corte a entrare nel merito delle questioni, limitando così le pronunce di inammissibilità), all'aumentare dell'efficacia conformativa delle sue decisioni, al di là dell'alternativa rigetto/accoglimento (moniti, sentenze manipolative, differimento degli effetti temporali) e, da ultimo, al tentativo di attribuire alla sua azione complessiva un grado più alto possibile di legittimazione (si pensi, su questo fronte, alle più recenti modifiche delle norme integrative e all'apertura del giudizio di costituzionalità agli apporti degli *amici curiae* e degli esperti)”<sup>54</sup>. Tutto ciò lascia intendere la molteplicità dei profili dai quali un sistema di giustizia costituzionale può essere riguardato, secondo molteplici angoli prospettici

Si può osservare che diverse delle evoluzioni che il nostro sistema ha registrato conducono a enfatizzare la natura accentrata del nostro sistema di controllo di costituzionalità delle leggi. Almeno in questo momento, storico si può ben dire che la Corte costituzionale ha ri-guadagnato spazi che in qualche misura aveva perso. Il modello di giustizia costituzionale *quo utimur* sembra essere dunque coerente con i postulati del sistema kelseniano, per definizione accentrato: è una considerazione che va svolta sempre *rebus sic stantibus*, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza, dato, questo, da cui non si può ovviamente prescindere in sede di ricostruzione di un “modello” che non è mai connotato da stabilità ma che è sempre *in divenire*<sup>55</sup>. Sembra poi difficile non riconoscere che a tale ri-accentramento del sindacato di costituzionalità corrisponda anche un maggiore peso della Corte nel nostro sistema complessivo, potendo la Corte pronunciarsi su questioni che per l'innanzi venivano decise da altri livelli di giurisdizione e potendo ora la Corte dialogare anche direttamente con la Corte di giustizia, secondo un auspicio del resto diffuso in dottrina<sup>56</sup>.

La ricognizione dei profili di interesse del pensiero kelseniano in tema di giustizia costituzionale è certamente parziale. In questa sede ci si è limitati a rimarcare come la riflessione del grande giurista in materia si offra allo studioso contemporaneo come uno straordinario laboratorio che rimanda ad una gamma molto ampia di ipotesi, di proposte e di suggestioni che ancora oggi sono essenziali per sviluppare un discorso sulla giustizia costituzionale, sulle sue radici e sulle sue prospettive<sup>57</sup>.

Oltre alle considerazioni appena svolte si può constatare come il pensiero degli Autori del passato risulti talvolta molto più ricco e sfaccettato di quanto non lasci trapelare la dottrina giuridica. Le

---

come del resto altri organi di giustizia costituzionale, esibisce, era stato pubblicato un volume di E. MALFATTI, R. ROMBOLI, G. ROSSI, dal titolo: *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?* Torino, 2002.

<sup>53</sup> Così R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra “momenti di accentramento” e “di diffusione”*, in G. Campanelli, G. Famiglietti, R. Romboli (a cura di), *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, cit., 2.

<sup>54</sup> G. REPETTO, *Il giudizio accentrato di costituzionalità in Italia e le sue (reali o supposte) matrici kelseniane*, cit., 182.

<sup>55</sup> Si tratta di un approccio sotteso al contributo di G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, spec. 307 ss.

<sup>56</sup> Sul “dialogo” tra le Corti, non si può non rinviare ad A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Il diritto dell'unione europea*, 2007, 3, 734 ss. Con prospettiva più ampia cfr. anche il contributo di G. de VERGOTTINI, *Oltre al dialogo tra le Corti*, Bologna, 2010.

<sup>57</sup> Del pensiero di Kelsen, del resto, si è tenuto conto, da parte di un'acuta dottrina, quando ci si è cimentati nel tentativo di andare alla radice dei fondamenti del nostro sistema di giustizia costituzionale e della legittimazione della Corte costituzionale: il riferimento è a C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., spec. 131 ss.

ricostruzioni degli studiosi, in altre parole, sono a volte parziali, ad esempio perché limitate ad un certo istituto o ad un segmento di esso, o condizionate da una certa prospettiva. Riprendere la riflessione kelseniana sulla giustizia costituzionale nel suo insieme ci consegna anche indicazioni di metodo molto rilevanti. Nel saggio in esame si intrecciano tanti fili rossi del diritto costituzionale. Se l'*incipit* del contributo muove da un quadro storico, legato alla evoluzione delle forme di governo, nel corso del lavoro l'attenzione alle fonti del diritto è costante e prodiga di indicazioni dense di significato. Una spiccata attenzione è dedicata al diritto sovranazionale, con un approccio che certamente anticipa alcune tendenze sistemiche che troveranno accoglimento solo con il passare del tempo. Molto stimolanti si rivelano anche i passaggi che coinvolgono profili di teoria generale del diritto, come ad esempio l'interpretazione del diritto, il contenuto delle Costituzioni, la qualificazione degli atti giuridici. La giustizia costituzionale, infine, non viene certo ridotta ad illustrazione di *un* modello, ma viene fatta oggetto di una riflessione a tutto tondo, che ne svela potenzialità e limiti, illuminandone l'intima funzione, profondamente legata alla soddisfazione di istanze di garanzia. Nella cornice della giustizia costituzionale trapela una spiccata sensibilità nei confronti di dati "di sistema", in particolare relativi ai confini del sindacato di costituzionalità delle leggi e alle problematiche interazioni tra sistemi di giustizia costituzionale e potere legislativo. Nel contesto di questo approccio, gli spunti di innovazione, tesi appunto non solo a illuminare i problemi, ma a fornire ipotesi di soluzioni, costituiscono un tratto caratteristico dell'esposizione kelseniana, di modo che il saggio rivela la sua utilità e attualità, oltre che in chiave conoscitiva, in una prospettiva di evoluzione e sviluppo dei modelli di giustizia costituzionale *de jure condendo*.

Eleonora Santoro

**Siamo alle porte della quarta “incostituzionalità prospettata”? Qualche osservazione in attesa della decisione sull’ordinanza di rimessione n. 5 del 2023\***

**ABSTRACT:** *Waiting for the Constitutional Court to rule on the constitutionality of the art. 18 of the law no. 354/1975 (which prevents the inmate from carrying out intimate conversations, even of sexual nature, requiring visual control by the custodial staff), the paper wants to analyze the discussion during the public hearing that took place on December 5th. The aim is to underline few aspects which could be important for the Court's choice of the decision technique.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’ordinanza di rimessione del Magistrato di sorveglianza di Spoleto. – 2.1. Il precedente: l’inammissibilità dichiarata con la sentenza n. 301 del 2012. – 2.2. Il mutato quadro normativo di riferimento. – 3. La discussione in udienza pubblica. – 3.1. Due evidenti preoccupazioni: sicurezza e fondi. – 4. L’incostituzionalità prospettata come prognosi plausibile?

1. *Premessa*

Il 5 dicembre 2023 si è svolta l’attesissima udienza pubblica in cui è stata discussa davanti alla Corte costituzionale l’ordinanza n. 5 del 2023 sul diritto all’affettività-sessualità dei detenuti.

In questa sede, non si ricostruirà il tema della configurabilità di un diritto inviolabile del detenuto all’affettività e alla sessualità intramuraria<sup>1</sup>, ma si rivolgerà l’attenzione alla discussione avvenuta in sede processuale, la quale potrebbe essere rivelatrice dell’importanza di alcune tematiche nella scelta dello strumento processuale di decisione ad opera del Giudice delle leggi.

Ad ogni modo, non può pretermettersi l’errata impostazione della questione in sede di dibattito pubblico (e non solo, purtroppo) nei termini banalizzanti di “diritto a fare sesso in carcere”, con la vulgata delle “celle a luci rosse” e delle carceri trasformate in postriboli. Infatti, quel che viene in rilievo nelle questioni di legittimità costituzionale sottoposte all’attenzione della Corte è, piuttosto, il diritto della persona detenuta allo svolgimento di colloqui intimi, *anche* a carattere sessuale. L’intimità affettiva, invero, si declina in numerose forme.

2. *L’ordinanza di rimessione del Magistrato di sorveglianza di Spoleto*

Nell’ambito di un procedimento per reclamo *ex art. 35-bis*, o.p., proposto da un detenuto presso la Casa circondariale di Terni, che si doleva del divieto oppostogli dall’amministrazione penitenziaria circa lo svolgimento di colloqui intimi e riservati con la compagna e la figlia in tenera età, il Magistrato di sorveglianza di Spoleto, con ordinanza del 12 gennaio 2023<sup>2</sup>, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 18 della legge 26 luglio 1975, n. 354, «nella parte in cui non prevede che alla persona detenuta sia consentito, quando non ostino ragioni di sicurezza, di svolgere colloqui intimi, anche a carattere sessuale, con la persona convivente non detenuta, senza che sia imposto il controllo a vista da parte del personale di custodia», in riferimento agli artt. 2, 3, 13, comma 1 e comma 4, 27, comma 3, 29, 30, 31, 32 e 117, comma 1, Cost., quest’ultimo in relazione agli artt. 3 e 8 CEDU.



<sup>1</sup> Sul punto si veda S. TALINI, *L’affettività ristretta*, in M. Ruotolo e S. Talini (curr.) *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2019, vol. II, 246 ss.

<sup>2</sup> In [G.U. 1a Serie Speciale - n. 6 del 8-2-2023](#). A commento dell’ordinanza, cfr. F. MARTIN, *Carcere e sessualità: nuovi spiragli costituzionali*, in [Giurisprudenza Penale Web](#), n. 1 del 2023; S. TALINI, *Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria?* in [Sistema Penale](#), n. 3 del 2023, 33 ss.; S. ANASTASIA, S. GRIECO, *Una nuova questione sul diritto alla sessualità in carcere*, in [Giustizia Insieme](#), 29 marzo 2023; A. MENGHINI, *Affettività e sessualità in carcere: una questione di dignità*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 9 del 2023, 1190 ss.

La previsione del controllo a vista inserita nell'art. 18 o.p. impedirebbe, infatti, l'esercizio del diritto inviolabile del detenuto all'affettività e alla sessualità, operando una compressione ulteriore della libertà personale, irragionevole perché non giustificata da esigenze di sicurezza, con pregiudizio inoltre della salute psicofisica del ristretto e della serenità delle sue relazioni familiari, nonché in contrasto con il senso di umanità e la finalità rieducativa della pena, in tal modo risolvendosi in un trattamento inumano e degradante, lesivo del diritto di ogni individuo al rispetto della propria vita privata e familiare.

Il controllo visivo, pertanto, si tradurrebbe in un divieto implicito all'esercizio dell'affettività-sessualità col proprio partner nel contesto detentivo, sollevando così plurimi dubbi di costituzionalità persuasivamente argomentati dal Magistrato di sorveglianza: *i)* il divieto di colloqui intimi lederebbe il «diritto alla libera espressione della propria affettività, anche mediante i rapporti sessuali, quale diritto inviolabile riconosciuto e garantito, secondo il disposto dell'art. 2 Cost.»; *ii)* l'astinenza dai rapporti sessuali determinerebbe, di fatto, un'ingiustificata compressione aggiuntiva della libertà personale (intesa come disponibilità del proprio corpo) garantita dall'art. 13, comma 1, Cost. generando un *surplus* di sofferenza, rispetto a quella legittimamente derivante dallo stato detentivo, non sempre giustificato da ragioni di sicurezza; *iii)* sarebbe violato l'art. 13, comma 4, Cost., poiché il divieto assoluto di assecondare una normale sessualità si risolverebbe in una violenza fisica e morale sulla persona ristretta, espressamente vietata dalla Carta costituzionale; *iv)* la disposizione violerebbe gli artt. 29, 30 e 31 Cost., a tutela delle relazioni familiari, logorando i rapporti di coppia, anche a danno della serenità dei figli, e pregiudicando la «possibilità di accedere alla genitorialità» ove desiderata; *v)* l'astinenza sessuale coatta e prolungata darebbe luogo a potenziali danni alla salute psicofisica del detenuto, in contrasto con la tutela della salute di cui all'art. 32 Cost.; *vi)* il divieto di colloqui intimi risulterebbe ostativo alla finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost.; *vii)* la coattiva privazione dell'affettività violerebbe anche l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 3 e 8 CEDU, in quanto sfocerebbe in un trattamento inumano e degradante e lederebbe il diritto del detenuto al rispetto della propria vita privata e familiare<sup>3</sup>; *viii)* da ultimo, sarebbe violato l'art. 3 Cost., in primo luogo, sotto il profilo della ragionevolezza, in quanto il divieto di incontri intimi è indiscriminato e non riferito a particolari esigenze di sicurezza, in secondo luogo, con riguardo alla disparità di trattamento rispetto all'ordinamento penitenziario minorile, dato che l'art. 19 del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121 ha previsto – soltanto per l'esecuzione minorile – la riproduzione di ambienti di tipo domestico ove svolgere visite prolungate a tutela dell'affettività.

### 2.1. *Il precedente: l'inammissibilità dichiarata con la [sentenza n. 301 del 2012](#)*

Questioni parzialmente analoghe alle odierne, sono già state dichiarate inammissibili dalla Corte costituzionale con la [sentenza n. 301 del 2012](#) e di questo è ben consapevole il *giudice a quo*, che argomenta scrupolosamente sul punto.

Si tratta di una decisione di inammissibilità con monito pronunciata ormai una decade fa, in cui la Corte esplicitamente richiama l'attenzione del legislatore, anche alla luce delle indicazioni

---

<sup>3</sup> È utile sottolineare che i giudici di Strasburgo (Corte EDU, 20 aprile 2003, *Aliev c. Ucraina* e Corte EDU, 4 dicembre 2007, *Dickson c. Regno Unito*), pur esprimendo un apprezzamento verso gli ordinamenti nazionali propensi al riconoscimento del diritto all'affettività-sessualità, hanno escluso che la CEDU – segnatamente gli artt. 8 e 12 – contenga una prescrizione inderogabile in tal senso. Tuttavia, più di recente, gli stessi giudici hanno affermato (Corte EDU, 30 giugno 2015, *Khoroshenko c. Russia*; Corte EDU, Grande Camera, 4 aprile 2018, *Correira De Matos c. Portogallo*) che sussistono in capo agli Stati membri delle “*positive obligations*”, discendenti proprio dall'art. 8 CEDU; le autorità statali, infatti, devono fornire ai detenuti una realistica opportunità di esercizio del diritto alle *family visits*. Cfr. in argomento S. GRIECO, *Il diritto all'affettività delle persone recluse*, Napoli, 2022, 9-13. Per un'analisi più dettagliata della giurisprudenza CEDU, si può vedere M. E. SALERNO, *Affettività in carcere e diritto alle visite familiari. A Strasburgo, tra affermazioni di principio e tutela effettiva*, in [Giurisprudenza Penale Web](#), n. 2-bis del 2019; L. RE, S. CIOFFOLETTI, *La pena rimossa. Detenzione e diniego della sessualità nelle carceri italiane*, in C. BOTRUGNO e G. CAPUTO, *Vulnerabilità, carcere e nuove tecnologie Prospettive di ricerca sul diritto alla salute*, 2020, 78.

provenienti dagli atti sovranazionali e dell'esperienza comparatistica<sup>4</sup>, affermando che costituisce «una esigenza reale e fortemente avvertita [...] quella di permettere alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale di continuare ad avere relazioni affettive intime, anche a carattere sessuale: esigenza che trova attualmente, nel nostro ordinamento, una risposta solo parziale. [...]».

In quell'occasione, le questioni erano state sollevate dal Magistrato di Sorveglianza di Firenze, sempre con riguardo all'art. 18 o.p., soltanto con riferimento a parametri interni, nello specifico gli artt. 2, 3, 27, comma 3, 29, 31 e 32 Cost.

L'inammissibilità fu rilevata per due distinte e concorrenti ragioni: da un lato, per difetto di rilevanza, derivante dall'omessa descrizione della fattispecie da parte del giudice *a quo*, dall'altro, per la formulazione del *petitum*, attinente all'inciso riguardante il controllo a vista sui colloqui dei detenuti, che anche nell'ipotesi dell'accoglimento, sarebbe stato inidoneo al raggiungimento dello scopo di consentire lo svolgimento di colloqui intimi. Su quest'ultimo aspetto la Corte giudicava «evidente come un intervento puramente e semplicemente ablativo della previsione del controllo visivo sui colloqui – quale quello in apparenza richiesto dal giudice a quo, alla luce della formulazione letterale del *petitum* – si [sarebbe rivelato], per un verso, eccedente lo scopo perseguito e, per altro verso, insufficiente a realizzarlo»<sup>5</sup>. Invero – argomentava la Corte – «il controllo a vista del personale di custodia non mira, in effetti, ad impedire in modo specifico ed esclusivo i rapporti affettivi intimi tra il recluso e il suo “partner”, ma persegue finalità generali di tutela dell'ordine e della sicurezza all'interno degli istituti penitenziari e di prevenzione dei reati», e «l'ostacolo all'esplicazione del “diritto alla sessualità” ne costituisce solo una delle conseguenze indirette»<sup>6</sup>. La necessità di rimuovere questa conseguenza non avrebbe giustificato pertanto la rimozione di ogni forma di sorveglianza sulla generalità dei colloqui. Al tempo stesso, proseguiva la sentenza, «l'eliminazione del controllo visivo non basterebbe comunque, di per sé, a realizzare l'obiettivo perseguito, dovendo necessariamente accedere ad una disciplina che stabilisca termini e modalità di esplicazione del diritto di cui si discute: in particolare, occorrerebbe individuare i relativi destinatari, interni ed esterni, definire i presupposti comportamentali per la concessione delle “visite intime”, fissare il loro numero e la loro durata, determinare le misure organizzative». Tutte queste operazioni «implicano, all'evidenza, scelte discrezionali, di esclusiva spettanza del legislatore: e ciò, anche a fronte della ineludibile necessità di bilanciare il diritto evocato con esigenze contrapposte, in particolare con quelle legate all'ordine e alla sicurezza nelle carceri e, *amplius*, all'ordine e alla sicurezza pubblica»<sup>7</sup>.

La Corte non ritenne neppure adeguato emettere una additiva di principio, in quanto una pronuncia di tal genere sarebbe risultata espressiva di una scelta di fondo, nello specifico con riguardo al tipo di

---

<sup>4</sup> Solo guardando all'Europa, si può accennare a quanto avviene in Francia, Spagna e Germania. Nell'ordinamento francese, dopo alcuni anni di sperimentazione amministrativa, l'art. 36 della legge 24 novembre 2009, n. 1436 (*loi pénitentiaire*) ha previsto in via generale unità di vita familiare e parlatori familiari (*parloirs familiaux*), collocati all'interno delle carceri e suscettibili di accogliere qualsiasi detenuto. I parlatori, previsti all'art. R341-15, sono «locali specificamente concepiti per consentire ai detenuti di ricevere, senza sorveglianza continua e diretta, visite dei membri maggiorenni della loro famiglia o di parenti maggiorenni accompagnati, all'occorrenza, da uno o più figli minorenni, per una durata massima di sei ore nel corso della parte diurna della giornata». L'art. R341-16, invece, contiene una disciplina delle unità di vita familiare, definite come ambienti «specificamente concepiti per consentire ai detenuti di ricevere, senza sorveglianza continua e diretta, visite di membri maggiorenni della loro famiglia o di persone vicine (*proches*) maggiorenni accompagnati, all'occorrenza, da uno o più figli minorenni, per una durata compresa fra sei ore e settantadue ore». È facile notare come entrambi gli istituti non prevedano un controllo a vista da parte del personale di custodia. In Spagna, l'art. 45, co. 4, del regolamento penitenziario (regio decreto 9 febbraio 1996, n. 190) dispone che possono essere autorizzate *comunicaciones intimas*, previa richiesta del detenuto, almeno una volta al mese, di durata compresa fra una e tre ore, salvo che ciò non sia possibile per motivi di ordine o di sicurezza del carcere. In Germania, da ultimo, la legislazione penitenziaria della maggior parte dei *Länder* consente ai detenuti in possesso di determinati requisiti (es. buona condotta, periodo minimo di pena già scontata) di beneficiare di “visite di lunga durata” (*Langzeitbesuche*), appositamente concepite per permettere ai detenuti di trascorrere del tempo in intimità con il proprio partner, tant'è che non sono sottoposte a sorveglianza e avvengono solitamente in locali posti all'ingresso dell'istituto, arredati come ordinari appartamenti.

<sup>5</sup> Corte cost., [sentenza n. 301 del 2012](#), punto 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

rapporto affettivo da considerare valevole per l'accesso all'istituto, che nella prospettiva del Magistrato di sorveglianza di Firenze avrebbe dovuto essere limitato al coniugio e alla convivenza *more uxorio*, ma che – chiariva la sentenza – «non solo non è l'unica [soluzione] ipotizzabile [...] ma non appare neppure coerente con larga parte dei parametri costituzionali evocati dallo stesso giudice a quo: talora “per eccesso”, talaltra “per difetto”»<sup>8</sup>. Orbene, questi molteplici motivi spinsero il Giudice delle leggi ad optare per una pronuncia di inammissibilità con forte valenza monitoria<sup>9</sup>.

Su entrambi i profili richiamati nella parte motiva di tale precedente, il Magistrato di Spoleto svolge opportune precisazioni a favore di un nuovo e diverso esame nel merito delle questioni di costituzionalità.

Per un verso, viene dettagliatamente descritta la rilevanza nel giudizio *a quo*, unitamente al regime carcerario del detenuto reclamante, nonché l'impossibilità nel caso di specie di ottenere permessi premio *ex art. 30-ter o.p.*, né tantomeno di accedere all'istituto del permesso per gravi motivi di cui all'art. 30 o.p., riservato a casi stringenti che non contemplano l'esercizio della sessualità (neanche per la consumazione del matrimonio celebrato in carcere<sup>10</sup>). Per altro verso, il giudice *a quo* rileva che sono trascorsi ormai dieci anni, un tempo particolarmente lungo, senza che il legislatore sia intervenuto ad una modifica della normativa penitenziaria sul punto. Al contrario – come si dirà più avanti – è rimasto totalmente inattuato il principio di delega inserito all'art. 1, comma 85, della legge delega 23 giugno 2017, n. 103 che, tra le altre cose, aveva richiesto l'elaborazione di una disciplina normativa che comportasse il riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e la regolamentazione delle condizioni generali per il suo esercizio.

L'argomento della protratta inerzia del legislatore (4 legislature e ben 8 governi di diverso colore politico), nell'adagio dell'ordinanza di rimessione, assume il carattere di elemento di novità rispetto alla questione di costituzionalità del 2012 che, nell'ottica del superamento del limite della *political question* (art. 28, legge 11 marzo 1953, n. 87<sup>11</sup>), potrebbe condurre – come prefigurato dal Magistrato di Spoleto – a soluzioni diverse dall'inammissibilità: una pronuncia manipolativa a *rime possibili*<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Corte cost., [sentenza n. 301 del 2012](#), punto 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>9</sup> Hanno enfatizzato l'aspetto monitorio della pronuncia la maggior parte dei commentatori: S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 2 del 2015, § 4; M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in [Rivista AIC](#), n. 3 del 2016, 30; A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, in [Giurisprudenza Penale Web](#), n. 2-bis del 2019, 7. Per una voce (più rara) maggiormente incline a difendere la discrezionalità del legislatore cfr. V. FINOCCHIARO, *Sul preteso diritto dei detenuti alla sessualità intra moenia*, in *Giust. Civ.*, n. 5-6 del 2013, 907 ss.

<sup>10</sup> Cfr. Cass. pen. Sez. I, 26 novembre 2008-24 dicembre 2008, n. 48165, che esclude che possa costituire motivo grave, ai fini della concessione del permesso, l'esigenza di trascorrere del tempo col coniuge al fine di consumare il matrimonio celebrato *intra moenia*.

<sup>11</sup> Sull'art. 28 della legge n. 87/1953, cfr. *ex multis*, M. S. GIANNINI, *L'illegittimità degli atti amministrativi e delle norme*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1954, 61; F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. Dir.*, X, 1962, 906; A. M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967, 7; C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, 224; M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, 147 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità del legislatore*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 71 ss.; M. Scudiero e S. Staiano (curr.), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli, 1999; A. Ruggeri e G. Silvestri (curr.), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000; A. SPERTI, *La discrezionalità del legislatore*, in R. Romboli (cur.), *L'accesso alla giustizia costituzionale: carattere, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 625 ss.; P. BIANCHI e A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Dir. e Soc.*, 2007, 1 ss.; P. COSTANZO, [Legislature e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività](#), in questa [Rivista](#), [Studi 2006](#), 1 ss.; E. ROSSI, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in R. Balduzzi, M. Cavino e J. Luther (curr.), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Torino, 2011, 333 ss. Più di recente si v. S. CASSESE, *Dentro la Corte*, Bologna, 2015, 64 ss., il quale aspramente sostiene che l'art. 28 esprime una norma «ingenua, superflua ed imprecisa, tutt'altro che perspicua, equivoca e contraddittoria, inopportuna e incostituzionale, aberrante, da considerare non scritta, priva di valore pratico».

<sup>12</sup> Il riferimento è al noto orientamento giurisprudenziale che pare aver trasformato la discrezionalità delle Camere da limite assoluto, che consentiva solo interventi – nell'insegnamento di Crisafulli – “a rime obbligate”, a limite relativo, che permette alla Corte di colmare l'omissione incostituzionale anche quando la soluzione non è direttamente e



(con lo sguardo all'ordinamento minorile), una incostituzionalità prospettata ma non dichiarata (tecnica già utilizzata dalla Corte in ambito penitenziario, nella vicenda dell'ergastolo ostativo<sup>13</sup>), oppure un'additiva di principio (che potrebbe essere coadiuvata nella prassi applicativa dalle circolari dell'amministrazione penitenziaria, nello specifico del D.A.P.).

## 2.2. *Il mutato quadro normativo di riferimento*

Il giudice rimettente, nelle questioni oggi all'esame della Corte costituzionale, censura l'art. 18 o.p. nel segmento che prevede il controllo a vista sui colloqui dei detenuti, attualmente collocato al terzo comma, primo periodo del citato articolo<sup>14</sup>.

Quest'ultimo è stato oggetto di modifica ad opera dell'art. 11, comma 1, lett. g), del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123<sup>15</sup>, che ha comportato alcune addizioni, in particolare la previsione secondo cui «*I locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto. Particolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici*» (corsivo aggiunto). A questa previsione, si aggiunge l'art. 61, comma 2, del d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230 che pare attribuire al direttore dell'istituto la possibilità, non solo di concedere colloqui ulteriori rispetto a quanto stabilito dall'art. 37 dello stesso d.p.r., ma soprattutto di «autorizzare la visita da parte delle persone ammesse ai colloqui, con il permesso di trascorrere parte della giornata insieme a loro in appositi locali o all'aperto e di consumare un pasto in compagnia, ferme restando le modalità previste dal secondo comma dell'articolo 18 della legge», ossia il controllo a vista.

Tuttavia, l'assolutezza di queste prescrizioni deve essere messa in dialettica con il principio del "minimo mezzo" previsto dall'art. 1 o.p., enunciato tra i principi direttivi del trattamento penitenziario, in virtù del quale «non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con l'esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina e, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari». Pur se a livello di *soft law*<sup>16</sup>, corroborano il principio anche le Regole Penitenziarie europee adottate nel 2006 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (e riviste nel 2020), ove si stabilisce che le visite dovrebbero consentire ai detenuti di sviluppare relazioni familiari «in as normal a manner as possible» (regola 24.4), nonché la più risalente Raccomandazione n. 1340(1997), sugli effetti sociali e familiari della detenzione, adottata dall'Assemblea generale il 22 settembre 1997, che invitava, già all'epoca, i legislatori nazionali a mettere a disposizione «luoghi in cui i detenuti possano incontrare le famiglie da soli» (art. 6).

Nell'ordinamento interno una disposizione esplicita sull'affettività intramuraria è stata introdotta solo di recente e soltanto per l'esecuzione penale minorile. Si tratta dell'art. 19 del d.lgs. n. 121/2018, rubricato «Colloqui e tutela dell'affettività», in base al quale: «Al fine di favorire le relazioni affettive, il detenuto può usufruire ogni mese di *quattro visite prolungate della durata non inferiore a quattro ore e non superiore a sei ore*» (comma 3); «Le visite prolungate si svolgono in *unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti*, organizzate per consentire la preparazione e la

---

immediatamente ricavabile dal tessuto della Costituzione. In questa sede non è possibile richiamare tutte le posizioni sul punto, pertanto, si v. per tutti, M. RUOTOLO, *Oltre le "rime obbligate"?* in [federalismi.it](https://www.federalismi.it), n. 3 del 2021, 54 ss., il quale richiama le principali decisioni appartenenti a tale filone giurisprudenziale.

<sup>13</sup> Sia consentito il richiamo, soprattutto a fini bibliografici, a A. CARDONE e E. SANTORO, *Ergastolo ostativo e problemi di legittimità costituzionale*, in [La Rivista "Gruppo di Pisa"](https://www.larivista.com), n. 2 del 2022, 88 ss., in part. nota 39 sulla tecnica decisoria.

<sup>14</sup> La prescrizione del controllo a vista è ribadita, inoltre, nell'art. 37, co. 5, ultimo periodo, del d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 (regolamento esecutivo o. p.).

<sup>15</sup> Per un commento complessivo alla riforma penitenziaria del 2018, cfr. P. Gonnella (cur.), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Torino, 2019.

<sup>16</sup> Sempre sul piano della *soft law*, cfr. anche Raccomandazione n. 2003/2188(INI), sui diritti dei detenuti nell'UE, adottata dal Parlamento europeo il 9 marzo 2004, che menziona specificamente, tra i diritti da riconoscere ai detenuti, tramite misure e luoghi appropriati, «le droit à une vie affective et sexuelle» (art. 1, lettera c).

consumazione di pasti e riprodurre, per quanto possibile, un *ambiente di tipo domestico*» (comma 4) (enfasi aggiunta).

Contrariamente, invece, per quanto concerne i detenuti adulti non è stato attuato il principio di delega di cui all'art. 1, comma 85, lettera n), della legge n. 103/2017 nonostante la proposta organica avanzata in merito dalla c.d. Commissione Giostra, incaricata di elaborare gli schemi di decreto legislativo. Difatti, la Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario proponeva di intervenire profondamente sull'art. 18 o.p., a partire già dalla rubrica («Colloqui, incontri intimi, corrispondenza e informazione»), proprio per chiarire da subito il necessario ampliamento del catalogo degli strumenti attraverso cui realizzare l'apparato delle relazioni del ristretto con il mondo esterno. Si prevedeva infatti l'introduzione dell'istituto degli «incontri intimi», attraverso l'aggiunta dei commi 3-*bis*, 3-*ter* e 3-*quater*<sup>17</sup>.

Il comma 3-*bis*, consentiva l'ammissione dei detenuti, esclusi quelli sottoposti al regime dell'art. 41-*bis*, comma 2, o.p. ad incontri periodici «di durata non inferiore alle tre ore consecutive, con il coniuge, con la parte dell'unione civile, con il convivente e con persone legate da continuativi rapporti affettivi desumibili anche dai colloqui e dalla corrispondenza, senza controllo visivo e auditivo, in locali idonei a consentire relazioni intime». Il comma 3-*ter* stabiliva che l'autorizzazione venisse concessa dal direttore, su richiesta dell'interessato, acquisite le necessarie informazioni, con precedenza per coloro che non possono coltivare la relazione affettiva fuori dall'istituto. Il comma 3-*quater* prevedeva, inoltre, la negazione dell'autorizzazione quando l'interessato tiene una «condotta tale da far temere comportamenti prevaricatori o violenti ovvero quando sussistono elementi concreti per ritenere che la richiesta abbia finalità diversa da quella di coltivare la relazione affettiva».

La finalità dell'inserimento di questo istituto, dunque, era proprio quella di riconoscere un diritto primario della persona ristretta e rispettarne la dignità, anche rendendo possibile l'esercizio della sessualità; per di più, gli incontri intimi non venivano riservati solo ai congiunti (legati da vincolo matrimoniale o uniti civilmente ai sensi della legge n. 76 del 2016) o ai conviventi, ma erano estesi anche alla persona legata al detenuto da una *affectio* tendenzialmente stabile. Inoltre, in modo molto lungimirante, il progetto, per evitare qualunque strumentalizzazione dell'istituto, prevedeva la negazione dell'autorizzazione nei casi in cui vi fossero elementi concreti tali da ritenere che la richiesta fosse finalizzata al perseguimento di uno scopo diverso (scambio di informazioni, passaggio di oggetti non consentiti) da quello di coltivare una relazione affettiva. Il direttore, assunte le informazioni ritenute necessarie, infatti, poteva in questi casi negare il colloquio, ferma restando la possibilità del reclamo giurisdizionale davanti al magistrato di sorveglianza.

È senz'altro eloquente, dunque, che questo progetto organico sia stato totalmente ignorato dal legislatore delegato, nonostante il precedente della [sentenza n. 301 del 2012](#).

Da ultimo, non sono mancati altri tentativi di riforma anche nel corso della XVIII legislatura, durante la quale sono stati presentati due disegni di legge in materia di tutela delle relazioni affettive intime delle persone detenute: d.d.l. A.S. n. 1876 (Toscana), d.d.l. A.S. n. 2543 (Lazio)<sup>18</sup>. Entrambe le proposte, *mutatis mutandis*, riconoscevano il diritto ad una visita al mese, della durata minima di 6 ore e massima di 24, da parte delle persone autorizzate ai colloqui col detenuto, da svolgersi in apposite unità abitative all'interno del carcere, senza controlli visivi e auditivi.

---

<sup>17</sup> In chiave sistematica, il progetto Giostra prevedeva anche l'inserimento di un comma 2, nell'art. 5 o.p. («Caratteristiche degli edifici penitenziari»), dal seguente tenore: «Negli istituti penitenziari devono essere realizzate aree esterne e locali idonei a consentire ai detenuti e agli internati di intrattenere relazioni affettive». È opportuno segnalare che, ancor più recentemente, la Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario (c.d. Commissione Ruotolo), istituita dal Ministero della Giustizia con d.m. 13 settembre 2021, ha espressamente richiamato la proposta elaborata dalla Commissione Giostra concernente l'introduzione degli «incontri intimi», ritenendola un'«opzione pienamente compatibile con gli indirizzi emersi nei lavori della Commissione, pur riferiti al miglioramento della quotidianità penitenziaria» (v. [Relazione finale](#), part. 9).

<sup>18</sup> Sui disegni di legge dei consigli regionali di Toscana e Lazio v. S. GRIECO, *Il diritto negato alla sessualità nel regime penitenziario italiano*, in [dirittifondamentali.it](#), n. 3 del 2023, 423 ss.

### 3. La discussione in udienza pubblica

Ricostruito il contesto in cui si inserisce il giudizio di legittimità costituzionale di nostro interesse, si intende ora rilevare alcuni profili venuti ad evidenza durante lo svolgimento del processo.

Nell'ambito del giudizio all'attenzione della Corte costituzionale è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, chiedendo che le questioni fossero dichiarate inammissibili, in ossequio al rispetto della discrezionalità del legislatore; si è costituita la parte (detenuta) del giudizio *a quo*, sollecitando l'accoglimento delle questioni, ed ha presentato, infine, un'opinione scritta<sup>19</sup>, in qualità di *amicus curiae*, l'Associazione Antigone, insistendo per l'accoglimento della *quaestio* e rimarcando che il diritto oggetto del giudizio non avrebbe potuto essere sacrificato senza alcun margine di apprezzamento in concreto da parte della magistratura di sorveglianza, né essere legato alla logica premiale.

Durante l'udienza pubblica, il giudice relatore Petitti ha invitato l'Avvocatura dello Stato a rispondere al quesito ad essa rivolto (a norma dell'art. 10, comma 3, delle N.I.) in data 27 novembre 2023, con cui, alla luce dell'art. 1, comma 2, lett. g), punto 1), del d.l. 6 maggio 2021, n. 59, conv., con modif., nella l. 1° luglio 2021, n. 101, si era chiesto di sapere: *i*) se tra gli interventi di costruzione e miglioramento di padiglioni e spazi per strutture penitenziarie, finanziati nell'ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza, sia prevista la creazione di locali eventualmente utilizzabili per l'esercizio, a normativa vigente, dell'affettività dei detenuti; *ii*) se, nell'ipotesi affermativa, questi locali siano previsti per i soli istituti minorili o anche per quelli degli adulti; *iii*) quale sia lo stato di attuazione dei progetti e quali i tempi programmati per l'ultimazione delle opere.

In ordine di intervento, gli avvocati della parte privata si sono soffermati sulla rilevanza dei precedenti della Corte, richiamando non soltanto la [sentenza n. 301 del 2012](#), ma anche la [sentenza n. 26 del 1999](#), che, in merito alla possibilità di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti, ha sottolineato che l'idea «che la restrizione della libertà personale possa comportare il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti. I diritti inviolabili dell'uomo, [...] trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale i limiti a essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione»<sup>20</sup>. Nell'ottica dei difensori, difatti, tale richiamo sarebbe stato teso a ricomprendere fra i diritti inviolabili dell'uomo anche il diritto all'affettività, in quanto legato alla condizione stessa di essere umano e, di conseguenza, non ricostruibile come diritto premiale. Gli stessi hanno sottolineato, inoltre, che l'orizzonte dell'intervento richiesto alla Corte costituzionale non era quello della creazione di un nuovo diritto fondamentale, ma semplicemente la rimozione di un ostacolo normativo generatore di una discriminazione derivante da una persistente omissione legislativa.

La difesa privata, prima di concludere per l'accoglimento delle questioni con una additiva di principio, ha richiamato l'[Appello sull'affettività nelle carceri](#) – lanciato il 22 novembre 2023 da “La Società della Ragione Associazione Luca Coscioni Onlus”, all'interno del quale viene sottolineata l'importanza strategica di un intervento della Corte<sup>21</sup>

L'Avvocatura dello Stato, nel suo intervento, ha risposto innanzitutto al precitato quesito sulla base degli elementi informativi forniti dal D.A.P. presso il Ministero della Giustizia. Quel che è emerso dal quadro rappresentato è che, nell'ambito degli interventi del P.N.R.R., è prevista la realizzazione di 8 padiglioni (che costituiscono l'ampliamento di istituti già esistenti e hanno una capienza detentiva ciascuno di 80 posti), al cui interno sono immaginati numerosi spazi per lo svolgimento di attività trattamentali in favore dei detenuti (lavoro, studio, formazione etc.). Allo stato, però, i colloqui, anche quelli eventualmente a carattere intimo, sono e saranno svolti in altre aree già esistenti negli istituti,

<sup>19</sup> Opinione ammessa con [decreto presidenziale del 19 ottobre 2023](#).

<sup>20</sup> Corte cost., [sentenza n. 26 del 1999](#), punto 3.1. del *Considerato in diritto*.

<sup>21</sup> L'estensore e primo firmatario del documento è stato Andrea Pugiotto e ad esso hanno aderito 126 persone, fra cui numerosi accademici

di cui i suddetti padiglioni costituiscono un ampliamento che, tra l'altro, in fase di progettazione non ha previsto in alcun modo la realizzazione di spazi destinati all'esercizio del diritto all'affettività (nemmeno per i consueti colloqui visivi). Si aggiunge, inoltre, che a normativa vigente, in ragione dei vincoli in sede europea, non è pensabile una riprogettazione per la costruzione di luoghi destinati allo svolgimento di colloqui intimi e, con riguardo allo stato di avanzamento dei progetti, l'Avvocatura riferisce che essi sono stati tutti avviati e che la loro conclusione è prevista entro il 2026.

Fornite queste fondamentali informazioni, l'Avvocatura dello Stato non ha contestato i principi evocati nell'ordinanza di rimessione, né la fondatezza della questione, ponendo invero solamente un problema di inammissibilità a tutela della discrezionalità legislativa, in ragione di un ineliminabile margine di apprezzamento politico e di insostituibilità dell'intervento del legislatore ai fini della precisazione, *in primis*, della sfera dei destinatari e, *in secundis*, delle modalità operative di svolgimento dei colloqui intimi. Infine, da parte della stessa Avvocatura, si è opinato che non si potesse fare riferimento, per colmare l'omissione legislativa, alla disciplina dell'esecuzione penale minorile, in quanto caratterizzata da oggettive peculiarità. Dunque, non celando il rammarico derivante dalla condivisione dei principi sottesi alla *quaestio*, ha concluso in favore dell'inammissibilità.

Una volta terminati gli interventi, il giudice costituzionale, prof. Luca Antonini, ha domandato ai difensori della parte privata se, data la prefigurazione del diritto all'affettività-sessualità come un diritto inviolabile<sup>22</sup>, sganciato dal sistema dei benefici penitenziari, si ritenesse tale diritto attribuibile anche ai detenuti per reati di cui all'art. 4-*bis*, o.p. Sul punto la risposta è stata nel senso che in linea di principio un diritto (se considerato tale) non può che essere astrattamente riconosciuto a tutta la popolazione detenuta, fermo restando che nulla impedirebbe di tenere conto del diverso regime detentivo del ristretto in ottica ostativa, non tanto al riconoscimento del diritto, ma al suo esercizio in concreto (come avviene per altri aspetti della vita penitenziaria, si pensi al possibile divieto di partecipare alle attività "sociali" dell'istituto).

### 3.1. Due evidenti preoccupazioni: sicurezza e fondi.

Dall'udienza pubblica, sono, dunque, emerse due preoccupazioni, una più concreta (l'assenza di fondi) dell'altra (le esigenze di sicurezza), che potrebbero orientare fortemente la scelta della tecnica decisoria e rivestire un ruolo importante in ambito motivazionale.

L'assenza di fondi pubblici è sicuramente l'aspetto che genera maggiori perplessità, in ragione della assenza di luoghi, all'interno dei penitenziari, ove eventualmente svolgere i riferiti incontri intimi; aspetto ancor più delicato se collegato alla generale assenza di spazi adeguati all'interno delle carceri e al progressivo aumento del sovraffollamento penitenziario negli ultimi anni<sup>23</sup>.

Dalla risposta fornita dall'amministrazione penitenziaria, si evince che, nell'ambito del P.N.R.R. – pur essendo state stanziati importanti risorse (complessivi 132,9 milioni di euro per gli anni 2022-2026) con destinazione al programma «Costruzione e miglioramento di padiglioni e spazi per strutture

---

<sup>22</sup> Sul diritto alla sessualità come diritto inviolabile cfr. Corte cost., [sentenza n. 561 del 1987](#), punto 2 del *Considerato in diritto*, ove si afferma che: «Essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporre liberamente è senza dubbio un *diritto soggettivo assoluto*, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed *inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana* che l'art. 2 Cost. impone di garantire» (corsivo aggiunto). Ritiene inappropriato il richiamo a tale precedente con riguardo all'esercizio della sessualità intramuraria, M.P. IADICICCO, *Detenzione e "nuovi" diritti. Il controverso inquadramento delle istanze connesse all'affettività e alla sessualità nell'esecuzione penale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 4 del 2022, 166. Più in generale sulla tutela dell'affettività nell'esecuzione penale v., *ex multis*, Corte cost., [sentenza n. 239 del 2014](#), [sentenza n. 76 del 2017](#), [sentenza n. 18 del 2020](#), [sentenza n. 105 del 2023](#).

<sup>23</sup> Cfr. ASSOCIAZIONE ANTIGONE, [XIX Rapporto sulle condizioni di detenzione](#), dove si legge che a fronte di una capienza ufficiale di 51.249 posti, i presenti nelle carceri italiane al 30 aprile 2023 erano 56.674 (le donne, 2.480, rappresentavano il 4,4% delle presenze; gli stranieri, 17.723, il 31,3%). Dal 30 aprile 2022, la capienza ufficiale è cresciuta dello 0,8%, mentre le presenze sono cresciute del 3,8%.

penitenziarie per adulti e minori» – nessuno degli interventi progettati ha come obiettivo la creazione di strutture per la tutela dell'affettività della persona ristretta. Allo stato attuale, dunque, i progetti di tal genere, come la casa dell'affettività M.A.M.A. di Rebibbia femminile<sup>24</sup> o le sperimentali stanze dell'affettività nella Casa di Reclusione di Opera a Milano, costituiscono delle mere eccezioni nel panorama penitenziario.

La progettazione, a livello nazionale – non pretermisibile affinché siano evitate discriminazioni territoriali nel godimento di un diritto – di edifici penitenziari dotati di aree esterne e locali idonei a consentire ai detenuti di intrattenere relazioni affettive intime richiederebbe, infatti, in primo luogo, dei fondi *ad hoc* all'interno del bilancio statale, da destinare appunto alla realizzazione di queste opere edilizie e, in secondo luogo, una lunga attesa, a livello di tempistiche, prima che esse vengano effettivamente realizzate e rese agibili. Nel frattempo, qualora la Corte intervenisse a colmare la lacuna incostituzionale e riconoscesse il diritto all'affettività-sessualità in capo alla popolazione detenuta, l'esercizio di tale diritto come potrebbe essere garantito dall'amministrazione penitenziaria?

Sembra fin troppo chiaro lo scenario che si verrebbe a creare, ovvero una caduta vertiginosa all'interno di quell'«effettività rinnegante»<sup>25</sup> in ambito penitenziario, alla quale si accompagnerebbe un effetto disfunzionale direttamente discendente dal riconoscimento della titolarità del diritto in capo al detenuto: la frustrazione del diritto all'esercizio intimo dell'affettività attribuirebbe consequenzialmente alla persona detenuta il diritto al risarcimento dei danni.

È stata la stessa Corte costituzionale, invero, a statuire, con la [sentenza n. 26 del 1999](#), che alle persone ristrette sia garantita la tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti fondamentali. Il sillogismo è oltremodo semplice: l'amministrazione penitenziaria, nella prassi organizzativa, non avrebbe la possibilità di far svolgere colloqui intimi, ledendo così un diritto fondamentale del detenuto, il quale sarebbe perciò titolato ad agire in giudizio, nel caso di specie, prima, con un reclamo giurisdizionale *ex art. 35-bis* o.p., poi con un'azione di risarcimento danni davanti al giudice civile. Si creerebbe una non trascurabile *impasse*, potenzialmente dannosa per le casse dello Stato.

L'altra preoccupazione emersa in udienza, invece, ruota attorno alle esigenze di sicurezza, in particolar modo con riguardo ai detenuti per reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* o.p. Tuttavia, questo secondo argomento sembra tradursi in un problema meramente apparente, dato che il riconoscimento in astratto di un diritto non impedisce che il suo esercizio venga limitato nel concreto per esigenze di sicurezza. Queste indicazioni provengono dalla stessa giurisprudenza costituzionale, che ha chiarito, già da tempo, che i diritti fondamentali del detenuto possono essere sacrificati, sia pure non in modo assoluto, solo ed esclusivamente per esigenze di sicurezza penitenziaria interna ed esterna. Infatti, il Giudice delle leggi ha assunto negli anni proprio un ruolo di protagonista nel bilanciamento fra esigenze securitarie e garanzia dei diritti inviolabili del detenuto<sup>26</sup>, chiarendo, per un verso, che «è principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca»<sup>27</sup> e, per altro verso, che al detenuto devono essere riconosciuti tutti i diritti spettanti alle persone libere che siano compatibili con l'esecuzione della pena detentiva<sup>28</sup>, con la conseguenza che eventuali limitazioni o soppressioni

---

<sup>24</sup> Progetto nato nell'ambito del [programma G124](#) dell'Architetto Renzo Piano con la collaborazione del D.A.P. e del Ministero della Giustizia. Si tratta di un fabbricato composto da soggiorno, angolo cottura, zona pranzo e servizi, immerso nel verde, di fianco ma fuori dal carcere. Per una descrizione del progetto M.A.M.A., ma anche di altre proposte progettuali concernenti la Casa Circondariale di Rebibbia femminile, v. F. Giofrè e P. Posocco (curr.), *Donne in carcere. Ricerche e progetti per Rebibbia*, Siracusa, 2020.

<sup>25</sup> F. BRICOLA, *Introduzione*, in AA VV., *Il carcere «riformato»*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 2 del 2015, 2.

<sup>26</sup> Sul bilanciamento tra diritti e sicurezza nel corso dell'esecuzione penale, cfr. S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018, ma anche A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, Bari, 2018.

<sup>27</sup> Cfr. Corte cost., [sentenza n. 114 del 1979](#), punto 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>28</sup> Cfr. Corte cost., [sentenza n. 349 del 1993](#), punto 4.2. del *Considerato in diritto*: «la garanzia della inviolabilità della libertà personale sancita dall'art. 13 della Costituzione, opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime

degli stessi possano giustificarsi solo in ragione di contrapposte esigenze di ordine e sicurezza che siano espressione di necessità puntuali, specifiche e determinate.

È evidente, dunque, che nell'ottica del riconoscimento del diritto all'affettività e alla sessualità intramuraria, sia possibile per l'amministrazione penitenziaria (e per la magistratura di sorveglianza) limitare l'esercizio del diritto qualora siano prevalenti esigenze di sicurezza tese ad evitare che l'istituto sia distorto in favore di finalità diverse dalla tutela dell'affettività.

#### 4. *L'incostituzionalità prospettata come prognosi plausibile?*

Alla luce di queste considerazioni, sembra desumersi che le difficoltà della Corte siano legate non tanto al riconoscimento del diritto, ma alle problematiche inerenti al profilo organizzativo che metterebbero in serie difficoltà l'amministrazione. Difatti, se è certamente vero che l'aspetto amministrativo dovrebbe muoversi in funzione della garanzia del diritto e non viceversa, non possono ignorarsi gli aspetti pratici, particolarmente dirimpenti, che conseguirebbero all'accoglimento delle questioni di legittimità, senza un puntuale ed organico intervento del legislatore volto, da un lato, a disciplinare destinatari, modalità e tempi per l'esercizio del diritto, bilanciandolo con le esigenze di sicurezza, e, dall'altro, a progettare, con una dettagliata scansione dei tempi di esecuzione, le opere necessarie all'interno degli edifici penitenziari.

Appare senz'altro inconfutabile la massima per cui il profilo organizzativo non può prevalere sulla garanzia dei diritti, ma al tempo stesso, non sembra risolutivo, soprattutto dopo dieci anni, un intervento puramente additivo da parte della Corte costituzionale, né sulla scorta della tipologia decisoria legata alle rime possibili, né con un'additiva di principio<sup>29</sup>. Infatti, con riguardo alla prima, l'estensione della disciplina prevista per l'esecuzione penale minorile, intesa come soluzione costituzionalmente possibile ricavabile all'interno dell'ordinamento, non pare coerente in ragione delle evidenti peculiarità che circondano la fase esecutiva della pena per i minori e per i giovani adulti. Allo stesso modo, con riguardo alla seconda ipotesi, non sembra praticabile un'additiva di principio, che aprirebbe serie lacune a margine del principio aggiunto (modalità, tempi, ecc.), mettendo sotto *stress* l'amministrazione penitenziaria che si troverebbe a dover rigettare le richieste di visite intime dei detenuti, non essendo state costituite, mediante gli opportuni investimenti, le apposite strutture all'interno degli istituti penitenziari.

Altrettanto inopportuna sembra l'opzione di addivenire all'adozione di una ulteriore pronuncia di inammissibilità (di carattere sostanziale) per discrezionalità del legislatore, sulla falsariga di quanto accaduto nel [2012](#), poiché già all'epoca la Consulta chiese un intervento al legislatore che, nonostante il vento riformatore, è invece mancato per i detenuti adulti. Ad oggi, il quadro normativo di riferimento è ampiamente cambiato, sia per quanto concerne le relazioni qualificate della persona detenuta, sia per il riferimento privilegiato alla riservatezza dei colloqui con i familiari (art. 18, comma 3, o.p.), pertanto, non ricorrendo più l'assenza assoluta di riferimenti all'interno dell'ordinamento – argomento cardine della precedente pronuncia – una decisione di inammissibilità, nonostante l'eventuale monito più stringente, non pare replicabile.

La previsione plausibile, dunque, potrebbe essere quella di un'incostituzionalità prospettata ma non dichiarata, con un'ordinanza di rinvio a data certa della decisione. Una soluzione graduale, in due fasi, con cui si riconosca l'illegittimità della lacuna, ma si conceda un termine al legislatore per la predisposizione di una disciplina organica dell'istituto delle visite intime, nonché per il reperimento dei fondi necessari all'adeguamento delle strutture, in dialogo positivo soprattutto con l'amministrazione penitenziaria, direttamente investita dell'organizzazione logistica. In disparte il problema del possibile mutamento del Collegio decisionale, l'ordinanza di rinvio a data certa con

---

restrizioni della libertà personale durante la fase esecutiva della pena, *sia pure con le limitazioni che, com'è ovvio, lo stato di detenzione necessariamente comporta*» (enfasi aggiunta).

<sup>29</sup> Propendono, invece, per queste ipotesi decisorie S. ANASTASIA, S. GRIECO, *Una nuova quaestio*, cit., e S. TALINI, *Un passo decisivo*, cit., 45.

accertamento di incostituzionalità avrebbe l'inevitabile effetto di "mettere in *stand-by*" ulteriormente, e per un tempo non breve, un diritto riconosciuto come fondamentale, tuttavia, non sembrerebbe meno disfunzionale riconoscere un diritto che, per certo, non è esercitabile allo stato attuale.

Avrebbe probabilmente potuto essere diverso il ragionamento, qualora le informazioni fornite dall'Avvocatura dello Stato, con riguardo ai fondi del P.N.R.R. stanziati per gli anni 2022-2026, fossero state di differente tenore. Per converso, le ingenti risorse a disposizione risultano ormai destinate a progetti di miglioramento dei padiglioni e delle strutture penitenziarie, che, purtroppo, non prevedono la creazione di spazi a tutela dell'affettività.

L'aggancio con questi importanti progetti di costruzione potrebbe, tuttavia, essere di tipo temporale: la Corte potrebbe, cioè, legare alla conclusione di queste opere – l'anno 2026 – l'individuazione del termine da concedere al legislatore per colmare la lacuna incostituzionale, prima di riesaminare la questione. Il termine, più cospicuo di quello praticato dalla Consulta nei precedenti casi di utilizzo di ordinanze di incostituzionalità prospettata<sup>30</sup>, potrebbe, infatti, consentire al legislatore di immaginare (sulla base del progetto Giostra e delle recenti iniziative legislative) una fase preparatoria, in cui modificare, preferibilmente in modo temporaneo, la destinazione d'uso di ambienti già esistenti all'interno degli edifici penitenziari, ed altresì tentare di recuperare – questa la ragione del collegamento temporale – le risorse del P.N.R.R. per la creazione di locali destinati all'esercizio dell'affettività, soprattutto perché si tratterebbe di decurtare le risorse complessive (132,9 milioni di euro) di una parte davvero esigua. Basti pensare che la relazione tecnica della Ragioneria generale dello Stato<sup>31</sup> al d.d.l. A.S. n. 1876 (Toscana), avente ad oggetto interventi strutturali simili rispetto a quelli di cui si discorre, ipotizzava un onere complessivo di 28.350.000 euro.

Ma se una riprogettazione degli interventi di costruzione e di miglioramento in corso non pare ipotizzabile, si potrebbe dire lo stesso della possibilità di recuperare una minima parte delle risorse a tal fine impiegate?

---

<sup>30</sup> Nei tre precedenti casi di impiego dell'ordinanza di incostituzionalità prospettata ma non dichiarata il rinvio è stato, rispettivamente, di 11 mesi per il caso Cappato ([ordinanza n. 207 del 2018](#)), di 12 mesi per l'obbligatorietà della pena detentiva per i reati di diffamazione aggravata dall'uso della stampa ([ordinanza n. 132 del 2020](#)) e di circa 18 mesi complessivi per l'ergastolo ostativo (prima 12 mesi con l'[ordinanza n. 97 del 2021](#), poi altri 6 mesi con l'[ordinanza n. 122 del 2022](#)). Sembra innegabile, quindi, che in questa ipotesi, collegando il rinvio alla data di utilizzo dei fondi del P.N.R.R., saremmo in presenza di un termine più lungo degli altri, ma non così lungo da risultare eccessivo rispetto ai precedenti: immaginando il deposito della decisione agli inizi del 2024, si tratterebbe di circa 24 mesi. In aggiunta, la questione di legittimità costituzionale in esame, a differenza delle precedenti, caratterizzate da altre e diverse peculiarità, pare essere l'unica a richiedere degli adeguamenti materiali di strutture che inevitabilmente abbisognano di tempo, per la progettazione e la realizzazione, nonché del reperimento di risorse economiche; due fattori che potrebbero giustificare un rinvio più esteso.

<sup>31</sup> [Ragioneria generale dello Stato – Relazione tecnica aggiornata](#), Comunicazione nella Seduta n. 556 del 17 maggio 2022, in part. 4-5.





## ABSTRACT

### **QUIRINO CAMERLENGO**

#### **La sostenibilità costituzionale: profili teorici e scenari applicativi**

(19.01.2023)

*In this essay the author aims to explore a concept often evoked in legal papers, but not yet focused, namely “constitutional sustainability”. A theoretical reconstruction will be proposed starting from some concrete cases. The thesis is based on the idea of the Constitution as an act that supports a complex regulatory structure built to implement the fundamental principles. These fundamental principles nourish the “social vocation” of the Constitution, to be understood as the ability to contribute significantly to the transformations of society. The Constitution is not only a limit to power, but also an incentive and guide to power. So, we will try to demonstrate that an act or behaviour, even if it is legitimate, can prove to be constitutionally unsustainable.*

### **MARIANGELA ATRIPALDI**

#### **La lotta per l'uguaglianza: l'itinerario percorso da Lodovico Mortara nella “prolusione pisana” del 1889**

(23.01.2023)

*The prologue to the Constitutional Law course entitled ‘The Struggle for Equality’ given by Lodovico Mortara at the University of Pisa for the academic year 1888/89, offers a contribution to Constitutional reflections, to the general theory of law and political science, and also provides a framework for the evergreen debate on inequality. This article will identify the reasons that prompted Lodovico Mortara in his Pisan lecture to identify the different areas of scientific reflection in the legal field, allowing the interpreter to contrast the ‘apoliticality’ and ‘stability’ of the private law field with the ‘political’ and ‘dynamicity’ of the constitutionalist field.*

*Lodovico Mortara also argues that constitutional law encompasses not only the study of fundamental concepts of public law, but also the examination of Italian political institutions and the way they function, in comparison with those of other major states in the world. The further itineraries of this essay will be aimed at determining the motivations that do not allow the principle of equality in law to realize equality in fact, also offering a contribution to scholars in the interpretation of Article 3 of the Italian Constitution of 1947. Equally relevant will be the analysis aiming to verifying the actual realization of the principle of equality in certain activities carried out by Lodovico Mortara, as a judge and as a politician.*

### **CELESTE CHIARIELLO**

#### **Voto elettronico e principio di segretezza tra regola ed eccezioni**

(23.01.2023)

*Against a backdrop of democratic deficits highlighted by low community participation in political decision-making, information and communication technologies open up new spaces for participation and democratic life. However, constitutional problems arise with regards to the possible introduction of unsupervised electronic voting mechanisms in political elections. Indeed, despite the fact that the Constitutional Court immediately recognized the inalienability of the requirements set forth in Article 48 of the Constitution to safeguard the exercise of the right to*

*vote, on certain occasions, our legislator has been forced to derogate from the principle of secrecy of the vote in order to guarantee participation on equal terms and the exercise of popular sovereignty. Therefore, in light of past and future experimentation operations conducted in Italy and abroad, as well as jurisprudential interpretations, the question arises as to what margin of tolerance would allow our legislature to use e-voting to foster greater democratic participation.*

### **GIORGIO CATALDO**

#### **Sulla temporaneità nell'emergenza costituzionale. Primi rilievi**

**(25.01.2023)**

*The essay focuses on the characteristics of the temporariness component of the emergency rule. Not to be confused with the concept of «shortness», temporariness is important in the scrutiny of proportionality. In this sense, above all, case law on coronavirus offers several systematic insights on the issue, helping to distinguish the temporariness of the emergency from that associated with ordinary contexts, which are more akin to the idea of «tolerability». In the emergency, temporariness presents itself as an increasingly stringent criterion of progressive scrutiny in which the norm's ability to respond to the evolution of the alarming fact is decisive. Thus, the component of temporariness arises in its instrumentality to the constitutional order's endurance during serious events, avoiding the establishment of a stable regime that is antithetical to the original one.*

### **ANTONIO RUGGERI**

#### **Fine-vita (problemi e prospettive)**

**(30.01.2023)**

*After noting the urgent need to fill, through a prudent constitutional revision, the persistent shortcomings highlighted by the Constitutional Charter both with regard to experiences at the beginning and at the end of life, the contribution highlights how, already in the light of the indications provided by the constitutional jurisprudence in Cappato, the idea is confirmed that the subject's self determination with respect to his or her medically assisted death meets insurmountable objective limits. It is therefore clarified that suicide still constitutes a disvalue, also from the point of view of criminal law, and that one must guard against the risk of transforming a right (here, that of life) into its opposite (of «non-life»), while there appear the critical observations of those who appeal to the need to preserve the dignity of the person and the principle of equality are out of line. The study closes with some notations relating to the so-called «therapeutic alliance» between doctor and patient, also in the light of the legislative discipline in the pipeline.*

### **FRANCESCO GIULIO CUTTAIA**

#### **Chiariti ulteriormente gli ambiti dell'autodichia parlamentare (osservazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 237 del 2022)**

**(06.02.2023)**

*On the basis of what was ruled by the Constitutional Court in sentence no. 237/2022, the foundation of parliamentary domestic jurisdiction was further specified, which is the basis not only of the major regulations of the Chambers, but also of the minor ones, without the possibility, therefore, that the latter can be the subject of an interlocutory judgment of constitutional legitimacy in an incidental way.*

*At the same time, thanks also to the recent rulings of the Supreme Court of Cassation and the Council of State, inspired by the rulings of the Constitutional Court no. 120/2014 and 262/2017, the scope of parliamentary domestic jurisdiction is limited only to issues involving subjects linked to the administrative bodies of the Chamber and Senate by an employment relationship or at least*

*of service, with the exclusion of third parties bound by a contract or similar negotiating instruments.*

### **ALFONSO CELOTTO**

*Si può rinviare alle Camere ex art. 74 Cost. una legge di conversione di un decreto-legge? (note minime sulla lettera del pres. Mattarella rispetto alla legge di conversione del decreto legge del 29 dicembre 2022 n. 198)*

*(27.02.2023)*

*The author agrees with the presidential solution required by the risk of decadence of the law decree and suggests proceeding at a partial promulgation. In fact, this solution would allow overcoming the temporal impasse avoiding the risk to frustrate the conversion procedure and to eliminate the more “abusive” provisions added during the same procedure of conversion of the decree-law.*

### **DOMIZIANO PIERANTONI**

*Rielezione del Presidente della Repubblica: qualche riflessione (ad un anno dalla rielezione del Presidente Mattarella)*

*(08.03.2023)*

*This paper, taking inspiration from the recent re-election of President Sergio Mattarella, wants to suggest some reflections on the topic of the re-election of the President of the Republic.*

### **MARCO MARAZZINI**

*I poteri normativi del Governo nell'emergenza bellica in Ucraina. Alcuni spunti critici a partire dall'invio di aiuti militari e sulla loro secretazione*

*(14.03.2023)*

*This article aims to reconstruct the Italian legal system's reaction to the international crisis following the Russian invasion of Ukraine. The article focuses on the government's regulatory power in relation to the crisis, highlighting how both successive governments, one year after the start of the war crisis, preferred to resort to “ad hoc” legislation instead of using the legal instruments provided by the legal system. In particular, the article focuses on the relationship between the governmental decrees and the l. no. 145 of 2016 and on the decision to classify the list of armaments sent to the theatre of war.*

### **MARIO BERTOLISSI**

*Di bessòl. La Piccola Patria del Friuli in soccorso di una Repubblica spaesata*

*(14.03.2023)*

*There is the Constitution, which came into force on January 1, 1948: seventy-five years ago; and there is the everyday Constitution, which consists in administering with scruple and conscience and in the good use of the resources made available by the honest taxpayer. The first constitution promises, the second delivers. Over time, the distance between these two profiles has gradually grown and today is such as to have generated a worrying void. This is why it is essential to recover examples of good administration and institutional loyalty from the past.*

*The Friuli of reconstruction, after the earthquake of 1976, represents an example to imitate, because it was able to merge centralism and autonomy, ensuring that the reconstruction was entrusted to local communities that proved to be motivated, serious, farsighted, and responsible. This Friuli – heir to the Little Homeland and interpreter of the motto “Di bessòl” – is available to the Republic, which is old, and it shows. It needs to be revived through the recovery of a hope that walks with the legs of its best people.*

## **ANTONIO RUGGERI**

### *Chi è il garante dei nuovi diritti fondamentali?*

(17.03.2023)

*After highlighting the need to endowed the new fundamental rights with an essential constitutional discipline, the essay focuses, on the one hand, on the events of the relative rules over time and, on the other hand, about the balancing between the new rights case-by-case. Finally, the author argues that the most effective guarantee of the rights in question can and must be provided - even before and more than in court - by each one and by the social body as a whole, making them count to the maximum of their expressive potential in their context.*

## **CATERINA DI COSTANZO**

### *L'impiego delle nuove tecnologie nel settore della salute: problematiche e prospettive di diritto costituzionale*

(23.03.2023)

*In this paper, we will try to identify what are the normative evolutions in the field of digital health and what are the main problems that arise with respect to the system of constitutional guarantees that protect the right to health. The massive use of new technologies, on the one hand, can lead to the implementation of more effective and inclusive care practices, but, on the other hand, they could represent a danger to the protection of fundamental rights. Therefore, the use of new digital health technologies must be regulated on the basis of the constitutional principles, with increasing intensity in the case of the involvement of the most fragile people (e.g. elderly, chronic, minors).*

## **ANTONELLO LO CALZO**

### *L'attualità del fenomeno bellico tra principi supremi e assetto delle fonti. L'ordinamento italiano di fronte alla guerra in Ucraina*

(27.03.2023)

*The outbreak of the conflict between Russia and Ukraine has brought war back to Europe after years. War is a phenomenon that profoundly affects legal categories, and the Italian legal system does not escape this impact. The most recent events are an opportunity to reflect both on the meaning of the constitutional principles that characterize Italy's position in the face of war, having embraced a clear pacifist philosophy in Art. 11 of the Constitution, and on the way in which a legal system reacts to war at the level of the sources of law, observing in conclusion how there is a close link between these two profiles, since the formal and procedural aspects that concern the production of law and the relations between constitutional bodies are directly influenced by principles, above all that of the "repudiation of war".*

## **BRUNO BRANCATI**

### *La selezione dei pazienti per l'ammissione alle terapie intensive. una scelta tragica durante la pandemia di Covid-19*

(27.03.2023)

*The essay addresses the problem of selection for admission to intensive care units under conditions of insufficient resources during the Covid-19 pandemic. After presenting an overview of different possible approaches, also considering foreign experiences, it dwells especially on the approaches adopted in Italy. The focus is directed in particular towards the selection criterion based on the assessment of chances of survival, investigating the implications from the point of view of the principle of equality and the possibility of recognising a constitutional anchorage for this criterion.*

## **MARIO PANEBIANCO**

*Considerazioni minime sulla lettera del Presidente della Repubblica ai Presidenti delle Camere e del Consiglio in occasione della promulgazione della legge di conversione del decreto-legge del 29 dicembre 2022, n. 198*

(04.04.2023)

*Starting from a particular type of promulgation of laws complemented by Letter, the article focuses on the relationship between the governmental decrees and the President of the Republic. This article aims to propose statutory remedies to the Italian legislative system's disorder.*

## **ANTONIO RUGGERI**

*La forma di Stato a-democratica (cause, effetti e rimedi)*

(05.04.2023)

*The essay points out that at the basis of some relevant institutional distortions there is the manifest crisis of the political representation and that they produce negative effects on the principle of separation of powers and, therefore, on constitutional democracy.*

*Then, it focuses on the most indicative indicators of the a-democratic nature of the legal system, including the growing electoral absenteeism and the low rate of democracy found within political parties.*

*The study concludes with the search for possible remedies, at the institutional and above all social level.*

## **JACOPO FERRACUTI**

*Gli istituti di democrazia diretta a 75 anni dall'entrata in vigore della Costituzione. Bilancio provvisorio e prospettive di riforma*

(12.04.2023)

*The essay focuses on the tools of direct democracy and on the use that has been made of them in the first seventy-five years since the entry into force of the Italian Constitution. In particular, with reference to the institutions of the petition (art. 50 of the Italian Constitution), of the popular legislative initiative (art. 71 of the Italian Constitution) and of the abrogative referendum (art. 75 of the Italian Constitution), the survey focuses on the identification of the causes of ineffectiveness of such remedies. The mentioned causes, for the first two institutions, are mainly to be recognized in the lack of attractiveness shown by the subsidiaries, as a consequence of the ineffectiveness of the protection offered to them, in the light of the absence of obligations for the Chambers resulting from the presentation of a petition or a popular law proposal. Regarding the referendum, the main problem lies, however, in the abusive use made of it by party-political practice, which has bent its use to its own ends. In the face of this situation, considering the current crisis of the representative system and of the political parties, in the essay are prefigured possible prospects for reform, with the aim of giving new life to direct democracy.*

## **LOREDANA MURA**

*Il modus operandi nella sent. n. 131 del 2022 della Corte costituzionale sul cognome dei figli a confronto con i sistemi della UE e della CEDU*

(04.05.2023)

*The article relates the outcomes of Constitutional Judgment No. 131 of 2022 to those that have matured within the framework of well-known and established European systems, such as that of the EU and the ECHR. In this sense, it deals not only with the issue of the transmission of surnames to children, but also with closely related issues, such as equality and non-discrimination, personal identity and domestic violence in the light of the repercussions they have on minors and, more*

*generally, on present and future young generations. The overall results of this survey show, therefore, that the elaboration effort made by our Constitutional Court if, on the one hand, it proves to be new and interesting, on the other hand, however, it has several limitations that make it necessary to complete it. An objective, the latter, that cannot be achieved without abandoning outdated and counterproductive operational models and, on the other hand, seeking solutions that can credibly and effectively resolve the current problems in full respect of the principles and values that revolve around the human person.*

### **MARCO PODETTA**

*Il tentativo di attuazione dell'autonomia differenziata: dal disegno di legge Calderoli alla legge di bilancio per il 2023*

**(17.05.2023)**

*This paper analyzes some issues related to the implementation of the so-called differentiated regionalism in the light of the relevant provisions of the 2023 budget law for 2023 and the Calderoli draft law presented at the beginning of the XIX Legislature. In particular, the research tries to highlight the need to strengthen the role of the Parliament, the inadequacy of the funding mechanism, and the incorrect method of determining the essential levels of services and the financial resources.*

### **ANGELO LICASTRO**

*La salvaguardia dello «status» nazionale delle confessioni religiose alla prova del principio eurounitario della libertà di stabilimento*

**(18.05.2023)**

*The Court of Justice of the European Union has ruled that the grant of public subsidies to denominational private schools may be reserved for churches and religious societies recognized by a Member State. The Court has held that the recognition requirement under national law complies with EU law and, in particular, with article 49 TFEU (on the right of establishment), read in conjunction with Article 17(1) TFEU. According to the Author, this is the first time that the principle enshrined in Article 17(1) TFEU impacts on the scope of application of the basic principles of EU free market law.*

### **SILVIA FILIPPI**

*Gli ancora incerti contorni dell'omogeneità nella giurisprudenza costituzionale recente sul decreto-legge*

**(31.05.2023)**

*The essay analyzes the recent Italian Constitutional Court case law concerning law-decrees, with specific reference to the concept of homogeneity. The paper aims to identify whether it is possible detecting some recurring elements in the constitutional jurisprudence concerning law-decrees conditions, in order to identify the violations of the principle of homogeneity in the forthcoming judicial cases.*

### **ANTONIO RUGGERI**

*Costituzione e verità (prime notazioni)*

**(03.06.2023)**

*In the opinion of the author, the Constitution, alongside certain indisputable truths, refers to truths still in the making, the object of uncertain semantic reconstructions, dwelling on the relationship of mutual nourishment that exists between them and develops in experience. In this perspective,*

*are examined some tenacious, albeit inexplicable, resistances opposed by political decision-makers and legislators to accepting some scientific truths and to offering them the opportunity to become constitutional truths. That is a matter of the fundamental right to the truth and of how it is placed before other fundamental rights. The study concludes with a brief reflection on the relationship between text and constitutional truths and on its developments as a consequence of the cultural habits of their recognition.*

#### **MARCO LADU – NADIA MACCABIANI**

##### **L'autodeterminazione popolare nell'era digitale: tra opportunità normative e tecnologiche** **(03.06.2023)**

*The paper, after a brief introduction of the risks and opportunities entailed by the digital transformation process in respect of the right to vote, focuses on some legal (§ 4) and technological (§ 3) developments in order to understand in which terms they intersect with the constitutional purposes that referendum underlie (i.e. the strengthening of popular self-determination). In this last respect, any new right is requested but rather the enhancement of traditional principles and rights by means of further specific “qualifications” that aims at reinforcing both, the awareness and empowerment of the voter. Consequently, the pivotal issue falls on the implementation of those prerequisites that support the voter's ability to take “direct decisions” for the collective life by means of technological tools functional to his empowerment (what we deem could be found in the double arrangement between referendum and technological systems like blockchain and gamification), as well as by means of regulatory tools functional to his awareness (what we deem could be found in the address followed by some European initiatives that support equity and transparency).*

#### **UGO ADAMO**

##### **La legge dimenticata. Le D AT a cinque anni dalla loro introduzione** **(08.06.2023)**

*More than five years ago, Law N. 219/2017 came into force. This law transformed the principle of self-determination and the choice to refuse medical treatment into positive law. This law also regulated the directives capable of deciding ‘today for then’, which are now referred to as ‘Advance treatment provisions’. Not much time has elapsed since the approval of Law No. 219/2017, but this time allows us to make some considerations about it and the difficulties of its implementation. This difficulty is mainly due to the understanding of the legal institution, as can be deduced from the ‘Alfredo Cospito case’, which is already dramatic and susceptible to generates conflicts and disharmonies in the legal system.*

#### **P.C.**

##### **Ancora un (notevole) avanzamento nella giustiziabilità del drafting legislativo (osservazioni minime a prima lettura di Corte cost. n. 110/2023)**

**(12.06.2023)**

*The short paper highlights the innovations contained in decision no. 110/2023 of the Constitutional Court which finally establishes an autonomous parameter of validity for violations of legislative drafting.*

## **CLAUDIO PANZERA**

### *Titolarità dei diritti fondamentali e società democratica*

(19.06.2023)

*The essay, also written to honor the memory of Professor Gladio Gemma, dwells on the recognition of fundamental rights beyond citizenship. Dialoguing with Gemma's thought on the aims and limits of a constructive interpretation of constitutional rights of aliens, the paper focuses on the concepts of 'democratic societies' (within the ECHR) and 'constitutional pact' (within national legal orders) as normative backgrounds for interpreting and balancing operations of both the political bodies and the judiciary. It finally tests this theoretical framework in the paradigmatic case of the right to asylum and the access to territory.*

## **ROBERTO DI MARIA**

### *L'applicazione dell'art. 68, comma 1, Cost., quale "specchio" in cui si riflette il (complicato e conflittuale) rapporto fra politica e magistratura: è tempo di cambiare?*

(19.06.2023)

*The paper analyses the matter of the "parliamentary unquestionability", as provided by the art. 68, par. 1, of the Constitution. After the reform of the 1993 – which actually regarded only the "immunity" – the Constitutional Court severely and progressively restricted its jurisprudence regarding the application of the first of the aforementioned prerogatives, as a result – it is inferred – of the social and political crisis that led both to the constitutional reform and to a new balance between Parliament and Judiciary. Although such jurisprudence has shored up through the years, nowadays it is legitimate to ask if it still is currently related to the new forms of expression that characterize – also – the political communication: social media, etc. And then, if time has come to revise the positioning of the Constitutional Court on the "parliamentary unquestionability".*

## **MASSIMILIANO MEZZANOTTE**

### *Brevi note in tema di diritto ad essere "medicalmente" dimenticato: il caso del diritto all'oblio oncologico*

(21.06.2023)

*The right to be forgotten regarding oncological diseases protects so-called cancer survivors from those data that do not consider that the passage of a certain period of time since the last health treatment carried out can lead to their previous pathological state being forgotten, especially in the presence of treatments carried out for reasons inherent to loans or mortgages. A special discipline is envisaged in some states; for its part, the European Union foresees the approval of a law by member states by 2025. In Italy, after an initial attempt, a legislative initiative by CNEL is being discussed to introduce this right in favor of a particularly fragile category of individuals.*

## **MARIO BERTOLISSI**

### *Testi normativi e contesti istituzionali cose vere e meno vere a proposito dell'autonomia differenziata*

(22.06.2023)

*Article 116, 3 sec., of the Italian Constitution has been designed to enable regions, disadvantaged by their geographical location, to eliminate or at least mitigate existing disadvantages in relation to neighboring regions. In this situation, there is only one Region: Veneto, which requested more autonomy, using the constitutional novel of 2001. It happened, however, that almost all the regions were activated, causing chaos, which generated, among the publicist's researchers, an impressive number of Abstract elaborations. However, this contrasts with an indisputable premise: autonomy*



*cannot be for everyone, but only for those who are culturally and psychologically autonomous. The Calderoli bill goes along those lines.*

### **ANTONIO RUGGERI**

*Verità religiose e verità costituzionali a confronto: il profondo significato per la teoria giuridica di talune sostanziali convergenze*

**(22.06.2023)**

*The paper highlights the features of convergence and sometimes real identity that are found between some truths of faith and some incontrovertible constitutional truths, starting from the one that sees in the human person a "metavalue", thus examining the corollaries that from it linearly descend. Particular attention is paid to the value of peace, understood in a broad sense, that is to say for the importance it assumes on the level of the relationship of the person with himself and with his fellow men, even before that of international relations. The study concludes with an examination of the deadly theoretical question relating to how to reconcile the conceptual and juridical specificity of each fundamental value with the vocation of all to structurally integrate each other.*

### **ALESSIA CONTI**

*L'ergastolo ostativo che move la Corte costituzionale e l'altre stelle*

**(26.06.2023)**

*This article takes inspiration from the constitutional trial on the obstructive life sentence, which, after two postponements to a fixed date waiting for the action of the lawmaker (ord. nn. 97/2021 and 122/2022), ended with the return to the referring Court due to ius superveniens (ord. n. 227/2022). The new legislation is of governmental origin: it is the Decree-Law No. 162/2022, adopted by the executive a few days before the hearing set for the discussion. In this way, the Court considered the warning to the "legislator" fulfilled even though the required intervention was acted by a (temporary) governmental decree-law and not by parliamentary law.*

*The constitutional story of the obstructive life sentence provides an opportunity to reflect both on the governmental legislation and on the dialogic-relational dimension of the Italian Constitutional Court, extended to the government.*

### **FRANCESCO SEVERA**

*La proporzionalità delle sanzioni amministrative nella giurisprudenza costituzionale: questioni di sostanza e questioni di processo (una riflessione a partire da Corte costituzionale, sentenza n. 40 del 2023)*

**(01.07.2023)**

*The paper draws up a reflection regarding the proportionality of administrative sanctions starting from the most recent constitutional jurisprudence, in particular from sentence n. 40 of 2023. The reflection examines the topic from the aspect of both its substantive and procedural implications. Under the first point of view, reference is made to the qualification of proportionality as a right or as a principle and to the consequences of preferring one or the other definition. Under the second point of view, it is investigated the sustainability of the so-called "schema Modugno", noting its critical points and proposing new rules of procedural method that impose recourse to "rime obbligate" only as an extrema ratio.*

## **GIACOMO MENEGATTO**

*Qualche ulteriore riflessione in tema di promulgazione e rinvio parziali delle leggi di conversione dei decreti-legge: dall'altruismo istituzionale ad un'auspicabile riscoperta della leale cooperazione*  
(06.07.2023)

*This paper starts from a new case of promulgation of a law complemented by a letter sent to the Presidents of the two branches of the Parliament and to the President of the Council of Ministers. It focuses on the current admissibility, in the Italian legal system, of a partial promulgation of the laws and, therefore, of a partial suspensive veto that the President of the Republic could exercise towards the laws. To give an answer to this question, the essay will analyze the Acts of the Constituent Assembly on the topic, the normative context and the custom the Presidents followed during the Republican history. Then, it will explore the (in)opportunity of the insertion of such an institute in the Italian Constitution and it will examine some aspects of the veto policy in relation to the laws that convert the governmental decrees.*

## **ANTONIO MALASCHINI**

*ChatGPT e simili: questioni giuridiche ed implicazioni sociali*  
(06.07.2023)

*After clarifying what ChatGPT is, the essay examines its potential and the risks associated with its use. The focus moves to intellectual property, copyrights and patents in data acquisition. Particular attention is given to the importance of the data available to "the machine". In the final part, the author examines the ongoing debate on generative artificial intelligence, highlighting the ethical, social and historical issues that the rapid development of this tool entails.*

## **ARMANDO GIUFFRIDA**

*Il diniego e la revoca del permesso di soggiorno come misure afflittive per la mancata integrazione nella comunità accogliente dello straniero socialmente pericoloso: a margine di TAR Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 6.12.2022, n. 346*  
(08.07.2023)

*The contribution, based a broad jurisprudence, highlights the essential profile of the duties and responsibilities which, in the ambit of the foreigner's integration process, goes hand in hand with the profile of the protection of fundamental rights. Especially with regard to those who are in Italy for purely economic reasons or in situations of irregularity or illegality, it does not appear unreasonable to request, from the first entry into the national territory, a greater degree of responsibility and the assumption of certain obligations towards the host community, and therefore a greater effort to integrate into the community itself, albeit with all the necessary precautions and graduating the degrees of responsibility according to the particular subjective situations.*

## **VALENTINA MILANESE**

*Lavoro pubblico "contrattualizzato": responsabilità per ritardata assunzione*  
(08.07.2023)

*The purpose of this essay is to address the issue of damage from delay in hiring of a public employee. The delay may be due to the adoption of unlawful administrative measures in the course of the procedure or to the lack of funds to be able to proceed with recruitment.*

*The majority jurisprudence qualifies the liability of the public administration for delayed hiring of public employee as non-contractual liability, to which, however, it applies the schemes of pre-contractual liability, since, generally, in the terms that will be illustrated, it grants compensation for negative interest only. It should be kept in mind that delayed recruitment of a public employee does not only result in harm to the candidate placed in service with delay. In fact, this particular case involves the onset of additional problems, such as the possible violation of the articles 3 and 51 of the Constitution and increased workload for other public employees working at the same public entity that has delayed hiring a new employee, with the possibility that, due to the failure to achieve the objectives ascertained by the performance evaluation procedure, managerial liability also arises.*

## **DORINDA CACCIOPPO**

### **Il tentativo fallito di equiparare agricoltura biologica e biodinamica: un caso per riflettere sull'opportunità d'introdurre la consulenza scientifica in Parlamento**

**(12.07.2023)**

*The aim of this paper is to analyse the information imbalance between institutions and practical reality through the study of a concrete case. The law intended to equate the method of biodynamic farming with that of organic farming allows for a cross-cutting investigation. The issue involves themes that are now essential to the constitutional debate: the relationship between politics and science, legislative discretion and the problem of constraints arising from notions borrowed from technology and science. Furthermore, the analysis of the instrument of the informal hearing in the parliamentary enquiry leads the research to question the appropriateness of introducing scientific advice in Parliament. An operation perhaps required to balance the forementioned information asymmetry.*

## **FRANCESCO CIRILLO**

### **Neurodiritti: ambiguità della "libertà cognitiva" e prospettive di tutela**

**(12.07.2023)**

*The progress of neurosciences and neurotechnologies led to the proposal of new neurorights to react to the unusual need for protection aroused by the risks of technological interference. The contribution deals with the critical perspectives and dogmatic questions of neurorights, starting first from the relationships between cognitive sciences and the conceptual categories of legal culture, therefore, investigating the practices of neurotechnologies and the possible risks for the rights of the person and the normative dimension currently referable to this area (in biolaw, in criminal procedure, and on the data protection front). Based on these analyses, we examine the main proposals in the field of neurorights. Then, we analyze the conditions and limits of the affirmation of new dimensions of protection in the broader framework of the theoretical-general reflection.*

## **SILVIO TROILO**

### **L'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 nel bilanciamento fra i diritti e i doveri costituzionali**

**(13.07.2023)**

*The essay, also written to honour the memory of Professor Gladio Gemma, dwells on the collective interest to health and on the paradigmatic case of the compulsory vaccination against Covid-19 imposed on certain categories of subjects. The introduction of such an obligation through an act with the force of law, then converted into an Act of Parliament, the purpose of protecting public health and the most fragile persons, and the absence of forced subjection to treatment are elements that highlight the certain constitutional legitimacy of the legislation in question, as held by much of the doctrine, including Gladio Gemma. In fact, in the end, the Constitutional Court also sanctioned the legitimacy of the Covid vaccination obligation, in its rulings No. 14 and No. 15 of 2023.*

## **LUCA DI MAJO**

### **Una legge «radicalmente oscura» è incompatibile con la Costituzione. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 110/2023**

**(13.07.2023)**

*The Constitutional Court, with its judgment n. 110/2023, returns to the issue of the quality of legislation. The case law on the subject has often been vague, because of the difficulty of seeking a constitutional parameter that would allow the Court to sanction the obscure law. With the pronouncement in comment seems to have found a wider perspective for the union of constitutionality through art. 3 Cost.*

**MATTEO MILANESI**

*L'incostituzionalità delle «disposizioni irrimediabilmente oscure». Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 110/2023*

**(17.07.2023)**

*This paper analyzes the judgment of the Italian Constitutional Court no. 110/2023, which has affirmed that irremediably-obscure legal rules are invalid for the violation of art. 3 of the Constitution. The article examines critical elements of the decision and purposes an alternative exegetical solution, which can be identified in the principle of certainty of law.*

**ALESSANDRO ROSARIO RIZZA**

*Il ricorso per conflitto tra poteri dello Stato e l'eccesso giurisdizionale. Limiti e presupposti*

**(20.07.2023)**

*The paper addresses the problem of excessive jurisdictional power. In particular, the possibility of appealing to the Constitutional Court to have the violation ascertained is analysed.*

**LOREDANA MURA**

*Il riconoscimento di "forme e condizioni particolari di autonomia" in materia di commercio con l'estero secondo un'interpretazione costituzionalmente e internazionalmente orientata dell'art. 116 Cost.*

**(25.07.2023)**

*This essay examines the "particular forms and conditions of autonomy", mainly concerning the foreign trade sector, provided for by Article 116 of the Italian Constitution. In this sense, it compares the forms and conditions of "special autonomy", already recognised (even if never implemented) in the matter, with those of "differentiated autonomy" that aspire to be recognised in our legal system, noting their relevant differences also in relation to their respective degree of compatibility with the prescriptions of the regulation in force. The essay therefore concludes by observing that a constitutionally and internationally oriented interpretation of Article 116 of the Italian Constitution can only legitimise "particular forms and conditions of autonomy" aimed at overcoming situations of regional disadvantage that cannot be achieved through the exercise of the "ordinary" statutory functions of the Regions. In this sense, the provisions of this article can be well reconciled with the "special" forms and conditions of autonomy already recognised in our State today, which (if implemented) will make it possible to address the structural and permanent regional problems for which they were instituted; on the other hand, it may also be considered compatible with the recognition of "additional" and "extraordinary" forms and conditions of autonomy provided that they are aimed at enabling, the territorial entity invested with them, to overcome supervening and contingent situations of disadvantage.*

**ANTONIO RUGGERI**

*Ha una forma la forma di governo?*

**(01.09.2023)**

*The paper highlights the lack of a clearly and fully delineated form of government. In fact, the guidelines provided by the Constitutional Charter, which are based on two key principles - first, a clear distinction between political management bodies and guarantee bodies, and second, the centrality of Parliament - are evidently contradicted by deviant practices. These are characterized by dramatic shifts, confusion, and continuous, not insignificant changes.*

*The question arises as to whether this form of government can achieve a stable identity, and what remedies might be suitable for achieving this stability. This is especially relevant in light of forthcoming significant reforms aimed at both institutional rules and system corrections to ensure policy regularity.*

## **AGATINO CARIOLA**

### **Fonti e "non fonti" parlamentari. Il difficile percorso della Corte costituzionale sulle competenze del Parlamento in materia di vitalizi**

**(11.09.2023)**

*With sentence no. 126 of 2023, the Constitutional Court decided on a conflict of attribution raised by the Chamber of Deputies against the Tribunal of Lecce which had ordered the forced execution of the social security treatment in favor of a former parliamentarian, without applying a regulation adopted on the subject by the same Chamber. The constitutional Judge considered that the jurisdictional provision violated the autonomy recognized to Parliament.*

*The comment notes that the Court's decision took place without the participation of the third creditor who had acted to obtain payment of his credit, the Agenzia delle Entrate in the matter. And it is criticized that was requested the application of an internal act of the Chamber which is not published. The fact once again raises the problem regarding the basis of the parliamentary power to decide on one's own organization and activity when third party positions are involved. In criticism of the constitutional jurisprudence that has always identified this foundation in the sovereignty of the Parliament, the comment proposes to trace it in the free decision of those who agree to submit to the same parliamentary power.*

## **ANGELICA GEROSA - ALICE STEVANATO**

### **Nel tempo e nello spazio: l'eredità di Serio Galeotti sui nuovi doveri di solidarietà**

**(12.09.2023)**

*In Serio Galeotti's papers on the value of solidarity, he provides a definition of solidarity as a sense of brotherhood, mutual assistance, and support in times of difficulty, a concept worthy of reflection in our current context. The intervention aims to answer the question of who the recipients of the principle of solidarity are. The reflection focuses on two different perspectives.*

*First, in terms of "time" and taking our cue from the recent constitutional reform of Article 9, which expressly mandates protection of the environment "also in the interest of future generations" we would like to explore the breadth of the principle of solidarity, asking, in particular, if exists a general principle of intergenerational solidarity, which requires the Legislature to balance the interests of those who will come after us not only with regard to the environment, but also with regard to economic resources, social security and artistic goods.*

*Reflection then focuses on environmental issues and the potential of the principle of solidarity between living generations inhabiting different places on Earth, even beyond state sovereignty. To this end, we want to reflect on what relationship exists between solidarity and "space", to see if it is possible to overcome the thesis that conceives of duties of solidarity only within a state, at least in reference to global events such as climate change. Starting from the assumption that man is nowadays the main culprit for climate degeneration, environmental protection has become a legally relevant question of justice, also because some countries, generally those least responsible for climate-changing emissions, are the most affected by the negative effects of climate change.*

## **ROBERTO ROMBOLI**

### **Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri**

**(12.09.2023)**

*The essay collects the conclusions drawn at the Conference in memory of Alessandro Pizzorusso (Pisa, December 15, 2022) and primarily focuses on the topics of the relationship between the Constitutional Court and the legislature and on the decision-making techniques of the Court itself, examining the multiple implications of these aspects also from the standpoint of the separation of powers.*

## **SIMONE SCAGLIARINI**

### *La Corte e la tecnica legislativa*

(13.09.2023)

*The judgment n. 110/2013 represents a fundamental step in the jurisprudence on legal drafting, as for the first time the Court affirms that the unclarity of the law determines its unreasonableness (and, consequently, its illegitimacy). The paper identifies further parameters that lead to the same conclusion reached by the Court and emphasises the need, from now on, to define the cases in which the obscurity of the law is so severe as to determine its unconstitutionality. This activity is to be performed by the Court with extensive use of its self-restraint.*

## **FRANCESCO TORRE**

### *La corsa al trilogio ovvero la "prima parola" è quella che conta (recenti tendenze a partire da Corte Cost. sentt. nn. 54 e 67 del 2022)*

(18.09.2023)

#### **Abstract**

*The paper analyses the Constitutional Court, rulings no. 54 and no. 67 of 2022, concerning the recognition of welfare benefits for non-EU citizens. The present work seeks to offer a broader view of the connections between these judgements all of which appear to be linked by a common thread. In both sentences, the Constitutional Court arrived at two different outcomes of acceptance in the first, and rejection in the second, affirming the due respect for the principle of non-discrimination in access to such benefits. The reason why the Constitutional Court arrived at two diametrically opposed approaches, even though the same reference parameter (Article 12 of Directive 2011/98/EU) was invoked, is to be traced back to whether or not the referring judges invoked the Charter.*

## **ALESSANDRO CANDIDO**

### *Prospettive evolutive dell'insindacabilità delle «opinioni espresse»: una proposta di modifica dei regolamenti parlamentari*

(25.09.2023)

*The paper analyses the issue of parliamentary immunity in the context of digital society and modern forms of political communication. In particular, it is argued that the thesis that anchors the immunity of opinions expressed in the presence of a prior parliamentary act, of which the Member of Parliament could limit himself exclusively to divulging its contents extra moenia, needs to be updated and rebalanced, which may find space through an amendment to parliamentary rules.*

## **GIUSEPPINA BARCELLONA**

### *Vaccini e riserva di legge (brevi riflessioni a margine di Corte cost. sent. n. 25 del 2023)*

(25.09.2023)

*The Constitutional Court, in Judgment no. 25 of 2023, returns to the subject of compulsory vaccination. This short paper critically analyses the fundamental argumentative junctures of the decision, dwelling on the way in which the object and function of the reservation of the law provided for in Article 32, paragraph 2 of the Constitutional Constitution are thematised.*

## **ANTONIO RUGGERI**

### *La Costituzione sotto stress e la piramide rovesciata, ovvero sia le più vistose torsioni a carico della separazione dei poteri e del sistema degli atti espressivi di pubbliche funzioni (note minime su una spinosa questione)*

(02.10.2023)

*The paper underscores the significant distortions in the institutional model that have given rise to a potentially irreversible crisis in the principle of separation of powers. Specifically, we examine whether structural shortcomings in political representation can be addressed through expanded uses of jurisdiction.*

*Contrary to popular belief, it's emphasized that the real normative strength of acts seems to increase as one descends the hierarchical ladder that defines the system. This is evidenced by the prominence of the role played by circulars in administrative practice. Lastly, we explore potential remedies for this situation, at least in part.*

### **SILVIA TALINI**

#### **Diritto all'impianto e revoca del consenso del padre. Nel "labirinto" della legge n. 40 del 2004**

**(03.10.2023)**

*Starting from the analysis of Constitutional Court No. 161 of 2023, the paper proposes a reflection on the difficult balance between the woman's right to the implantation of the embryo and the man's withdrawal of consent following the termination of the affective relationship.*

*The author focuses her attention on the numerous jurisprudential changes undergone by Law No. 40 of 2004, which make it necessary to undertake extensive reform efforts, also to allow single women access to medically assisted procreation.*

### **GIOVANNI CAVAGGION**

#### **Presidente del Consiglio, Ministri e doppia cittadinanza: tra "conflitti di fedeltà" e apertura internazionale**

**(05.10.2023)**

*The article studies the constitutional issues connected to the possible case of a President of the Council (or a Minister) with double (or multiple) citizenship. The issues are framed in the context of the constitutional duties of the members of the Government in the Italian constitutional system (that require a special level of allegiance to the Republic) on the one hand, and of the international openness and pluralism that the Italian Constitution embraces on the other. The article argues that while it is not possible to infer a general rule on the matter at hand from the Constitution, single problematic cases should be handled within the perimeter of the constitutional controls on national policy.*

### **MARINA PIETRANGELO**

#### **Spazio digitale e modelli di regolazione**

**(24.10.2023)**

*The paper reflects on the relationship between the Internet and its rules, with particular attention to the evolution of the models used over time. The objective is to understand what the role of regulatory states and of private entities in the future that should be.*

### **ANTONIO RUGGERI**

#### **Pace e dignità, nella Pacem in terris e secondo Costituzione**

**(31.10.2023)**

*After recognizing that the value of peace is not exclusively limited to the international context, as might be inferred from Article 11 of the Constitution, but also holds significant importance within the domestic context, the text emphasizes the interdependence of peace and dignity, to the extent that they ultimately merge into a single concept in human experience. Consequently, the text firmly condemns instances of constitutional discontinuity within "Pacem in Terris" and underscores the essential role of the right-duty of resistance in upholding allegiance to the Republic. Finally, it underscores that the essence of dignity is most profoundly appreciated through the lens of solidarity, particularly as it evolves into brotherhood. This leads to the realization that the genuine and profound significance of dignity is best understood, above all, in relation to peace, just as the meaning of peace becomes clear in the light of dignity.*

## **PASQUALE COSTANZO**

### *L'Enciclica Pacem in terris come Carta dei diritti (spunti per una riflessione)*

**(31.10.2023)**

*The paper examines the structure and content of a genuine and contemporary charter of rights within the Encyclical "Pacem in Terris." It underscores certain similarities with the French Declaration of 1789 and, most notably, with the UN Charter of 1948. However, the paper also emphasizes the profound ontological differences between the Pontifical document and the two secular charters.*

## **CARLA DI MARTINO**

### *Il diritto costituzionale alla «non radicale inintelligibilità» delle disposizioni*

**(06.11.2023)**

*The article focuses on the value of legal certainty in the Italian legal system, in the light of some recent rulings of the Italian Constitutional Court. These decisions seem to have affirmed a constitutional right to the 'non-radical unintelligibility' of regulatory provisions. In this sense, the Italian Constitutional Court seems to have intended to determine the threshold of regulatory uncertainty that can be tolerated in our legal system, while also confirming that the constitutional process can be the place in which to judge the quality of laws, in light of the principle of reasonableness.*

## **ALESSANDRA MAZZOLA**

### *L'effettività del suffragio tra astensionismo e nuove modalità di espressione alla luce dei principi costituzionali*

**(16.11.2023)**

*After a brief introduction on the institution of political representation, the growing phenomenon of abstentionism during electoral consultations is highlighted. Among the various "types" of abstentionism identified in the Libro bianco sull'astensionismo published in 2022, attention is focused on the so-called involuntary abstentionism. A reflection then follows on the difficult balance between respecting the characteristics of the right to vote, as enshrined in Article 48, second paragraph, of the Constitution, and the ineffectiveness of its exercise by some voters. This balance is then examined in relation to various alternatives in the manner of expressing vote, evaluating whether the potential expansion of the electorate able to cast their vote may compromise the principles of personality, equality, freedom, and secrecy.*

## **ANTONIO RUGGERI**

### *La riforma Meloni e le sue stranezze, al bivio tra evoluzione istituzionale ed involuzione autoritaria*

**(20.11.2023)**

*The paper highlights some oddities inherent to the Reform Bill aimed at introducing the direct election of the President of the Council of Ministers, containing provisions likely to pave the way for unpredictable outcomes, possibly even leading to an overall regulatory involution.*

## **FEDERICO FURLAN**

### *Il premierato elettivo è la strada giusta? La lezione di vent'anni di elezione diretta dei Presidenti di regione*

**(28.11.2023)**

*The paper explores the Constitutional Reform project aiming to introduce direct election of the Italian Prime Minister. The author begins by describing the evolution of this parliamentary form of government then attempts to draw possible insights from the practice of direct election of the Regional President which regions have been experiencing for the last two decades.*



## **DANIELA TARANTINO**

### **"Questo matrimonio non s'ha da fare". The introduction of civil marriage in Italy, France and Spain between the Catholic Church's reactions and State legislation"**

**(04.12.2023)**

*Pre-Unitarian Italy struggled to implement the formalization of marriage mandated by the Council of Trent. The push for civil marriage over religious marriage caused tension with the Church. Italy aimed to assert its secular sovereignty post-unification, differing from France and Spain in their approaches to regulating matrimonial matters.*

## **VALENTINA PAGNANELLI**

### **Prospettive sulla valorizzazione dei dati personali in ambito pubblico**

**(05.12.2023)**

*The paper delves into the economic value of personal data, focusing not on the private sector dominated by Big Digital Companies but on the public sector. In this context, the term "valorization" of data is considered more suitable than "monetization." The discussion includes two examples of personal data use in the public sector and references recent European regulatory developments on data governance, including the emergence of data altruism. The aim is to assess how public entities can leverage the informational value of personal data while upholding the fundamental rights and freedoms of individuals.*

## **ANTONINO SPADARO**

### **Riforma costituzionale (premierato elettivo) o riforma elettorale (maggioritario con designazione del premier)?**

**(05.12.2023)**

*The article contests the constitutional reform which introduces the direct election of the premier and instead calls for the adoption of a efficient and comprehensive electoral law with "designation of the premier".*

## **MARIO PANEBIANCO**

### **Brevi considerazioni sul comunicato della Presidenza della Repubblica del 1° dicembre 2023**

**(12.12.2023)**

*The Article focuses on Press release «The President Mattarella has promulgated the DDLon cultivated meat», 1 December 2023, and underlines a possible and concrete presidential role in euronational co-legislation.*

## **MARIO BERTOLISSI**

### **Il tempo del dolore e le ragioni della giustizia. Alessandro Manzoni, Il costituzionalismo, L'avvenire**

**(15.12.2023)**

*In The Betrothed (i.e. Promessi Sposi) – a work beloved by Goethe and appreciated by the Anglo-Saxons; unloved by the Italians –, Alessandro Manzoni indicates what are the iron rules of human action and their implications when people live together in society. Especially, when injustices increase the pain, which the Constitutions would like to mitigate at least.*

*Through the main characters of the historical novel, lessons are exposed, with exceptional smartness and depth of thinking, that identify the essential core of citizenship education. Without it, there is no future for Constitutions and Charters of Rights, in which the relationship between power and freedom seems to be fixed, in a balanced way. Between power and justice.*

**GIAN PAOLO DOLSO**

*Attualità della riflessione kelseniana sulla giustizia costituzionale*

**(18.12.2023)**

*This paper examines an influential essay by Hans Kelsen that appeared in 1928 on the subject of constitutional justice: 'La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle), Revue du droit public et de la science politique, 1928'. The aim of this paper is to verify the contribution made by Hans Kelsen's study in relation to problems concerning the judicial review of legislation. The 1928 essay turns out to be very rich in indications. There are indications of general profiles, but there are also indications relating to the procedure of judicial review of legislation. What emerges is Kelsen's marked attention to the problems of access to constitutional justice and particular attention to the procedural aspects of the judicial review. The usefulness of going back to the essay by the great jurist thus appears evident both for a better understanding of the functioning of systems of constitutional justice and for reasoning about them from a "de jure condendo" perspective.*

**ELEONORA SANTORO**

*Siamo alle porte della quarta "incostituzionalità" prospettata? Qualche osservazione in attesa della decisione sull'ordinanza di rimessione n. 5 del 2023*

**(23.12.2023)**

*Waiting for the Constitutional Court to rule on the constitutionality of the art. 18 of the law no. 354/1975 (which prevents the inmate from carrying out intimate conversations, even of sexual nature, requiring visual control by the custodial staff), the paper wants to analyze the discussion during the public hearing that took place on December 5th. The aim is to underline few aspects which could be important for the Court's choice of the decision technique.*



## I COLLABORATORI DI QUESTO VOLUME

**UGO ADAMO** – Ricercatore di Diritto pubblico nell'Università della Calabria

**MARIANGELA ATRIPALDI** – Professoressa associata di Diritto pubblico nell'Università di Roma Tre

**GIUSEPPINA BARCELLONA** – Professoressa associata nell'Università di Lecce

**MARIO BERTOLISSI** – Professore ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università di Padova

**BRUNO BRANCATI** – Ricercatore di Diritto costituzionale nell'Università di Pisa

**DORINDA CACCIOPPO** – Dottoranda di Diritto costituzionale nell'Università di Roma Tre

**QUIRINO CAMERLENGO** – Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Milano Bicocca

**ALESSANDRO CANDIDO** – Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Milano Bicocca

**AGATINO CARIOLA** – Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Catania

**GIORGIO CATALDO** – Ricercatore di Diritto pubblico nell'Università del Salento

**GIOVANNI CAVAGGION** – Ricercatore di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università di Milano Statale

**ALFONSO CELOTTO** – Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Roma Tre

**CELESTE CHIARIELLO** – Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico nell'Università di Roma La Sapienza

**FRANCESCO CIRILLO** – Assegnista di ricerca in *Law and Cognitive Neuroscience* nell'Università di Perugia

**ALESSIA CONTI** – Dottoranda in Diritto costituzionale nell'Università di Milano Bicocca

**PASQUALE COSTANZO** – Professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università di Genova

**FRANCESCO GIULIO CUTTAIA** – Dottore di ricerca in Diritto Pubblico nell'Università di Roma Tre

**CATERINA DI COSTANZO** – Assegnista di Diritto costituzionale nell'Università di Firenze

**LUCA DI MAJO** – Ricercatore di Diritto pubblico nell'Università della Campania Luigi Vanvitelli

**ROBERTO DI MARIA** – Professore ordinario di Diritto pubblico nell'Università Kore di Enna

**CARLA DI MARTINO** – Ricercatrice di Diritto costituzionale nell'Università di Palermo

**GIAN PAOLO DOLSO** – Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Trieste

**JACOPO FERRACUTI** – Assegnista di Diritto costituzionale nell'Università di Roma Tre

**SILVIA FILIPPI** – Assegnista di Diritto Pubblico nell'Università di Perugia

**FEDERICO FURLAN** – Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università di Milano Bicocca

**ANGELICA GEROSA** – Dottoranda di Diritto costituzionale Law nell'Università di Catania

**ARMANDO GIUFFRIDA** – Ricercatore di Diritto amministrativo nell'Università di Genova

**MARCO LADU** – Dottore di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università di Brescia

**ANGELO LICASTRO** – Professore ordinario di Diritto ecclesiastico nell'Università di Messina

**ANTONELLO LO CALZO** – Ricercatore in Diritto costituzionale nell'Università di Pisa

**NADIA MACCABIANI** – Professoressa associata di diritto pubblico nell'Università di Brescia

**ANTONIO MALASCHINI** – Avvocato cassazionista

**MARCO MARAZZINI** – Dottorando di ricerca in Diritto nell'Università di Genova

**ALESSANDRA MAZZOLA** – Assegnista di Diritto costituzionale nell'Università di Brescia

**GIACOMO MENEGATTO** – Dottorando di ricerca in Giurisprudenza nell'Università di Padova

**MASSIMILIANO MEZZANOTTE** – Professore associato di Diritto pubblico nell'Università di Teramo

**VALENTINA MILANESE** – Dottoranda di Ricerca in Scienze sociali nell'Università di Genova

**MATTEO MILANESI** – Specializzando in Studi sull'Amministrazione Pubblica (S.P.I.S.A., *Alma Mater Studiorum*) dell'Università di Bologna

**LOREDANA MURA** – Ricercatrice in Diritto internazionale nell'Università di Brescia

**VALENTINA PAGNANELLI** – Dottoressa di ricerca in *Law Data Protection* nell'Università di Firenze

**MARIO PANEBIANCO** – Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università di Salerno

**CLAUDIO PANZERA** – Professore associato di Diritto Costituzionale nell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria

**DOMIZIANO PIERANTONI** – Dottorando di ricerca in Discipline giuridiche pubblicistiche nell'Università di Roma Tre

**MARINA PIETRANGELO** – Prima Ricercatrice nell'Istituto di Informatica Giuridica e Sistemi Giudiziari (IGSG) del Consiglio Nazionale delle Ricerche di Firenze

**MARCO PODETTA** – Ricercatore di Diritto costituzionale nell'Università di Brescia

**ALESSANDRO ROSARIO RIZZA** – Dottore di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università di Teramo

**ROBERTO ROMBOLI** – Professore emerito di diritto costituzionale nell'Università di Pisa

**ANTONIO RUGGERI** – Professore emerito di diritto costituzionale nell'Università di Messina

**ELEONORA SANTORO** – Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche nell'Università di Firenze

**SIMONE SCAGLIARINI** – Professore ordinario di Diritto pubblico nell'Università di Modena e Reggio Emilia

**FRANCESCO SEVERA** – Dottore di ricerca in diritto pubblico nell'Università di Roma La Sapienza

**ANTONINO SPADARO** – Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università Mediterranea di Reggio Calabria

**ALICE STEVANATO** – Dottoranda di ricerca in Diritti e Istituzioni nell'Università di Torino

**SILVIA TALINI** – Ricercatrice di Diritto costituzionale nell'Università di Roma Tre

**DANIELA TARANTINO** – Professoressa associata di Diritto ecclesiastico nell'Università di Genova

**FRANCESCO TORRE** – Dottorando di ricerca in scienze giuridiche nell'Università di Messina

**SILVIO TROILO** – Professore ordinario di Diritto pubblico nell'Università di Bergamo

2023